

## RI 2008, 61

**HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)**

16 mei 2008, nr. C06/342HR

(Mrs. D.H. Beukenhorst, A.M.J. van Buchem-Spapens, E.J. Numann, A. Hammerstein, F.B. Bakels; A-G Timmerman)

LJN BC8416

JOL 2008, 384

RvdW 2008, 526

BW art. 2:248

**Onbehoorlijk bestuur. Matigingsbevoegdheid. Bespreking door A-G van onderscheid collectieve en individuele gronden voor matiging aansprakelijkheid in geval van onbehoorlijk bestuur.**

In deze zaak werd een (indirect) bestuurder in meerdere faillissementen voor het boedeltekort aansprakelijk gehouden op grond van onbehoorlijk bestuur. Onder meer kwam de vraag aan de orde of gronden aanwezig waren om het bedrag te matigen waarvoor de bestuurder aansprakelijk werd gehouden. Onder andere werd ingegaan op de wijze waarop de faillissementen door de curator zijn afgewikkeld. Er zou een aanzienlijke vordering zijn prijsgegeven en de curator zou hebben nagelaten om een bezwaar tegen een fiscale naheffingsaanslag voort te zetten. Verder zou de curator een buitensporig groot aantal uren aan de behandeling van het faillissement hebben besteed en betaald gekregen. Deze argumenten slaagden niet, aangezien de curator gemotiveerd zijn handelwijze kon rechtvaardigen. Ook zou gewicht moeten worden toegekend aan de omstandigheid dat de aangesproken bestuurder slechts korte tijd bestuurder was geweest. Dit verweer werd verworpen door het hof, aangezien het juist om het onbehoorlijke bestuur in die betreffende bestuursperiode ging.

HR: Verwerping van het cassatieberoep op grond van art. 81 RO.

A-G: Het gaat hier niet om een matiging van de aansprakelijkheid van een individuele bestuurder (hierop ziet de tweede zin van art. 2:248 lid 4 BW), maar om de matiging van de aansprakelijkheid van de bestuurders als collectief. Bij het beoordelen van deze matigingsgrond is daarom niet relevant dat eiser op het moment waarop de vordering ontstond nog geen bestuurder was.

Op grond van art. 2:248 lid 4 tweede zin BW kan de rechter het bedrag van de aansprakelijkheid van een afzonderlijke bestuurder verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de tijd gedurende welke die bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaats vond. Anders dan de eerste zin van het vierde lid, gaat het hier over een individuele matigingsgrond.

Bij de beoordeling van de motiveringsklacht staat voorop dat de matigingsbevoegdheid een discretionaire bevoegdheid van de feitenrechter is. Dit neemt niet weg dat de rechter de wijze waarop

hij zijn bevoegdheid uitoefent naar behoren dient te motiveren. (...) De discretionaire bevoegdheid van de rechter brengt mee dat er zich gevallen kunnen voordoen waarin vaststaat dat het onbehoorlijk bestuur al was begonnen voor de benoeming van een bepaalde bestuurder en er niettemin niet zonder meer voldoende reden tot matiging bestaat.

**Zie ook:**

- HR 20 oktober 2006, NJ 2007, 2 m.nt. Maeijer en JOR 2006/288 m.nt. Borrius, omtrent het weerleggen van het bewijsvermoeden van art. 2:248 lid 2 BW;
- HR 30 november 2007, RI 2008, 16, m.n. de bespreking in Onderdeel 2 (§ 3.13 t/m § 3.16) van de conclusie van A-G Timmerman van de matigingsbevoegdheid ex art. 2:248 lid 4 BW (*Blue Tomato*);
- HR 20 juni 2008, RI 2008, 64;
- Rb. Amsterdam 16 februari 2000, JOR 2000/121 (procedure in eerste aanleg) en Hof Amsterdam 8 juni 2006, JOR 2007/82 (procedure in hoger beroep);
- Rb. Rotterdam 26 september 2007, RI 2008, 8 (*De Nachtuil*);
- Art. 8.2 Voorontwerp Insolventiewet omtrent bestuurdersaansprakelijkheid en daarmee samenhangende disculpatie- en matigingsgronden;
- De bronvermeldingen onder de conclusie van A-G Timmerman bij het onderhavige arrest.

**Zie anders:**

Rb. Utrecht 12 december 2007, RI 2008, 14 (r.o. 5.112), waarin de rechtbank oordeelde dat het beroep op matiging van de bestuurders en commissarissen in de schadestaatprocedure dient te worden beoordeeld (*Ceteco*).

**Wenk:**

In de onderhavige zaak heeft de (indirect) bestuurder op verschillende gronden getracht om aansprakelijkheid voor het boedeltekort te ontlopen dan wel het bedrag waarvoor hij aansprakelijk werd gehouden te beperken. De door hem gevoerde verweren bleken echter weinig soelaas te bieden.

Wat zijn de mogelijkheden voor het bestuur en individuele bestuurders om de gevolgen van aansprakelijkheid financieel te beperken? In dergelijke gevallen is dan al aangenomen dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is en heeft de aangesproken bestuurder derhalve geen mogelijkheid gezien om aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest (vgl. HR 20 oktober 2006).

Bij aansprakelijkheid ex art. 2:248 BW staat voorop dat de verplichting tot een behoorlijke taakvervulling op het bestuur als college rust. Een aangesproken bestuurder kan in de eerste

plaats dan ook terugvallen op de 'collectieve' matigingsbevoegdheid van de eerste zin van art. 2:248 lid 4 BW. Op basis daarvan kan de rechter in een limitatief aantal gevallen het bedrag waarvoor aansprakelijkheid bestaat matigen, voor zover hem dit bovenmatig voorkomt. De rechter mag uitsluitend toetsen aan de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, de andere oorzaken van het faillissement en de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld.

In deze zaak kwamen dergelijke verweren van de aangesproken bestuurder aan de orde. Een aantal verweren had betrekking op verwijten van de bestuurder aan de curator over diens wijze van afwikkeling van het faillissement. Door een bepaalde wijze van afwikkeling (het treffen van een schikking en het niet doorzetten van een bezwaarprocedure tegen een belastingaanslag) zou de omvang van het tekort negatief zijn beïnvloed. Het hof oordeelt inhoudelijk over de verschillende verwijten en verwerpt alle stellingen van de bestuurder. Het geeft echter wel aan dat een zorgvuldige afweging door de curator van al dan niet te nemen maatregelen – en voor zover noodzakelijk al dan niet met instemming daartoe van de rechter-commissaris – een rol kan spelen in een latere bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure.

Een aangesproken bestuurder kan ook terugvallen op de individuele discolpatiemoogelijkheid van art. 2:248 lid 3 BW. De bestuurder dient dan te bewijzen 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 daarvan af te wenden. Een voorbeeld van een geval waarin een bestuurder het spreekwoordelijke deksel op de neus kreeg, is te vinden in een vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 26 september 2007. Een nieuw aangetreden bestuurder trof geen maatregelen om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur van zijn voorganger af te wenden en werd vervolgens voor het gehele bedrag van het tekort aansprakelijk gehouden. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt ook dat deze bepaling met name bescherming zou moeten bieden aan een nieuw toetredende bestuurder die met de bestuurshandelingen, die aan het tijdstip van zijn benoeming voorafgingen, niets van doen heeft gehad.

Vervolgens kan nog een beroep worden gedaan op de individuele matigingsbevoegdheid van de tweede zin van art. 2:248 lid 4 BW. De rechter mag bij het vaststellen van het bedrag waarvoor een aangesproken bestuurder aansprakelijk is, rekening houden met de tijd gedurende welke die bestuurder in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaats vond. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat deze bepaling bescherming biedt aan een bestuur-

der die slechts kort in functie is geweest in de periode van het onbehoorlijke bestuur.

Tenslotte, in veel gevallen vorderen curatoren dat partijen naar een schadestaatprocedure zullen worden verwezen als aansprakelijkheid van het bestuur is vastgesteld. In deze zaak werd in het hoger beroep bij het Hof Amsterdam geoordeeld dat een verwijzing naar een schadestaatprocedure onverlet laat dat de rechter al wel een oordeel geeft over de vraag of het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn moet worden vermindert ex art. 2:248 lid 4 BW. Het lijkt alsof de Rechtbank Utrecht daar recent anders over oordeelde. In de *Ceteco*-zaak werd immers geoordeeld dat de behandeling van het door de bestuurders en commissarissen gedane beroep op matiging in de schadestaatprocedure beoordeeld dient te worden. Het lijkt in ieder geval raadzaam om ook in gevallen waarin door een curator een vordering tot betaling van het tekort nader op te maken bij staat wordt ingesteld, direct een beroep te doen op de discolpatie- en matigingsgronden.

Eiser, te X, eiser tot cassatie, adv. mr. J. Groen, tegen

Mr. A. van Hees, te Amsterdam, in zijn hoedanigheid van curator in de faillissementen van Advideo Benelux B.V., Addistri Nederland B.V., Adsales Nederland B.V., Stichting Administratiekantoor Irevo Holding, Vid-Films B.V., Ad Trade Nederland B.V., verweerder in cassatie, adv. mr. K.G.W. van Oven.

#### Hoge Raad:

##### 1. *Het geding in feitelijke instanties*

De curator heeft bij exploit van 25 februari 1994 eiser gedagvaard voor de rechtbank te Amsterdam.

Na wijziging van eis heeft de curator gevorderd eiser te veroordelen tot betaling van een bedrag gelijk aan het tekort in de faillissementen van Advideo Benelux B.V., Addistri Nederland B.V., Adsales Nederland B.V., Stichting Administratiekantoor Irevo Holding, Vid-Films B.V., Ad Trade Nederland B.V. (hierna gezamenlijk te noemen: de Advideo-groep) en tot betaling van f 510.780,80 (€231.782,22) en f 198.487,66 (€90.074,31), te vermeerderen met wettelijke rente.

Eiser heeft de vordering bestreden.

De rechtbank heeft, na bij tussenvonnis van 16 februari 2000 eiser tot bewijslevering te hebben toegelaten, bij eindvonnis van 5 juni 2002 eiser veroordeeld,

(a) tot betaling aan de curator van het bedrag van de schulden in het faillissement van de Advideo-groep voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, op te maken bij staat, en te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 2 juli 1997, alsmede

(b) tot betaling van €231.782,22, te vermeerderen met wettelijke rente.

Het meer of anders gevorderde heeft de rechtbank afgewezen.

Tegen beide vonnissen heeft eiser hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam.

Bij arrest van 8 juni 2006 heeft het hof het vonnis van de rechtbank van 5 juni 2002 vernietigd, doch slechts voor zover eiser daarin is veroordeeld tot betaling aan de curator van het bedrag van de schulden in het faillissement van Vid-Films. Voor het overige heeft het hof de vonnissen waarvan beroep bekrachtigd. (...)

## 2. *Het geding in cassatie*

Tegen het arrest van het hof heeft eiser beroep in cassatie ingesteld. (...)

De curator heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor eiser toegelicht door zijn advocaat en voor de curator door mr. H.N. Schelhaas, advocaat te Amsterdam.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Timmerman strekt tot verwerping van het beroep.

De advocaat van eiser heeft bij brief van 10 april 2008 op die conclusie gereageerd.

## 3. *Beoordeling van de middelen*

De in de middelen aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

## 4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt eiser in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de curator begroot op €5905,34 aan verschotten en €2200 voor salaris.

## **Conclusie A-G mr. Timmerman:**

### 1. *Feiten*<sup>1</sup>

1.1. Sinds 1982 is eiser advocaat geweest van de groep vennootschappen Advideo, Addistri, Adsales, Vid-Films, Adtrade en de stichting Irevo – tezamen ook aangeduid als de Advideo-groep.

1.2. De Advideo-groep (met enkele Belgische dochtermaatschappijen) hield zich bezig met de exclusieve verkoop van PDM audio- en videobanden in Nederland (en België) krachtens een (onder meer) tussen Advideo Benelux met PD Magnetics B.V. (hierna: PDM) gesloten wederverkoopovereenkomst.

1.3. Bij overeenkomst van 20 augustus 1992 hebben Advideo Benelux en PDM de tussen hen bestaande wederverkoopovereenkomst per die datum beëindigd.

1.4. In september 1992 hebben de aandeelhouders van de Advideo-groep besloten de

activiteiten van de Advideo-groep te staken. In dat kader is besloten het voltallige personeel te ontslaan, de lopende verplichtingen te beëindigen, de activa te gelde te maken en de passiva te inventariseren.

1.5. Per 1 oktober 1992 is eiser benoemd tot directeur van de stichting Irevo, werd de stichting Irevo benoemd tot directeur van Addistri en werd Addistri benoemd tot directeur van Advideo Benelux, Adsales en Adtrade.

1.6. Eind februari 1993 hebben PDM en Philips Consumer Electronics B.V., grootaandeelhouder van PDM, (hierna ook: Philips) het faillissement van Advideo Benelux aangevraagd. Op 9 maart 1993 is dit faillissement uitgesproken, op 12 maart 1993 volgden de faillissementen van Addistri, Adsales en de stichting Irevo. Op 31 maart 1993 is Vid-Films in staat van faillissement verklaard en op 28 mei 1993 is het faillissement van Ad Trade uitgesproken.

1.7. In de periode vanaf 29 september 1992 tot 15 maart 1993 heeft eiser, volgens een door hem opgesteld overzicht, op zijn kantoorrekening gelden van de gefailleerde rechtspersonen ontvangen tot een bedrag van f 637.980,29. Met dit bedrag heeft eiser betalingen aan derden verricht en eigen declaraties aan de Advideo-groep verrekend tot een totaalbedrag van f 510.780,80, waarvan f 184.257,65 voor de eigen declaraties.

## 2. *Procesverloop*

2.1. De curator heeft in deze procedure gevorderd, voor zover van belang, eiser te veroordelen: (a) tot betaling van een bedrag gelijk aan het tekort in de faillissementen van de Advideo-groep, zulks op de grond, kort samengevat, dat eiser zijn taak als bestuurder van de tot de Advideo-groep behorende rechtspersonen onbehoorlijk heeft vervuld en dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement van deze rechtspersonen;

(b) tot betaling van f 510.780,80 (€231.782,22), te vermeerderen met de wettelijke rente, zulks op de grond, kort weergegeven, dat eiser blijkens het door hem opgestelde overzicht van ontvangsten en betalingen tot dit bedrag betalingen heeft verricht, waarvan f 184.257,65 aan hemzelf, zulks terwijl eiser wist dat het faillissement van de tot de Advideo-groep behorende rechtspersonen dreigde, een groot aantal (andere) concurrente crediteuren niet was betaald en de fiscus door middel van aanslagen reeds f 2.203.480 van de rechtspersonen wegens verschuldigde loon- en omzetbelasting had opgeëist.

2.2. Bij tussenvonnis van 16 februari 2000 heeft de rechtbank eiser toegelaten tegenbewijs te leveren tegen het op grond van art. 2:248 lid 2 BW aangenomen vermoeden dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillisse-

<sup>1</sup> Ontleend aan rov. 3.1.1 t/m 3.1.7 van het bestreden arrest. Blijkens rov. 2 is het hof (eveneens) uitgegaan van de feiten die de rechtbank heeft vastgesteld in rov. 1.1, 1.2 (a t/m g) en 1.3 (a t/m d) van het tussenvonnis van 12 februari 2000.

ment van de tot de Advideo-groep behorende rechtspersonen is geweest. Bij eindvonnis heeft de rechtbank eiser in het door hem te leveren tegenbewijs niet geslaagd geacht en hem veroordeeld,

(a) tot betaling aan de curator van het bedrag van de schulden in het faillissement van de Advideo-groep voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, op te maken bij staat, en te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 2 juli 1997, alsmede

(b) tot betaling van €231.782,22, te vermeerderen met de wettelijke rente over €90.069,77 vanaf 25 februari 1994 en over €141.712,45 vanaf 2 juli 1997 tot aan de voldoening.

2.3. Tegen het tussenvonnis en het eindvonnis van de rechtbank heeft eiser zeven grieven ontwikkeld.

2.4. Het hof heeft in zijn bestreden arrest van 8 juni 2006 het vonnis van de rechtbank van 5 juni 2002 vernietigd, doch slechts voor zover eiser daarin is veroordeeld tot betaling aan de curator van het bedrag van de schulden in het faillissement van Vid-Films. Voor het overige heeft het hof de vonnissen waarvan beroep bekrachtigd en eiser in de proceskosten veroordeeld.

2.5. Voor zover in cassatie van belang heeft het hof het volgende overwogen. In rov. 3.7.1 neemt het hof tot uitgangspunt dat wordt getoetst aan art. 2:10 BW zoals dit vóór 1 januari 1994 gold. Ingevolge die bepaling dient het bestuur zodanige aantekeningen omtrent de vermogenstoestand van de rechtspersoon te houden, dat daaruit te allen tijde zijn rechten en verplichtingen kunnen worden gekend. Daaraan voegt het hof toe dat op het bestuur op grond van art. 2:10 lid 3 BW (oud) tevens de verplichting rustte deze aantekeningen gedurende tien jaren te bewaren. In rov. 3.7.2 vat het hof de stelling van de curator samen dat deze geen deugdelijke administratie heeft aangetroffen en eiser dit niet heeft kunnen weerleggen. In rov. 3.7.3 neemt het hof deze stelling in essentie over. Vaststaat dat eiser, op het moment dat hij als directeur van stichting Irevo aantrad, geen inzicht, althans 'geen volledig beeld' had van de activa en passiva van de Advideo-groep. Een in 1996 door een accountant opgemaakte 'recapitulatie van bezittingen en schulden van de Advideo-groep per 1 oktober 1992' voldoet niet aan de eisen van art. 2:10 BW (oud), omdat deze enkele jaren later is opgemaakt (rov. 3.7.4). Ook de door eiser tijdens zijn bestuurschap opgestelde crediteurenlijst en overzicht van inkomsten en uitgaven voldoet niet aan de eisen van art. 2:10 BW (oud) (rov. 3.7.5). De verplichtingen ex art. 2:10 BW (oud) rusten op het bestuur en rustten derhalve met ingang van 1 oktober 1992 op eiser. Eiser is in de nakoming van deze verplichting tekortgeschoten. Van een onbelangrijk verzuim is geen sprake (rov. 3.7.6). Op grond van art. 2:248 lid 2 BW en 2:300a jo. 2:138 BW geldt dat het bestuur van de rechtspersonen behorend tot de Advideo-groep zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en

geldt het vermoeden dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak was van het faillissement van deze rechtspersonen (rov. 3.8).

2.6. Dezelfde consequentie heeft overigens het niet voldoen door de Advideo-groep aan de op de rechtspersonen van die groep rustende verplichting tot tijdige deponering van de jaarrekeningen. Door de curator is onbestreden gesteld dat weliswaar niet alle, maar wel diverse jaarrekeningen van de vennootschappen behorende tot de Advideo-groep over de boekjaren 1989-1991 niet of niet tijdig zijn gepubliceerd. De mate waarin de publicatietermijn is overschreden varieert van 26 dagen tot 8 maanden. Over het jaar 1991 zijn de jaarstukken van de diverse vennootschappen niet 'slechts enkele dagen' te laat gepubliceerd. Eiser heeft geen steekhoudende argumenten naar voren gebracht die zijn verweer dat van onbelangrijk verzuim sprake is zouden kunnen schragen. De omstandigheid dat de accountant niet aan het opstellen van de jaarstukken wilde meewerken voordat zijn declaratie was voldaan, moet voor rekening van eiser als bestuurder blijven (rov. 3.9). Het bovenstaande betekent dat de rechtbank met juistheid heeft geoordeeld dat op grond van art. 2:248 lid 2 BW moet worden vastgesteld dat het bestuur van de tot de Advideo-groep behorende rechtspersonen onbehoorlijk is geweest en dat wordt vermoed dat het onbehoorlijke bestuur een belangrijke oorzaak van de faillissementen is geweest (rov. 3.10).

2.7. In rov. 3.11 behandelt het hof de grief van eiser tegen het oordeel van de rechtbank dat eiser niet is geslaagd in het leveren van tegenbewijs tegen het vermoeden dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest (rov. 3.11). Met de rechtbank oordeelt het hof dat eiser er niet in is geslaagd om aannemelijk te maken dat onbehoorlijk bestuur van de Advideo-groep geen belangrijke oorzaak van het faillissement van de rechtspersonen is geweest (rov. 3.11.2). Eiser voert aan dat het faillissement is veroorzaakt door een aantal omstandigheden in onderling verband:

- a. de beëindiging van de distributieovereenkomst met PDM;
- b. het niet voldoende snel tot wasdom komen van de nieuwe activiteiten van de Advideo-groep;
- c. het feit dat een groot gedeelte van de activa van de Advideo-groep niet binnen een redelijke termijn te gelde kon worden gemaakt tegen de waarde, die daaraan toegedacht was;
- d. het feit dat PDM en Philips het faillissement van de Advideo-groep hebben aangevraagd (rov. 3.11.3).

2.8. Het hof verwerpt de onder a genoemde omstandigheid als volgt:

'Ad a.

3.11.4. De rechtbank heeft ten aanzien van de beëindiging van de distributie-overeenkomst met PDM op 20 augustus 1992 – in het eindvonnis onder 7 – terecht overwogen dat die gebeurtenis op zichzelf nog niet het

faillissement van de Advideo-groep meebracht. Door getuige A en door eiser is immers verklaard dat de Advideo-groep ten tijde van de beëindiging van de distributie-overeenkomst een redelijke positie ten opzichte van haar crediteuren, respectievelijk een positief vermogenssaldo had.'

2.9. Ten aanzien van de onder b genoemde omstandigheid verwerpt het hof eisers stelling dat met de nieuwe activiteiten 'nooit een cent' is verdiend. Het hof wijst op de verklaring van bestuurder dat in juni en augustus 1992 f 1.000.000 is betaald om nieuwe agenturen over te nemen en dat de Advideo-groep vanaf september 1992 tot aan het faillissement in maart 1993 nieuwe producten heeft verkocht. Ook in hoger beroep blijft volgens het hof onverklaard waarom de Advideo-groep niet zou hebben kunnen profiteren van deze investeringen. Bovendien geldt dat, indien er met eiser van wordt uitgegaan dat er inderdaad geen cent werd verdiend met de nieuwe activiteiten, gesteld noch gebleken is dat eiser als bestuurder, toen hem dat bleek, heeft ingegrepen. Als daardoor de faillissementen zijn veroorzaakt, blijft dat nog steeds voor rekening van eiser als bestuurder (rov. 3.11.5 en 3.11.6).

2.10. Het hof verwerpt eveneens de onder c en d genoemde omstandigheden. Ten aanzien van de onder c genoemde factor betreft het in het bijzonder de omstandigheid dat de voorraad faxen ter waarde van ongeveer f 507.000 niet binnen een redelijke termijn voor dat bedrag kon worden verkocht (rov. 3.11.7). Eiser heeft als getuige in dit verband onder meer verklaard: 'Advideo kon haar verplichtingen uit de beëindigingsovereenkomst jegens PDMagnetics niet nakomen omdat een gegarandeerde verkoop van een grote hoeveelheid telefaxen niet lukte. Die verkoop was door Advideo gegarandeerd voor f 500.000. Dat bedrag diende afgedragen te worden aan PDMagnetics. Toen dat niet lukte ontstond er een schuld aan PDMagnetics ter hoogte van dat bedrag.' (rov. 3.11.8). Volgens het hof blijkt op geen enkele wijze, noch is door eiser gesteld, dat hij er actief op heeft toegezien dat de faxen voor het gegarandeerde bedrag zouden worden verkocht en welke inspanningen door een door eiser ingeschakelde derde zijn gedaan om de faxen wel voor dat bedrag te verkopen. Bovendien verklaart de verkoop van de faxen voor f 200.000 nog niet het uiteindelijke (aanzienlijke) negatieve saldo van de Advideo-groep zoals dat in de faillissementen is gebleken (rov. 3.11.9). Ten aanzien van de onder d genoemde omstandigheid oordeelt het hof dat de faillissementsaanvraag als zodanig niet als oorzaak in de zin van art. 2:248 BW kan worden beschouwd, althans niet voor zover ervan moet worden uitgegaan dat het faillissement terecht is aangevraagd, dat wil zeggen de tot de Advideo-groep behorende rechtspersonen op het moment dat de faillissementen werden uitgesproken in de toestand verkeerden dat zij hadden opgehouden te betalen (rov. 3.11.11). Het hof

concludeert dat eiser ook in hoger beroep onvoldoende heeft aangedragen om ervan te kunnen uitgaan dat onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet een belangrijke oorzaak van het faillissement van de tot de Advideo-groep behorende rechtspersonen is geweest. Eiser is er niet in geslaagd tegenbewijs te leveren tegen het vermoeden van art. 2:248 lid 2 BW (rov. 3.12).

2.11. Voorts oordeelt het hof dat gesteld noch gebleken is dat eiser pogingen heeft gedaan om de positie van de rechtspersonen te verbeteren, zodat niet kan worden gezegd dat eiser niet nalatig is gebleven om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur af te wenden (rov. 3.13). Ten aanzien van het beroep van eiser op matiging stelt het hof dat de omvang van de schulden in een schadestaatprocedure zal worden vastgesteld. De verwijzing naar de schadestaatprocedure laat onverlet dat de rechter op grond van art. 2:248 lid 4 BW van oordeel kan zijn dat het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn moet worden verminderd, waarvoor als maatstaf geldt dat dit bedrag hem bovenmatig voorkomt, gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, de andere oorzaken van het faillissement, alsmede de wijze waarop dit is afgewikkeld (rov. 3.15 en 3.16). Het hof onderschrijft vervolgens het oordeel van de rechtbank die in de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling en de andere oorzaken van het faillissement geen reden voor matiging ex art. 2:248 lid 4 BW heeft gezien. Het hof deelt het oordeel van de rechtbank dat geen andere oorzaken van het faillissement aannemelijk zijn geworden dan het bij wijze van vermoeden vastgestelde onbehoorlijk bestuur en onvoldoende inzicht is verkregen in de aard en ernst daarvan, mede omdat geen inzicht bestaat in de hoogte van het tekort (rov. 3.17 en 3.18). Weliswaar zou volgens het hof de Advideo-groep zonder de beëindiging van de distributie-overeenkomst met PDM niet genoodzaakt zijn andere activiteiten te ontplooien, maar vast staat dat de Advideo-groep deze nieuwe activiteiten heeft ontwikkeld. Zij heeft immers daarvoor f 1.000.000 geïnvesteerd. Volkomen onverklaard is gebleven waarom - enerzijds - van die investeringen en activiteiten niets in de boekhouding is terug te vinden en - anderzijds - de Advideo-groep niet van die activiteiten heeft geprofiteerd, anders dan dat het een keuze van het bestuur is geweest om deze activiteiten elders onder te brengen. Het spreekt volgens het hof vanzelf dat, indien dit laatste geval is, er geen grond bestaat het bedrag waarvoor het bestuur aansprakelijk is te matigen (rov. 3.18). Ook ziet het hof geen aanleiding om wegens de wijze waarop de faillissementen door de curator zijn afgewikkeld het bedrag van aansprakelijkheid van het bestuur te matigen (rov. 3.19). Ook de korte duur van het bestuurderschap van eiser vormt volgens het hof geen reden tot matiging, aangezien eiser gedurende vrijwel de gehele periode vanaf het sluiten van de beëindigingsovereenkomst tot aan het faillisse-

ment bestuurder was van de Advideo-groep en het, voor wat de oorzaak van de uitgesproken faillissementen betreft, juist om het in deze periode gevoerde bestuur gaat. Ook dit beroep van eiser faalt daarom (rov. 3.20).

2.12. In de in cassatie onbestreden rov. 3.22-3.29 behandelt het hof de in par. 2 onder b vermelde vordering. Evenals de rechtbank wijst het hof deze vordering toe.

2.13. Eiser heeft tijdig cassatieberoep ingesteld. De curator heeft het beroep bestreden, waarna beide partijen hun respectieve standpunten schriftelijk hebben toegelicht. Eiser heeft tot slot gerepliceerd.

### 3. *Bespreking van de middelen*

3.1. Het cassatieberoep bestaat uit drie middelen. Middel I richt zich tegen rov. 3.6 t/m 3.10. Op blz. 3 en 4 klaagt het middel in het bijzonder over het oordeel dat niet is voldaan aan de boekhoudverplichting (rov. 3.7-3.8; samengevat in par. 2.5). Op blz. 5 worden klachten opgeworpen tegen rov. 3.9 en 3.10 (samengevat in par. 2.6) dat niet is voldaan aan de verplichting tot tijdige publicatie van de jaarstukken. Ik behandel deze klachten apart.

#### *Niet voldoen aan boekhoudverplichting*

3.2. Volgens het middel oordeelt het hof ten onrechte dat eiser zijn boekhoudverplichting heeft geschonden en hier geen sprake is van een onbelangrijk verzuim. Hieruit vloeit voort dat het hof ten onrechte oordeelt dat sprake is van onbehoorlijk bestuur en vermoed wordt dat dit onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van de faillissementen is geweest. Deze klachten worden onderbouwd met de stelling dat het hof onvoldoende in aanmerking heeft genomen dat

- (i) eiser is benoemd nadat de beëindigingsovereenkomst is gesloten
- (ii) eiser slechts van 1 oktober 1992 tot 9 maart 1993 directeur is geweest, en
- (iii) eiser bij zijn aantreden geen complete administratie aantrof (blz. 3 en 4).

3.3. Uitgangspunt bij de beoordeling van het middel is dat de verplichting tot een behoorlijke taakvervulling rust op het bestuur *als college*. Eventuele disculpatiegronden van *individuele bestuurders* zijn niet relevant bij de beoordeling van de vraag of het bestuur zijn taak naar behoren heeft vervuld; deze komen eerst aan de orde bij de vraag of een individuele bestuurder niet aansprakelijk is op grond van lid 3 dan wel of zijn aansprakelijkheid moet worden gematigd op grond van de tweede zin van lid 4.<sup>2</sup> Zo heeft Maeijer geschreven:

'Er is sprake van hoofdelijke aansprakelijkheid van iedere bestuurder indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Dit is een nadere aanduiding van de omstandigheid die toerekenbaarheid (zie lid 3 van art. 6:162 BW) ten gevolge heeft. Wat de formulering betreft, heeft de wetgever hier gekozen voor een andere aanpak dan die welke art. 9

kenmerkt, waarin ervan wordt uitgegaan dat de onbehoorlijke taakvervulling van een bestuurder leidt tot hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders indien de aangelegenheid tot een gezamenlijke werkkring behoort [...]' <sup>3</sup>

3.4. In de MvA merkt de minister op:

'De aan het woord zijnde leden [van de V.V.D.-fractie - LT] hadden bezwaar tegen de hoofdelijke aansprakelijkheid van iedere bestuurder. Dit bezwaar deel ik niet. De hoofdelijke aansprakelijkheid moet worden gezien als een uitvloeisel van de omstandigheid dat de verplichting tot behoorlijke taakvervulling op elke bestuurder rust en dat met name het financieel beleid van de vennootschap een zaak is die de bestuurders zowel individueel als gezamenlijk aangaat. De positie van de curator zou er niet gemakkelijker op worden wanneer hij zou moeten aantonen welke bestuurder wel en welke bestuurder niet betrokken is geweest bij het beleid dat tot de deconfiture heeft geleid. In het derde lid wordt aan elke bestuurder de mogelijkheid gegeven, de aansprakelijkheid af te weren indien hem ter zake van het onbehoorlijk bestuur geen verwijt treft. Hierdoor wordt een individuele bestuurder voldoende beschermd. Ik zie dan ook geen aanleiding af te zien van het beginsel van hoofdelijke aansprakelijkheid.

De aan het woord zijnde leden vragen aandacht voor de positie van een nieuw toetredende bestuurder die met de bestuurs-handelingen die aan het tijdstip van zijn benoeming vooraf gingen niets van doen heeft, doch die - zoals deze leden menen - in de val van het totale bestuur ten onrechte wordt meegesleurd. Mijns inziens wordt deze nieuw toetredende bestuurder in het ontwerp voldoende beschermd door de bepaling van het derde lid, alsmede - zonedig - door de matigingsmogelijkheid van het vijfde [thans vierde - LT] lid. Kan hij aantonen dat hij inderdaad geheel geen bemoeienis heeft gehad met het aan zijn benoeming voorafgaande onbehoorlijke bestuur, of dat hij in de betreffende periode maar zeer korte tijd in functie is geweest, dan kan hij een beroep doen op de disculpatiemogelijkheid dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is of op de matigingsgrond, dat hij slechts kort in functie is geweest in de periode van het onbehoorlijke bestuur.' <sup>4</sup>

3.5. In dezelfde lijn schrijft Van Schilfgaarde:

'Aansprakelijk is "iedere bestuurder". Deze bepaling moet zo worden begrepen dat in beginsel aansprakelijk zijn:

- a. degenen die bestuurder zijn op het tijdstip dat het faillissement wordt uitgesproken, ook al maakten zij op het tijdstip van onbehoorlijke

<sup>2</sup> In rov. 3.13 e.v. gaat het hof in op art. 2:248 leden 3 en 4 BW. Tegen deze rov. richt Middel I zich echter niet.

<sup>3</sup> Asser-Maeijer 2-III (2000), nr. 328.

<sup>4</sup> Kamerstukken II 1983/84, 16631, nr. 6, p. 25.

taakvervulling geen deel uit van het bestuur, en

b. degenen die op het tijdstip van de onbehoorlijke taakvervulling bestuurder waren. ad a) Dat deze bestuurders aansprakelijk zijn volgt uit de tekst van het eerste lid. Wel zal een later toetreden bestuurder zich over het algemeen met behulp van lid 3 kunnen disculperen. Voor zover hij dat niet kan – stel bijvoorbeeld dat hij nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling af te wenden – zal er willicht reden zijn voor individuele matiging op grond van lid 4, tweede zin.<sup>5</sup>

3.6. Op grond van het bovenstaande meen ik dat de in 3.2 onder (i)-(iii) genoemde (persoonlijke) omstandigheden niet van invloed zijn op het antwoord op de vraag of sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling als bedoeld in art. 2:248 lid 2 BW.

3.7. Op het bestuur rust de verplichting tot het houden van zodanige aantekeningen omtrent de vermogenstoestand van de rechtspersoon dat daaruit te allen tijde de rechten en verplichtingen kunnen worden gekend. In rov. 3.7.3 ligt onmiskenbaar besloten dat het bestuur in de persoon van eiser niet in staat was dergelijke aantekeningen zodanig volledig en overzichtelijk aan de curator ter beschikking te stellen dat deze hieruit de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kan afleiden. Dit (feitelijke) oordeel is allerminst onbegrijpelijk. In rov. 3.7.4 overweegt het hof dat eiser enkele jaren na faillissement de curator een 'recapitulatie van bezittingen en schulden van de Advideo-groep per 1 oktober 1992', opgesteld door een accountant ter hand doet. Deze recapitulatie voldoet om de door het hof genoemde reden (zij is ruim drie jaar na faillissement opgesteld) evenmin aan de in art. 2:10 gestelde eisen. Daar komt nog bij dat het een overzicht betreft van de Advideo-groep, terwijl de door art. 2:10 vereiste aantekeningen betrekking dienen te hebben op de *rechtspersoon*. Bovendien gaat het om een momentopname van de bezittingen en schulden per 1 oktober 1992; derhalve gaat het hier niet om aantekeningen waaruit *te allen tijde* de rechten en verplichtingen kunnen worden gekend. 's Hofs oordeel in rov. 3.7.4 is derhalve juist en om de door het hof gegeven reden begrijpelijk. Hetzelfde geldt voor rov. 3.7.5 waarin het hof oordeelt dat het door eiser opgestelde overzicht van inkomsten en uitgaven van de Advideo-groep tussen 1 oktober 1992 en datum faillissement geen administratie in de zin van art. 2:10 BW oplevert. Een overzicht van inkomsten en uitgaven kan wellicht de basis vormen van een resultatenrekening, maar geeft geen inzicht in de vermogenstoestand van de Advideo-groep, en nog minder in de vermogenstoestand van de rechtspersonen, behorende tot deze groep.

3.8. Hieruit volgt dat het hof op juiste gronden heeft geoordeeld dat niet is voldaan aan de eisen die art. 2:10 BW (oud) stelt aan het bestuur van

de rechtspersoon. Eveneens volgt hieruit dat geen sprake is van een onbelangrijk verzuim, zoals een kleine onvolkomenheid in de administratie van afzonderlijke rechtspersonen.

3.9. Voor zover het middel (op blz. 4) mede steunt op de overweging dat eiser de administratie voor zover hij die aantrof aan de curator heeft overhandigd, kan dit niet leiden tot het slagen van het middel. Eerder bevestigt dit feit dat de administratie niet voldeed aan art. 2:10 BW (oud). Voor zover het middel betoogt dat hij de curator heeft gewezen op het feit dat een deel van de administratie zich bevond bij de accountant Deloitte & Touche, mist het feitelijke grondslag. Het hof heeft in rov. 3.7.3 dit betoog verworpen, omdat op geen enkele wijze is gebleken dat eiser de curator voor de ontbrekende stukken naar de accountant heeft verwezen.

3.10. Voor zover het middel een rechtsklacht opwerpt tegen rov. 3.8, waarin het hof op grond van artikel 2:248 lid 2 BW en 2:300a jo. 2:138 BW oordeelt dat het bestuur van de rechtspersonen behorend tot de Advideo-groep zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en het vermoeden geldt dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement was, faalt deze evenzeer, nu dit oordeel rechtstreeks voortvloeit uit rov. 3.7.1 t/m 3.7.6.

#### *Niet voldoen aan publicatieverplichting*

3.11. Bij deze stand van zaken missen de klachten van het middel, opgeworpen op blz. 5, belang. Deze richten zich tegen rov. 3.9 en 3.10 waarin het hof oordeelt dat sprake is van onbehoorlijk bestuur, welk onbehoorlijk bestuur eveneens een belangrijke oorzaak van het faillissement vormt op de grond dat niet is voldaan aan de verplichtingen uit hoofde van art. 2:394 BW. Ik ga er niettemin op in.

3.12. Het middel klaagt dat het hof eraan voorbij gaat dat de verplichting tot publicatie van de jaarstukken pas op eiser is gaan rusten met ingang van 1 oktober 1992. Deze klacht faalt om de redenen hierboven gegeven in par. 3.3-3.6. Het middel klaagt voorts dat niet is gebleken dat derden nadeel hebben geleden als gevolg van het niet (tijdig) voldoen aan de publicatieverplichtingen. Deze klacht berust op een onjuiste rechtsopvatting dat door derden geleden nadeel een vereiste zou zijn voor het aannemen dat sprake is van onbehoorlijk bestuur. Voor deze opvatting, die door het middel niet wordt onderbouwd, heb ik geen steun kunnen vinden in de tekst van de wet, de totstandkomingsgeschiedenis, jurisprudentie of literatuur. Eventueel kan de omstandigheid dat derden niet zijn gedupeerd als gevolg van het niet (tijdig) nakomen van de publicatieverplichtingen meespelen bij het weerleggen van het vermoeden dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke

<sup>5</sup> P. van Schilfgaarde, Misbruik van rechtspersonen, 1986, p. 52. Vgl. ook J.B. Wezeman, Aansprakelijkheid van bestuurders, diss. 1998, p. 277 jo. p. 212-213.

oorzaak van het faillissement is geweest. Deze vraag komt echter pas aan de orde in de door middel II bestreden rov. 3.11 en 3.12.

3.13. Uit het bovenstaande volgt naar mijn mening dat middel I faalt.

#### *Oorzaak van faillissement*

3.14. Middel II klaagt over rov. 3.11-3.11.11 waarin het hof grief V verwerpt. Deze grief richt zich tegen het oordeel van de rechtbank in het eindvonnis dat eiser niet geslaagd is in het leveren van tegenbewijs tegen het vermoeden dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

3.15. Voordat ik middel II inhoudelijk behandel, maak ik een opmerking ter inleiding. Voor het ontzenuwen van het in art. 2:248 lid 2 BW<sup>6</sup> neergelegde vermoeden volstaat naar het oordeel van Uw Raad dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.<sup>7</sup> In rov. 3.11.2 hanteert het hof een ander criterium: eiser dient volgens het hof aannemelijk te maken dat onbehoorlijk bestuur van de Advideo-groep geen belangrijke oorzaak van het faillissement van de rechtspersoon is geweest. Dit is m.i. uitgaande van de jurisprudentie van Uw Raad een onjuiste maatstaf. Middel II neemt hieraan echter geen aanstoot. Ik ga dus ook – uitgaande van de in de cassatieprocedure in acht te nemen lijdelijkheid – aan dit punt voorbij.

3.16. Ik keer terug naar middel II dat een aantal motiveringsklachten opwerpt. Het klaagt ten eerste dat de in par. 2.8 aangehaalde rov. 3.11.4 onbegrijpelijk is in het licht van de verklaringen van vier getuigen. Dezen zouden hebben verklaard dat de eerste oorzaak van het faillissement is geweest de sluiting van de fabriek van PDM en de beëindigingsovereenkomst. De Advideo-groep zou in hoge mate afhankelijk zijn van één product. Door de beëindigingsovereenkomst viel dat ene product weg, hetgeen een belangrijke oorzaak van het faillissement met zich bracht.

3.17. Volgens het hof (rov. 3.11.4) heeft de rechtbank terecht overwogen dat de beëindiging van de distributieovereenkomst op zichzelf nog niet het faillissement van de Advideo-groep meebracht. Het hof wijst erop dat door getuige A en door eiser is verklaard dat de Advideo-groep ten tijde van de beëindiging een redelijke positie ten opzichte van haar crediteuren, respectievelijk een positief vermogenssaldo had. Ik vind het niet onbegrijpelijk dat het hof hieruit afleidt dat de beëindiging van de distributieovereenkomst niet de oorzaak van het faillissement is geweest. In het cassatiemiddel wordt niet uitgelegd waarom deze redenering van het hof die de rechtbank ook heeft gehanteerd niet deugt. Ook wordt niet naar een eerder geding verwezen waarin een dergelijke uitleg te vinden is. In Grief V noemt eiser nog drie andere oorzaken voor het faillissement. Het hof heeft in de rov. 3.11.5-3.11.11 uitvoerig en op begrijpelijke wijze uiteengezet waarom de door

eiser in Grief V genoemde omstandigheden het faillissement niet veroorzaakt kunnen hebben. Ik wijs hierbij nog in het bijzonder op het volgende: Het middel lijkt (op blz. 7) te klagen over de rov. 3.11.5 en 3.11.6 (hierboven samengevat in par. 2.9). Het stelt dat de Advideo-groep te weinig tijd is gegund om andere activiteiten op te starten. Deze 'klacht' is onvoldoende uitgewerkt en te zeer van feitelijke aard om te voldoen aan de hieraan te stellen eisen. Het middel klaagt voorts (blz. 6, 2e alinea; blz. 7 onderaan en blz. 8 bovenaan) over rov. 3.11.9 waarin het hof de stelling van eiser verwerpt dat een belangrijke oorzaak van het faillissement is gelegen in het feit dat een partij faxen niet kon worden verkocht voor de aan PDM gegarandeerde prijs van f500.000, doch slechts voor f200.000. Volgens het middel verwijt het hof eiser 'volstrekt ten onrechte' dat hij de verkoop heeft overgelaten aan een derde (een zekere Maas) en dat het aan eisers schuld zou zijn te wijten dat die faxen slechts f200.000 zouden hebben opgebracht. Volgens het middel waren de faxen namelijk destijds veel te hoog gewaardeerd. Deze klacht kan n.m.m. niet tot cassatie leiden gezien het feitelijke karakter ervan. Daar komt bij dat volgens het hof de verkoop van de faxen voor een lager bedrag nog niet het uiteindelijke (aanzienlijke) negatieve saldo van de Advideo-groep verklaart. Op blz. 8 klaagt het middel over rov. 3.11.11 waarin het hof de stelling behandelt dat het faillissement het gevolg is van de faillissementsaanvraag. Deze rov. luidt als volgt:

'3.11.11. De rechtbank heeft op dit punt echter met juistheid overwogen dat de faillissementsaanvraag als zodanig niet als oorzaak in de zin van artikel 2:248 BW kan worden beschouwd, althans niet voor zover ervan moet worden uitgegaan dat het faillissement terecht is aangevraagd, dat wil zeggen de tot Advideo-groep behorende rechtspersonen op het moment dat de faillissementen werden uitgesproken in de toestand verkeerde[n, LT] dat zij hadden opgehouden te betalen. Dat de rechtspersonen toen in deze toestand verkeerden staat op grond van onder meer de aan de Advideo-groep opgelegde naheffingsaanslag OB van 28 december 1992 ten bedrage van f1.873.417, waarvoor geen uitstel van betaling is verleend, genoegzaam vast en wordt overigens door eiser niet voldoende gemotiveerd betwist, zodat reeds daarom daarvan moet worden uitgegaan. Voor het vaststellen van de oorzaak van de hiervoor bedoelde toestand zijn de motieven van PDM en Philips om in casu het faillissement van de Advideo-groep aan te vragen zonder belang. De op dat punt door eiser geponeerde stellingen kunnen daarom onbesproken blijven.'

6 M.m. geldt vanzelfsprekend hetzelfde voor art. (2:300a jo.) 2:138 lid 2 BW. Korthedshalve zal ik voortaan volstaan met een verwijzing naar art. 2:248 BW.

7 HR 30 november 2007, NJ 2008, 91 nt. Ma, HR 20 oktober 2006, NJ 2007, 2 m.nt. Ma en HR 23 november 2001, NJ 2002, 95 m.nt. Ma.

Voor zover het middel berust op de lezing dat volgens het hof *aan eiser te wijten zou zijn* dat de Advideo-groep was opgehouden zijn schulden te betalen, berust het op een onjuiste lezing en mist het daarmee feitelijke grondslag. Het hof heeft vastgesteld dat eiser onvoldoende gemotiveerd heeft betwist dat de tot Advideo-groep behorende rechtspersonen in een toestand verkeerden dat zij hadden opgehouden te betalen. Deze toestand blijkt naar het oordeel van het hof onder meer uit de aan de Advideo-groep opgelegde naheffingsaanslag OB van 28 december 1992, waarvoor geen uitstel van betaling is verleend. Het hof laat zich begrijpelijkerwijs niet uit over de vraag of deze naheffingsaanslag al dan niet terecht is opgelegd; dit is immers niet van belang voor het antwoord op de vraag of de tot de Advideo-groep behorende rechtspersonen in een toestand verkeerden dat zij opgehouden hadden te betalen. Het middel klaagt voorts dat de belastingaanslag betrekking had op een jaar waarin eiser nog helemaal geen directeur was. Deze klacht ontbeert in het licht van het bovenstaande belang. Hetzelfde geldt met betrekking tot de stelling dat tegen deze aanslag bezwaar was aangetekend en dat de curator een termijn heeft laten verlopen en rappellen van de fiscaal adviseur heeft genegeerd. Deze stellingen zijn immers evenmin van belang voor het antwoord op de vraag of de tot de Advideo-groep behorende rechtspersonen in een toestand verkeerden waarin zij hadden opgehouden te betalen.

#### *Matiging van bestuurdersaansprakelijkheid*

3.18. In middel III klaagt eiser, kort gezegd, dat het hof ten onrechte, althans op onvoldoende gemotiveerde gronden geen aanleiding heeft gezien tot matiging op grond van art. 2:248 lid 3 of 4 BW. Hoewel het middel stelt zich te richten tegen rov. 3.14 t/m 3.21, hebben de klachten in het bijzonder betrekking op rov. 3.18, 3.19.2 en 3.20. Bij de bespreking van het middel volg ik de rov. van het hof.

3.19. Voor zover het middel betoogt dat gedurende het bestuurderschap van eiser geen sprake zou zijn geweest van onbehoorlijk bestuur, ontberen deze klachten (blz. 9 onderaan, blz. 10 bovenaan) feitelijke grondslag, nu (in cassatie tevergeefs bestreden) is geoordeeld dat hiervan wél sprake was.

3.20. Op blz. 10 stelt het middel dat het hof ten onrechte in rov. 3.18 overweegt dat het een bewuste keuze van het toenmalige bestuur is geweest om nieuwe activiteiten elders onder te brengen. Eiser ontkent de juistheid van deze overweging en stelt dat dit nergens op is gebaseerd.

3.21. Deze rechtsklacht, die zich richt tegen een feitelijk oordeel van het hof, kan om deze reden niet tot cassatie leiden. Daar komt bij dat zij op een onjuiste lezing berust. Het hof stelt dat onverklaard is gebleven waarom van investeringen van f 1.000.000 en daarmee samenhangende activiteiten niets in de boeken is terug te vinden

en waarom de Advideo-groep hiervan niet zou hebben geprofiteerd, anders dan dat het een bewuste keuze is geweest om deze activiteiten elders onder te brengen. Indien dit het geval is geweest, zo vervolgt het hof, is er geen reden tot matiging. Anders dan het middel lijkt te betogen heeft het hof niet vastgesteld dat deze activiteiten elders zijn ondergebracht; het houdt slechts met de mogelijkheid rekening. Als dragende grond voor zijn oordeel beschouwt het hof het feit dat van de nieuwe activiteiten niets in de boeken is terug te vinden. Overigens is 's hofs oordeel niet onbegrijpelijk in het licht van de getuigenverklaring van getuige die heeft verklaard: 'Nadat ik Murata en Toshiba samen f 100.000 had betaald heb ik in september nog een show met hun producten gehouden om die aan onze afnemers te presenteren. Daarna zijn wij gaan verkopen en volgens mij hebben wij dat gedaan tot het faillissement.'<sup>8</sup> Tot slot faalt de klacht omdat zij niet motiveert waarom 's hofs oordeel onjuist zou zijn.

3.22. Op blz. 10 onderaan en blz. 11 bovenaan klaagt het middel over de onbegrijpelijkheid van het oordeel dat het hof de aansprakelijkheid van eiser niet heeft gematigd met het bedrag van de naheffingsaanslag. Immers deze naheffingsaanslag was ten onrechte opgelegd en de curator heeft een bezwaartermijn laten verlopen, zo stelt kort gezegd deze klacht. Daar komt bij dat de vordering is ontstaan in een periode waarin eiser geen bestuurder was.

3.23. Deze klacht heeft (kennelijk) betrekking op rov. 3.19.2. Bij de beoordeling van deze klacht is van belang dat het hof in rov. 3.19-3.19.3 de vraag beziet of er reden tot matiging is op grond van de wijze waarop de faillissementen zijn afgewikkeld (art. 2:248 lid 4, eerste zin BW). Het gaat hier niet om een matiging van de aansprakelijkheid van een individuele bestuurder (hierop ziet de tweede zin van art. 2:248 lid 4 BW), maar om matiging van de aansprakelijkheid van de bestuurders als collectief. Bij het beoordelen van deze matigingsgrond is daarom niet relevant dat eiser op het moment waarop de vordering ontstond nog geen bestuurder was. Het feit dat eiser de enig aangesproken bestuurder is, doet hieraan niet af.

3.24. Het hof overweegt voorts dat, gezien art. 29 lid 2 Wet OB 1968 (tekst t/m 31 december

<sup>8</sup> P.V. van getuigenverhoor rechtbank Amsterdam, 13 december 2000, p. 6 onderaan.

1992)<sup>9</sup>, de kans dat het ingediende bezwaar gegrond zou zijn verklaard nihil kon worden geacht. Deze overweging, die het oordeel van het hof zelfstandig kan dragen, wordt niet door zelfstandige klachten bestreden. De tegen rov. 3.19.2 gerichte klachten falen daarom.

3.25. Het middel klaagt tot slot (halverwege blz. 9 en blz. 11, tweede alinea) over de onbegrijpelijkheid van rov. 3.20. In deze rov. verwerpt het hof het beroep op matiging op grond van art. 2:248 lid 4, tweede zin BW. Eiser had zich beroepen op deze matigingsgrond, omdat hij slechts korte tijd als bestuurder heeft gefunctioneerd. Het hof ziet geen aanleiding tot matiging, omdat eiser gedurende vrijwel de gehele periode vanaf het sluiten van de beëindigingsovereenkomst tot aan het faillissement bestuurder was van de Advideo-groep en het, voor wat de oorzaak van de uitgesproken faillissementen betreft, juist om het in deze periode gevoerde bestuur gaat.

3.26. Op grond van art. 2:248 lid 4, tweede zin BW kan de rechter het bedrag van de aansprakelijkheid van een *afzonderlijke bestuurder* verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de tijd gedurende welke die bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaats vond. Anders dan de eerste zin van het vierde lid, gaat het hier over een individuele matigingsgrond. De MvT vermeldt hierover:

'Er kan voorts aanleiding zijn rekening te houden met de tijd waarin de tekortkomingen van het bestuur zijn geschied, wanneer het gaat om de aansprakelijkheid van een nieuwe of een gewezen bestuurder. Het zou 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 dat het bestuur zijn taak al niet behoorlijk vervulde. Het zou ook onjuist zijn, dat de gewezen bestuurder zou zijn gehouden tot betaling van het gedrag waarmee het tekort is toegenomen, indien die toename voornamelijk moet worden toegeschreven aan de voortgezette tekortkomingen van het bestuur in de periode dat hij daarin geen zitting meer had.

Zoals impliciet blijkt uit het vijfde lid, tweede zin [thans vierde lid, tweede zin - LT], kan ook een gewezen bestuurder worden aangesproken. Het gaat mede om de personen die het bestuur vormden ten tijde van de onbehoorlijke taakvervulling die het faillissement ten gevolge had. Door later af te treden kunnen zij zich niet aan hun aansprakelijkheid onttrekken.'<sup>10</sup>

3.27. Wezeman heeft in dit verband geschreven: 'Tot deze *individuele* matiging kan de rechter alleen overgaan indien het bedrag van de aansprakelijkheid hem bovenmatig voorkomt gelet op de tijd gedurende welke de bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling

plaats vond. De individuele matigingsmogelijkheid van artikel 138/248 lid 4 Boek 2 BW is opgenomen ten behoeve van de bestuurders die toetreden tot het bestuur van de vennootschap nadat het onbehoorlijk bestuur al een aanvang heeft genomen. Een bestuurder kan ook aansprakelijk zijn voor onbehoorlijk bestuur dat heeft plaatsgevonden vóór zijn aantreden, namelijk indien hij vervolgens onvoldoende heeft gedaan om de nadelige gevolgen daarvan af te wenden. In zo'n geval kan individuele matiging billijk zijn.'<sup>11</sup>

3.28. Van Schilfgarde heeft over de individuele matigingsmogelijkheid opgemerkt:

'[Ik meen] dat er niet alleen aanleiding is voor een soepele toepassing van de disculpatieregeling [...] maar ook voor een zo ruimhartig mogelijke [toepassing] van het individuele matigingsrecht. *Zo zou ik menen dat er ook dan aanleiding kan zijn voor individuele matiging wanneer de tijd gedurende welke iemand bestuurder is geweest en de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaats vond elkaar dekken, maar de betrokkene nog maar net tot het bestuur was toegetreden.*'<sup>12</sup> De tekst van de tweede zin van lid 4 laat deze uitleg toe.

Hierbij moet intussen worden bedacht dat een amendement van het kamerlid Wessel-Tuinstra om het individuele matigingsrecht uit te breiden tot de voor collectieve matiging genoemde gronden, bij gebrek aan steun is ingetrokken. Heel ver zal men dus bij het oprekken van het individuele matigingsrecht niet kunnen gaan.'<sup>13</sup>

3.29. Bij de beoordeling van de motiveringsklacht stel ik voorop dat de matigingsbevoegdheid een discretionaire bevoegdheid van de feitenrechter is. Dat neemt niet weg dat de rechter de wijze waarop hij zijn bevoegdheid uitoefent naar behoren dient te motiveren. Een redelijke uitleg van art. 2:248, lid 4, tweede zin BW, brengt naar mijn mening mee, dat, indien de feitenrechter vaststelt dat het onbehoorlijk bestuur een

<sup>9</sup> De leden 1 en 2 van dit artikel luiden:

1. Op verzoek wordt teruggaaf verleend van de belasting ter zake van leveringen en diensten, voor zover de vergoeding:

a. niet is en niet zal worden ontvangen;

b. wordt terugbetaald omdat een vermindering van de vergoeding is verleend of omdat de goederen in ongebruikte staat zijn teruggenomen.

2. De ondernemer die ingevolge artikel 15 belasting in aftrek heeft gebracht, wordt het afgetrokken bedrag naar evenredigheid als belasting verschuldigd op het tijdstip waarop en voor zover redelijkerwijs moet worden aangenomen dat hij de vergoeding waarop dat bedrag betrekking heeft, niet of niet geheel zal betalen dan wel heeft terugontvangen. De belasting wordt in ieder geval verschuldigd twee jaren na de opeisbaarheid van de vergoeding, voor zover deze op dat tijdstip nog niet is betaald. De verschuldigd geworden belasting wordt op de voet van artikel 14 voldaan.

<sup>10</sup> Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 5.

<sup>11</sup> J.B. Wezeman, Aansprakelijkheid van bestuurders, diss. 1998, p. 349. Vgl. ook par. 53 van de s.t. van mr. Schelhaas.

<sup>12</sup> Curs. LT.

<sup>13</sup> P. van Schilfgarde, Misbruik van rechtspersonen, 1986, p. 62-63.

aanvang heeft genomen vóórdat de aangesproken bestuurder als zodanig was benoemd, de feitenrechter dit feit uitdrukkelijk meeweegt in de motivering van zijn oordeel of matiging gepast is. 3.30. In deze zaak heeft het hof in rov. 3.9, in cassatie tevergeefs bestreden, geoordeeld dat:

- '- de jaarstukken van Advideo over 1989 8 maanden te laat [...] zijn gepubliceerd;
- dat Addistri over 1989 geen jaarstukken, over 1990 de jaarstukken bijna vier maanden te laat [...] heeft gepubliceerd;
- de jaarstukken van Adsales nimmer zijn gepubliceerd, en
- de jaarstukken van Adtrade over 1989 niet, over 1990 bijna vier maanden te laat [...] zijn gedeponereerd.'

3.31. Op grond van art. 2:394 lid 3 BW moet de rechtspersoon uiterlijk dertien maanden na afloop van het boekjaar de jaarrekening openbaar hebben gemaakt. Eiser is bestuurder geworden per 1 oktober 1992. Uit bovenstaande, door het hof vastgestelde feiten volgt dat het onbehoorlijk bestuur reeds een aanvang had genomen op het moment dat eiser bestuurder werd. Uit de systematiek van art. 2:248 BW volgt dat dit onbehoorlijk bestuur eveneens vermoed wordt een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn.

3.32. Ik meen dat de discretionaire bevoegdheid van de rechter meebrengt dat er zich gevallen kunnen voordoen waarin vaststaat dat het onbehoorlijk bestuur al was begonnen voor de benoeming van een bepaalde bestuurder en er niettemin niet zonder meer voldoende reden tot matiging bestaat. Zo'n geval doet zich hier m.i. voor. Het hof heeft immers feitelijk vastgesteld dat eind augustus 1992 er nog een positief saldo was (zie rov. 3.11.4). In rov. 3.18 kan het hof niet uitsluiten dat de nieuwe activiteiten elders zijn ondergebracht. Voor deze niet uit te sluiten omstandigheid is eiser als (indirecte) bestuurder van de Advideo-groep verantwoordelijk. Tegen deze achtergrond acht ik het oordeel van het hof in rov. 3.20 dat er geen reden tot matiging is niet onbegrijpelijk. De klacht faalt.

*Conclusie*

De conclusie strekt tot verwerping.