

A. Het Zorginkoopdocument was, in weerwil van voormeld oordeel van het hof 's-Hertogenbosch van 11 december 2012, voor een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver toch niet voldoende duidelijk, althans kon het de bestuurder van Zorgpunt niet ernstig verweten worden dat hij het Zorginkoopdocument op het betreffende onderdeel van haar statuten niet had begrepen.

Daarbij is de toevoeging bij de toepassing van de Haviltex-maatstaf dat daarbij in acht moet worden genomen dat CZ – de opsteller van het Zorginkoopdocument – een veel grotere (professionele) contractspartij is dan Zorgpunt, niet zonder betekenis gebleven. Kennelijk had van CZ een hogere mate van duidelijkheid mogen worden verwacht. Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat het vaststellen dat onduidelijkheid over het Zorginkoopdocument heeft kunnen bestaan en ook heeft bestaan in bredere kring, waaronder niet alleen bij de bestuurder van Zorgpunt, maar ook bij meerdere bestuurders van andere zorginstellingen, alsmede bij de notaris die door de bestuurder was ingehuurd, alsmede bij (medewerkers van) CZ zelf, daarbij van wezenlijke betekenis is geweest. Het is de vraag of dat – op zichzelf beschouwd – terecht is, hoewel dient te worden toegegeven dat CZ zelf door de jaren heen een steeds uitgebreidere toelichting heeft gegeven bij haar Zorginkoopdocumenten en dat is meegevoegen in het oordeel van het hof 's-Hertogenbosch. Opmerkelijk is het oordeel op dit punt in ieder geval niet, getuige onder meer het afwijkende – en in de daarop gevolgde cassatie niet meer aan de orde gekomen – oordeel van het hof Den Haag van 3 april 2018 (ECLI:NL:GHDHA:2018:553) dat taalkundig art. 4.2 lid 9 van de ZGC 2010 geen twijfel laat bestaan dat statutair moet zijn vastgelegd op welke gronden een lid van de raad van toezicht kan worden ontslagen en ook op welke gronden dat lid kan worden geschorst.

B. Tussen CZ en Zorgpunt bestaat een relevante voorgeschiedenis op grond waarvan de bestuurder andere verwachtingen mocht hebben.

Van belang is dat Zorgpunt over de jaren 2011 en 2012 wel zorgcontracten heeft verkregen én tussen partijen in de onderhavige procedure vast is komen te staan dat de statuten van Zorgpunt door CZ nota bene waren onderzocht naar aanleiding van een eerder conflict in 2011 voorafgaande aan het verkrijgen van het zorgcontract voor 2012 en er daarbij geen kritiek was geleverd op haar statuten. Op grond hiervan hoefde de bestuurder niet te verwachten dat de statuten van Zorgpunt niet in overeenstemming waren met de ZGC 2010, ook al was de aandacht van CZ toen enkel gericht geweest op de samenstelling van de raad van commissarissen. Voor zover dat wel had moeten worden verwacht, kan uit de geschetste voorgeschiedenis worden afgeleid dat mocht worden verwacht dat Zorgpunt de gelegenheid zou krijgen om haar statuten alsnog aan te passen. Een onmiddellijke beëindiging van de jarenlange relatie met CZ behoeft in ieder geval niet te worden verwacht.

7. Hoewel het in mijn optiek niet uitgesloten kan worden dat het verdedigbaar is dat door een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver uit het Zorginkoopdocument en de daarbij behorende ZGC 2010 meer dan voldoende duidelijk kon worden afgeleid aan welke minimale eisen de statuten van Zorgpunt hadden moeten voldoen en het hof 's-Hertogenbosch dit in het bevestigende geval heeft miskend, valt de uitkomst in deze zaak te billijken. Immers, op grond van de vaststaande feiten kan deze bestuurder ook in dat geval niet verweten worden er niet op bedacht te zijn geweest dat de statuten van Zorgpunt niet in overeenstemming

waren met de ZGC 2010. Evenmin en in sterkere mate kan hem niet verweten worden er niet op bedacht te zijn geweest welke onomkeerbare gevolgen daaraan verbonden zouden worden door CZ. De bestuurder kan dan ook niet worden verweten dat hij heeft gehandeld wetende of behorende te weten dat de schuldeisers van Zorgpunt zouden worden benadeeld. De bestuurder ontsnapt terecht aan de vorderingen van de curator.

mr. N.G. Cornelissen  
advocaat bij Juust Advocaten en Mediators

## 27

**Bestuurder persoonlijk aansprakelijk gesteld voor het tekort in het faillissement**

Rechtbank Midden-Nederland zp Utrecht  
21 oktober 2020, nr. C/16/437270 / HA ZA 17-344,  
ECLI:NL:RBMNE:2020:4426  
(mr. Brouwer)  
Noot mr. J.R. Torenbosch

**Faillissementsrecht. Onbehoorlijk bestuur. Causaal verband. Bewijsvermoeden. Aansprakelijkheid bestuurder.**

[BW art. 2:248]

*Essentie: Vervolg op ECLI:NL:RBMNE:2018:3115. Bestuurdersaansprakelijkheid zwemschool ex art. 2:248 BW. Geen andere belangrijke oorzaak faillissement dan kennelijk onbehoorlijk bestuur. Geen matiging.*

*Samenvatting: In het vonnis van 11 juli 2018 staat al dat de onbehoorlijke taakvervulling wordt vermoed een belangrijke oorzaak te zijn van het faillissement. [gedaagde] heeft de gelegenheid gekregen dat vermoeden te ontzenuwen door andere oorzaken aannemelijk te maken. Die andere oorzaken bestonden er volgens haar uit dat ouders een hetze op Facebook hebben gevoerd tegen de zwemschool en dat de ENVOZ lichtvaardig heeft besloten om geen zwemdiploma's meer te verstrekken aan de zwemschool. [gedaagde] moest niet alleen deze andere oorzaken aannemelijk maken, maar ook dat die oorzaken niet zijn terug te voeren op onbehoorlijk bestuur. De rechtbank vindt dat ze ook in deze opdracht niet is geslaagd en legt dat hierna uit.*

*Uit de gebrekkige administratie en het niet voldoen aan de publicatieplicht was al het beeld naar voren gekomen dat de zwemschool zijn zaken niet op orde had. De verklaringen van de, door [gedaagde] zelf opgeroepen, getuigen bevestigen dat beeld. Sterker nog, zij rechtvaardigen de conclusie dat sprake was van structureel slecht management. Er waren te veel kinderen tijdens de zwemles waardoor de kwaliteit en voortgang van de zwemles in gevaar was. De communicatie vanuit de zwemschool was gebrekkig en regelmatig gingen er lessen onverwacht niet door. Voor zover er sprake was van een Facebookhetze en/of een lichtvaardig besluit om geen diploma's meer uit te reiken, en voor zover die omstandigheden al hebben bijgedragen aan het faillissement van de zwemschool, zijn deze omstandigheden dus het gevolg van het onbehoorlijk bestuur.*

[gedaagde] heeft zichzelf en [getuige 1] als getuigen laten horen. Zij hebben verklaard – kort gezegd – dat de zwemschool weliswaar niet op rolletjes liep, maar dat er niets mis was met de kwaliteit van het zwemonderwijs en dat men van plan was verbeteringen door te voeren, onder andere door een locatie af te stoten. Die verklaringen leggen echter onvoldoende gewicht in de schaal. Op belangrijke punten bevestigen hun verklaringen de klachten van [getuige 3], [getuige 4] en [A]. Ook [getuige 1] en [gedaagde] erkennen dat de zwemschool uit zijn jasje was gegroeid. Verder heeft [getuige 1] verklaard dat zij het moeilijk vond om dingen uit handen te geven, maar dat ze het ook niet meer alleen af kon. Ook heeft ze erkend dat bij de zwemles waar [A] kwam kijken geen toezicht vanaf de kant werd gehouden terwijl dat wel had gemoeten. Ten slotte is het volgens haar voorgekomen dat ouders voor een dichte deur stonden.

Dit betekent dat voor de rechtbank vaststaat dat het faillissement veroorzaakt is door kennelijk onbehoorlijk bestuur. Andere oorzaken voor het faillissement zijn niet aannemelijk gemaakt. Uit die conclusie volgt op grond van art. 2:248 lid 1 BW dat [gedaagde] als bestuurder aansprakelijk is voor het tekort in het faillissement.

Mr. Frans Willem Aartsen, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van de besloten vennootschap [bedrijfsnaam] B.V., kantoorhoudend in Harderwijk, eiser, advocaat: mr. E.J. Kuper in Harderwijk, tegen [gedaagde], woonplaats [woonplaats], gedaagde, advocaat: mr. G. Boot in De Bilt. Partijen zullen hierna de curator en [gedaagde] genoemd worden.

### 1. De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
- het tussenvonniss van 11 juli 2018
  - het proces-verbaal van getuigenverhoor van 26 november 2018
  - het proces-verbaal van getuigenverhoor van 14 december 2018
  - de akte overlegging bewijsmiddelen van 16 januari 2019 van de curator
  - de antwoordakte met overlegging producties van 27 februari 2019 van [gedaagde]
  - de antwoordakte van 13 maart 2019 van de curator
  - de conclusie na enquête van [gedaagde] van 24 juli 2019
  - de antwoordconclusie na enquête van de curator van 4 september 2019
  - het pleidooi van 7 september 2020 en de ter gelegenheid daarvan overgelegde producties van [gedaagde] en de pleitnota's van [gedaagde] en de curator.
- 1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

### 2. De verdere beoordeling

- 2.1. In deze procedure stelt de curator [gedaagde] aansprakelijk voor het tekort in het faillissement van [bedrijfsnaam] B.V. (hierna: de zwemschool of [bedrijfsnaam]).
- 2.2. In het tussenvonniss van 11 juli 2018 heeft de rechtbank overwogen dat er in deze procedure drie twistpunten zijn:

1. Was [gedaagde] bestuurder van de zwemschool? De curator stelt dat dit het geval was terwijl [gedaagde] stelt dat zij alleen werknemster was van de zwemschool.
2. Als [gedaagde] bestuurder was: heeft zij haar taak als bestuurder (kennelijk) onbehoorlijk vervuld? De curator vindt dat dat zo is en [gedaagde] vindt dat dat niet zo is.
3. Als [gedaagde] haar taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld: was die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement? De curator beantwoordt ook die vraag bevestigend, [gedaagde] ontkennend.

Was [gedaagde] bestuurder van de zwemschool?

2.3. Over het eerste twistpunt heeft de rechtbank in het vonnis van 11 juli 2018 geoordeeld dat de curator vooralsnog voldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld om aan te nemen dat [gedaagde] bestuurder was van de zwemschool. [gedaagde] is toegelaten om tegenbewijs te leveren tegen die stelling. Zij moest de stelling van de curator dat zij bestuurder is van de zwemschool dus ontkrachten. Naar het oordeel van de rechtbank is zij daarin niet geslaagd. De rechtbank legt dat hierna uit

2.4. [gedaagde] heeft een aantal getuigen laten horen, onder andere haar moeder, mevrouw [getuige 1] (hierna: [getuige 1]), mevrouw [getuige 2] (hierna: [getuige 2]) en zichzelf. Eerder in deze procedure heeft [gedaagde] het standpunt ingenomen dat haar vermelding als bestuurder van de zwemschool in het handelsregister een vergissing was. Zij stelde dat de notaris een vergissing heeft begaan bij de overdracht van een deel van de aandelen in de zwemschool van [getuige 1] aan haar en [getuige 2]. Per abuis is toen een formulier getekend waarbij zij en [getuige 2] ermee instemden dat zij werden vermeld als bestuurder in het handelsregister. Volgens [gedaagde] bestaat er geen besluit waarmee [getuige 2] en zij worden benoemd tot bestuurder, aldus het standpunt van [gedaagde] eerder in deze procedure.

2.5. Bij het verhoor van [getuige 2] is gebleken dat er wel degelijk een aandeelhoudersbesluit is waarbij [gedaagde] wordt benoemd tot bestuurder van de zwemschool. Het gaat om het aandeelhoudersbesluit van 2 april 2013, getekend door de aandeelhouders [getuige 1], [getuige 2] en [gedaagde] zelf. Volgens dat besluit worden [getuige 2] en [gedaagde] benoemd tot statutair bestuurder van de zwemschool. Daarmee staat vast dat [gedaagde] bestuurder is van de zwemschool. [gedaagde] houdt vol, ook na het boven tafel komen van dit besluit, dat sprake is van een vergissing en dat het nooit de bedoeling is geweest dat zij en [getuige 2] bestuurder zouden zijn. Ook [getuige 1] en [getuige 2] hebben als getuige verklaard dat het nooit de bedoeling is geweest dat [getuige 2] en [gedaagde] werden benoemd tot bestuurder en dat zij niet helemaal hebben begrepen wat precies bij de notaris is besproken en getekend. De rechtbank vindt dit niet geloofwaardig. Volgens zowel [gedaagde], [getuige 2], als [getuige 1] (vóór 2 april 2013 enig bestuurder van de zwemschool) zou de notaris kennelijk uit eigen beweging en zonder opdracht van de zwemschool een aandeelhoudersbesluit hebben opgesteld waarbij [getuige 2] en [gedaagde] tot bestuurder werden benoemd. Vervolgens hebben zij dat besluit getekend, net als de formulieren waarmee zij als bestuurder werden ingeschreven in het handelsregister, zonder dat zij hebben begrepen dat zij als bestuurder werden benoemd. Objectieve omstandigheden die ondersteunen dat deze benoeming op een vergissing berust, ontbreken.

De rechtbank concludeert dan ook dat [gedaagde] sinds 2 april 2013 bestuurder is van de zwemschool.

*Onbehoorlijk bestuur?*

2.6. De rechtbank heeft in het vonnis van 11 juli 2018 al geoordeeld dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur van de zwemschool doordat (o.a.) de administratieplicht en de publicatieplicht zijn geschonden. Met de schending van de administratieplicht en de publicatieplicht staat vast dat het bestuur van de zwemschool zijn taak (ook voor het overige) kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Er is geen sprake van een onbelangrijk verzuim als bedoeld in artikel 2:248, tweede lid, BW. Ook heeft de rechtbank al beslist dat [gedaagde] geen beroep op disculpatie toekomt. Nu staat dus vast dat ook [gedaagde] haar taak als bestuurder kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld.

*Oorzaak faillissement?*

2.7. In het vonnis van 11 juli 2018 staat al dat de onbehoorlijke taakvervulling wordt vermoed een belangrijke oorzaak te zijn van het faillissement. [gedaagde] heeft de gelegenheid gekregen dat vermoeden te ontzenuwen door andere oorzaken aannemelijk te maken. Die andere oorzaken bestonden er volgens haar uit dat ouders een hetze op Facebook hebben gevoerd tegen de zwemschool en dat de ENVOZ lichtvaardig heeft besloten om geen zwemdiploma's meer te verstrekken aan de zwemschool. [gedaagde] moest niet alleen deze andere oorzaken aannemelijk maken, maar ook dat die oorzaken niet zijn terug te voeren op onbehoorlijk bestuur. De rechtbank vindt dat ze ook in deze opdracht niet is geslaagd en legt dat hierna uit.

2.8. [gedaagde] heeft als getuigen mevrouw [getuige 3] en de heer [getuige 4] laten horen (hierna: [getuige 3] en [getuige 4]). Zij beiden hebben kinderen die zwemles hadden op de zwemschool. [getuige 4] heeft verklaard dat hij op 30 juni 2016 een Facebookgroep is gestart onder de naam 'Gedupeerden het [bedrijfsnaam]' en dat ongeveer 40 personen zich daarbij hebben aangesloten. Hij heeft in zijn verklaring uitgelegd wat de aanleiding is geweest voor het starten van die Facebookgroep. Hij vond dat er een rommelige sfeer was bij de zwemschool, zijn kinderen hadden steeds wisselende instructeurs en hij zag weinig vorderingen bij zijn kinderen. Zijn dochter ging na een jaar zwemles bij [bedrijfsnaam] naar een andere zwemschool en moest daar beginnen in het eerste badje omdat zij nog weinig kon. Hij hoorde van andere ouders ook veel onvrede over de zwemschool. In de periode mei – juni 2016 was er vijf weken op rij geen zwemles. Over het niet doorgaan van de les waren de ouders drie van die vijf keren niet van tevoren geïnformeerd en stonden de ouders voor een gesloten deur. Later begrepen de ouders dat het team van de zwemschool toen op Curaçao was. Vanaf 28 juni 2016 probeerde [getuige 4] in contact te komen met de zwemschool, maar er kwam geen reactie op zijn mails en achtergelaten bericht op de Facebookpagina van de zwemschool. Ook de telefoon werd niet opgenomen.

2.9. Ook het zoontje van [getuige 3] had les op de zwemschool. Zij heeft verklaard dat zij geen positieve ervaringen heeft met de zwemschool. Zo ging de zwemles een keer niet door omdat volgens de zwemschool de chloorpomp stuk was, terwijl in werkelijkheid de zwemschool teveel kinderen in de les had voor de grootte van het zwembad. Voor haar gevoel waren er te veel kinderen per instructeur om goed zwemles te krijgen. Het kwam voor dat haar zoon maar drie baantjes had getrokken in het hele uur zwemles. Zij zag dat haar zoontje niet veel vorderingen maakte. Zij heeft gehoord van andere ouders dat de zwemles van hun kinderen een aantal keer niet door mocht gaan omdat de zwemschool de huur van het zwembad niet

had betaald. Ook zelf heeft zij diverse malen meegemaakt dat er lessen op het laatste moment werden afgezegd. [getuige 3] heeft verklaard dat zij tussen begin 2016 en juni 2016 een bericht op haar eigen Facebookpagina heeft geplaatst waarin zij mensen waarschuwt om kinderen niet op zwemles te laten gaan bij [bedrijfsnaam].

2.10. Uit de verklaringen van [getuige 3] en [getuige 4] blijkt dat zij negatieve berichten over de zwemschool op Facebook hebben geplaatst. Uit hun verklaringen komt echter ook naar voren dat die negatieve berichten voortkwamen uit slechte ervaringen met de zwemschool. Lessen werden op het laatste moment afgezegd, de communicatie vanuit de zwemschool verliep niet goed en de ouders zagen weinig vorderingen bij de kinderen. Dit beeld wordt bevestigd door de verklaring van de heer [A] (hierna: [A]), [functie] van de ENVOZ. ENVOZ is een organisatie die zwemdiploma's uitdeelt aan aangesloten zwemscholen, waaronder destijds [bedrijfsnaam]. ENVOZ behoort tot de grootste drie organisaties in Nederland en geeft 140.000 diploma's uit per jaar. [A] heeft verklaard dat hij vanaf het begin van het bestaan van [bedrijfsnaam] met regelmaat klachten heeft ontvangen van de klanten van [bedrijfsnaam]. Zij hadden twijfel over de kwaliteit van de lessen bij de zwemschool. ENVOZ heeft de zwemschool daarom een aantal keer gecontroleerd in 2014. [A] verklaart dat er veel te veel kinderen tegelijk op de zwemles waren. Volgens de website van [bedrijfsnaam] zouden er zes tot acht kinderen per groep zijn. Maar in werkelijkheid stonden er vijftien tot twintig kinderen aan de kant terwijl er twee tot drie kinderen in het water lagen. De kinderen maakten gewoon te weinig zwemmers per les, aldus [A]. Ook twijfelde ENVOZ of de docenten wel kwalificaties hadden door de manier waarop zij les gaven. Zij leken niet altijd overzicht te hebben over waar de kinderen waren en wat zij deden. Bij een andere controle waren alle docenten met de kinderen in het water terwijl er niemand op de kant stond om toezicht te houden op hoe de zwemles verliep. Er hoort iemand op de kant te staan die de vorderingen van de kinderen in de gaten houdt en die de docenten kan instrueren wat betreft het geven van de zwemles, aldus [A]. Ook daar stonden voortdurend zestien tot zeventien kinderen te wachten op de kant. [A] had aan de ouders ter plekke gevraagd of dit gebruikelijk was voor de zwemles en zij bevestigden dat. [A] heeft meermalen met [getuige 1] besproken dat er verbeteringen moesten komen. Ook heeft hij een aantal keren gevraagd om de kwalificaties van de medewerkers op te sturen, maar hij heeft die nooit ontvangen. ENVOZ vond dat de veiligheid van kinderen in het geding was door de manier waarop werd lesgegeven en vond het daarom niet langer verantwoord dat er bij de zwemschool ENVOZ-diploma's werden uitgereikt.

2.11. Uit de gebrekkige administratie en het niet voldoen aan de publicatieplicht was al het beeld naar voren gekomen dat de zwemschool zijn zaken niet op orde had. De verklaringen van de, door [gedaagde] zelf opgeroepen, getuigen bevestigen dat beeld. Sterker nog, zij rechtvaardigen de conclusie dat sprake was van structureel slecht management. Er waren teveel kinderen tijdens de zwemles waardoor de kwaliteit en voortgang van de zwemles in gevaar was. De communicatie vanuit de zwemschool was gebrekkig en regelmatig gingen er lessen onverwacht niet door. Voor zover er sprake was van een Facebookhetze en/of een lichtvaardig besluit om geen diploma's meer uit te reiken, en voor zover die omstandigheden al hebben bijgedragen aan het faillissement van de zwemschool, zijn deze omstandigheden dus het gevolg van het onbehoorlijk bestuur.

2.12. [gedaagde] heeft zichzelf en [getuige 1] als getuigen laten horen. Zij hebben verklaard – kort gezegd – dat de zwemschool weliswaar niet op rolletjes liep, maar dat er niets mis was met de kwaliteit van het zwemonderwijs en dat men van plan was verbeteringen door te voeren, onder andere door een locatie af te stoten. Die verklaringen leggen echter onvoldoende gewicht in de schaal. Op belangrijke punten bevestigen hun verklaringen de klachten van [getuige 3], [getuige 4] en [A]. Ook [getuige 1] en [gedaagde] erkennen dat de zwemschool uit zijn jasje was gegroeid. Verder heeft [getuige 1] verklaard dat zij het moeilijk vond om dingen uit handen te geven, maar dat ze het ook niet meer alleen af kon. Ook heeft ze erkend dat bij de zwemles waar [A] kwam kijken, geen toezicht vanaf de kant werd gehouden terwijl dat wel had gemoeven. Ten slotte is het volgens haar voorgekomen dat ouders voor een dichte deur stonden.

2.13. Dit betekent dat voor de rechtbank vaststaat dat het faillissement veroorzaakt is door kennelijk onbehoorlijk bestuur. Andere oorzaken voor het faillissement zijn niet aanneemelijk gemaakt. Uit die conclusie volgt op grond van artikel 2:248 lid 1 BW dat [gedaagde] als bestuurder aansprakelijk is voor het tekort in het faillissement.

#### *Beroep op matiging*

2.14. Tijdens het pleidooi van 7 september 2020 heeft [gedaagde] een beroep gedaan op matiging als bedoeld in artikel 2:248 lid 4 BW. Op grond van dat artikel kan de rechter het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn, verminderen als haar dit bovenmatig voorkomt, gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, de andere oorzaken van het faillissement, en de wijze waarop dit is afgewikkeld. De rechter kan verder het bedrag van de aansprakelijkheid van een afzonderlijke bestuurder verminderen als haar dit bovenmatig voorkomt, gelet op de tijd dat die bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaats vond.

2.15. Als onderbouwing van het beroep op matiging heeft [gedaagde] aangevoerd dat zij een minimale rol had binnen de zwemschool. Wat zij precies bedoelt met ‘minimale rol’ is niet duidelijk omdat zij ter onderbouwing daarvan alleen verwijst naar de inschrijving als bestuurder in het handelsregister zonder dat zij zich daarvan bewust was. De rechtbank verwijst naar dat wat zij hiervoor heeft overwogen over de benoeming van [gedaagde] als bestuurder. Het is niet aanneemelijk dat [gedaagde] niet heeft geweten en niet heeft ingestemd met haar benoeming tot bestuurder. Verder is duidelijk dat [gedaagde] wel degelijk een rol heeft gespeeld binnen de zwemschool. Zo gaf zij zwemles en was het in ieder geval de bedoeling dat zij de administratie op zich zou nemen. De heer [B], werkzaam bij [naam vennootschap onder firma], heeft immers als getuige verklaard dat hij medio 2014 uitleg heeft gegeven aan onder andere [gedaagde] over het nieuwe boekhoudpakket dat de zwemschool zou gaan gebruiken. Ten slotte was [gedaagde] verantwoordelijk voor de acquisitie van nieuwe klanten, zo heeft zij zelf verklaard. Wel is het zo dat uit het dossier blijkt dat [getuige 1] de centrale rol had in de zwemschool. Dat doet er echter niet aan af dat ook [gedaagde] bestuurder was. Zij heeft moeten zien dat de organisatie en administratie van de zwemschool onvoldoende op orde waren. Als zij dat niet heeft gezien, heeft zij als bestuurder in dat opzicht onvoldoende haar verantwoordelijkheid genomen. Datzelfde geldt voor het geval zij dat wel heeft gezien, maar niet heeft ingegrepen. Er zijn geen andere argumenten gesteld

of gebleken die de rechtbank aanleiding geven om over te gaan tot matiging.

#### *Conclusie*

2.16. [gedaagde] is als bestuurder aansprakelijk voor het tekort in het faillissement. Dit maakt dat de vorderingen van de curator in beginsel toewijsbaar zijn. De curator vordert onder meer betaling van een voorschot van € 75.000. Dat bedrag kan worden toegewezen. Tijdens het pleidooi van 7 september 2020 heeft de curator namelijk toegelicht dat het tekort in het faillissement circa € 338.000 bedraagt. Ook de andere vorderingen van de curator zullen worden toegewezen, met uitzondering van de wettelijke rente over het tekort en het voorschot. De regeling van artikel 2:248 BW strekt ertoe dat de aansprakelijke partij een zodanig bedrag betaalt dat het faillissement volledig kan worden afgewikkeld door alle schulden, inclusief de boedelschulden, te voldoen. Toewijzing van de wettelijke rente over dat bedrag zou ertoe leiden dat na voldoening van alle geverifieerde vorderingen en boedelschulden nog een bedrag resteert. Dat is niet de bedoeling van de regeling van artikel 2:248 BW. De wettelijke rente is daarom niet toewijsbaar.

2.17. Ook de gevorderde proceskosten en beslagkosten worden afgewezen. Toewijzing van de vordering op grond van artikel 2:248 BW leidt ertoe dat [gedaagde] het gehele tekort aan de curator dient te voldoen, inclusief dat deel dat is ontstaan door de kosten van deze procedure. Veroordeling tot vergoeding van de door de curator gemaakte beslag- en proceskosten is daarom niet nodig.

#### *3. De beslissing*

De rechtbank

3.1. verklaart voor recht dat [gedaagde] als bestuurder van de zwemschool haar taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, welke onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de zwemschool,

3.2. veroordeelt [gedaagde] om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de curator te voldoen het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten in het faillissement van de zwemschool kunnen worden voldaan, welk bedrag nader dient te worden opgemaakt bij staat en te vereffenen volgens de wet,

3.3. veroordeelt [gedaagde] om aan de curator te betalen ten titel van voorschot een bedrag van € 75.000,00 (vijfenzeventig duizend euro),

3.4. verklaart dit vonnis wat betreft de onder 3.2. en 3.3. genoemde beslissingen uitvoerbaar bij voorraad,

3.5. wijst af het meer of anders gevorderde.

#### **NOOT**

1. De feiten van de zaak zijn als volgt. Gedaagde is zweminstructeur bij – en (vermeend) bestuurder van – een zwemschool. De zwemschool gaat op de fles en de curator spreekt de gedaagde aan op grond van art. 2:248 BW voor het tekort in het faillissement. Art. 2:248 lid 1 BW bepaalt immers dat iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is 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 aanneemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Gedaagde verweert zich tegen deze vordering van de curator met, hoofdzakelijk, drie verwe-

ren. Allereerst draagt gedaagde aan dat zij géén bestuurder was van de zwemschool en aldus niet in die hoedanigheid kan worden aangesproken. Ten tweede stelt de gedaagde dat – zelfs als zij bestuurder zou zijn geweest – zij haar taken niet (kennelijk) onbehoorlijk heeft vervuld. Ten derde stelt gedaagde dat, zelfs als zij haar taken onbehoorlijk zou hebben uitgevoerd, dit geen belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement van de zwemschool. Naast deze fundamentele verweren beroept gedaagde zich ook nog op matigingsbevoegdheid van de rechter (art. 2:248 lid 4 BW).

2. In deze uitspraak staat art. 2:248 BW dus centraal.<sup>1</sup> Dit artikel kent twee vereisten alvorens een bestuurder hoofdelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor een tekort in het faillissement. Allereerst moet sprake zijn van 1) kennelijk onbehoorlijk bestuur en het moet 2) aannemelijk zijn dat dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het is aan de curator om dit te bewijzen. Van kennelijk onbehoorlijk bestuur is sprake als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden op de manier van de aangesproken bestuurder zou hebben gehandeld.<sup>2</sup>

3. De curator wordt door art. 2:248 lid 2 BW geholpen in het bewijs dat hij moet leveren: als het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichting een deugdelijke administratie bij te houden (art. 2:10 BW) of de verplichting tot het (tijdig) openbaar maken van de jaarrekening (art. 2:394 BW), dan staat vast dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld<sup>3</sup> en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Schending van de administratieplicht of de publicatieplicht levert dus een *onweerlegbaar vermoeden* op van de onbehoorlijke taakvervulling en een *weerlegbaar vermoeden* van het causaal verband tussen deze onbehoorlijke taakvervulling en het faillissement.<sup>4</sup> Dit causale verband kan de aangesproken bestuurder ontzenuwen door een andere belangrijke oorzaak van het faillissement aannemelijk te maken.<sup>5</sup> Lukt het de bestuurder om het vermoeden van het causaal verband te ontzenuwen dan is de curator aan zet en zal de curator aannemelijk moeten maken dat de onbehoorlijke taakvervulling alsnog (mede) een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement.<sup>6</sup>

4. Hoewel met de schending van de administratieplicht of de publicatieplicht de onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur (als geheel) vaststaat, kan een individuele bestuurder zich wel disculperen in het geval de onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur niet aan deze bestuurder te wijten is en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur af te wenden (art. 2:248 lid 3 BW). Volgens de wetsgeschiedenis van art. 2:248 BW kan een bestuurder zich niet gemakkelijk disculperen van een geschonden administratieplicht of openbaarma-

kingsplicht, zelfs niet als de bestuurder in kwestie deze taken niet feitelijk heeft hoeven uitvoeren.<sup>7</sup> Deze verplichtingen worden namelijk gezien als fundamentele plichten van het bestuur als geheel. Dit laat onverlet dat ook bij een geschonden administratieplicht of openbaarmaakingsplicht disculpactie van een individuele bestuurder tot de mogelijkheden behoort.<sup>8</sup>

#### *Is gedaagde bestuurder?*

5. Gedaagde beroept zich zoals gezegd allereerst op de stelling dat zij geen bestuurder was van de zwemschool. In het eerder gewezen tussenvonnis heeft de rechtbank bepaald dat de curator vooralsnog is geslaagd in het bewijs dat gedaagde bestuurder was.<sup>9</sup> Gedaagde heeft namelijk een formulier getekend waarin staat dat zij als bestuurder wenst te worden ingeschreven. Tevens had gedaagde een formulier getekend waarin staat dat zij lid is van de directie van de zwemschool. Als laatste acht de rechtbank in het tussenvonnis relevant dat de administratie van de zwemschool is aangetroffen op de laptop van de gedaagde.

6. De rechtbank laat in het tussenvonnis de gedaagde wel toe tot tegenbewijs en aldus tot de kans te ontkrachten dat zij bestuurder was. Hier slaagt de gedaagde niet in. De gedaagde draagt aan dat de notaris op eigen houtje een aandeelhoudersbesluit zou hebben opgesteld (hetzelfde aandeelhoudersbesluit waarvan gedaagde in het tussenvonnis ontkende dat deze bestond) waarin gedaagde tot bestuurder is benoemd. Dit verhaal vindt de rechtbank begrijpelijkerwijs ongeloofwaardig, zeker nu objectieve omstandigheden om dit aan te tonen ontbreken. Nu gedaagde niet slaagt in het tegenbewijs, concludeert de rechtbank dat gedaagde bestuurder van de zwemschool was.

#### *Is sprake van onbehoorlijk bestuur?*

7. Voor de vraag of sprake is van onbehoorlijk bestuur is ook het tussenvonnis van juli 2018 van belang. Hierin heeft de rechtbank namelijk al overwogen dat de curator vooralsnog geslaagd is in het bewijs dat sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur van de zwemschool.<sup>10</sup> De curator heeft aangevoerd dat zowel de administratieplicht als de publicatieplicht waren geschonden. Bovendien heeft gedaagde in het tussenvonnis feitelijk erkend dat het bestuur van de zwemschool deze plichten heeft geschonden. Aangezien schending van de administratieplicht en de publicatieplicht een onweerlegbare vaststelling van het onbehoorlijk bestuur oplevert, wijdt de rechtbank in het eindvonnis er terecht niet veel woorden aan dat sprake is van onbehoorlijk bestuur.

#### *Is het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement?*

8. Dan blijft over of het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement, hetgeen wordt vermoed ingevolge art. 2:248 lid 2 BW. Dit vermoeden van het causaal verband heeft de rechtbank in het tussenvonnis al vastgesteld: het is dus aan de gedaagde om dit vermoeden te ontzenuwen. Al in het tussenvonnis heeft gedaagde twee van

1 Ik kan in deze annotatie niet alle aspecten en nuances van art. 2:248 BW aan bod laten komen. O.a. geraadpleegd kan worden *GS Rechtspersonen*, commentaar bij art. 2:248 BW en de recente, zeer fraaie, uiteenzetting van A-G Assink, ECLI:NL:PHR:2020:1012 (*Lonis*).

2 Zie o.a. HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, NJ 2001/454.

3 Zie o.a. HR 20 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0329, NJ 1989/676 (*Kobo*).

4 Zie ook Asser, 'Bestuursaansprakelijkheid bij faillissement vennootschap', Bewijslastverdeling (BPP nr. 3) 2004/86.

5 Zie o.a. HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916, NJ 2007/2, m.nt. Maeijer.

6 HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773, NJ 2008/91, m.nt. Maeijer (*Blue Tomato*).

7 *GS Rechtspersonen*, commentaar bij artikel 2:248 BW, aantekening 7.  
8 HR 1 november 2013, ECLI:NL:2013:1079, «JIN» 2013/205, m.nt. Krieckaert (*Verify*).

9 Rb. Midden-Nederland 11 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3115, r.o. 2.10.

10 Rb. Midden-Nederland 11 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3115, r.o. 2.13 e.v.

buiten komende oorzaken aangedragen die een belangrijke oorzaak zouden zijn van het faillissement. Allereerst stelt gedaagde dat een groep ouders, waarvan de kinderen les kregen van de zwemschool, een hetze tegen de zwemschool zou zijn gestart op Facebook. Ten tweede zou een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn dat het ENVOZ, de organisatie die zwemdiploma's uitgeeft, na slechts een enkel bezoek heeft besloten geen zwemdiploma's meer uit te geven aan de zwemschool.

9. De twee oorzaken van het faillissement die gedaagde aan draagt, ontzenuwen het vermoeden van het bestaan van het causaal verband niet, nu zowel de 'hetze' als het besluit van het ENVOZ zijn terug te voeren op het onbehoorlijk bestuur van de zwemschool. Wat gedaagde kwalificeert als een 'hetze op Facebook' is niet meer dan ouders die terecht kritiek uiten op de gang van zaken bij de zwemschool. De negatieve berichten die de ouders op Facebook hadden geplaatst, zijn daarom direct terug te voeren op het onbehoorlijk bestuur. Hetzelfde geldt voor het besluit van het ENVOZ om geen diploma's meer uit te geven. Duidelijk wordt dat het ENVOZ niet slechts één keer een bezoek heeft gebracht aan de zwemschool, maar meerdere keren. In die bezoeken bemerkte het ENVOZ een aantal serieuze misstanden, zoals te grote groepen kinderen die tegelijkertijd les kregen, het ontbreken van een zwemleraar op de kant van het zwembad en het feit dat de kinderen te weinig zwemmers maakten. Bovendien heeft de vertegenwoordiger van het ENVOZ een aantal keren om kwalificaties van de medewerkers gevraagd, maar deze nooit ontvangen. Het uiteindelijke besluit van het ENVOZ om geen diploma's uit te geven, is dus ook het gevolg van het onbehoorlijk bestuur en aldus geen andere belangrijke oorzaak van het faillissement.

#### *Disculpatie, matiging en proceskosten*

10. Op grond van vorenstaande is de gedaagde in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort in het faillissement. In het tussenvonnissen heeft de rechtbank het beroep op disculpatie van de gedaagde al afgewezen. Gedaagde stelde dat zij zich kon disculperen omdat zij zich niet bemoeid zou hebben met de administratie. Dit snijdt natuurlijk geen hout: de administratie van de onderneming is immers een fundamentele verantwoordelijkheid van het bestuur, waarvoor het bestuur als geheel verantwoordelijk is. Alleen als er iets heel bijzonder aan de hand zou zijn, zou disculpatie op dit punt mogelijk zijn. Nu van een dergelijke bijzonderheid niet is gebleken, heeft de rechtbank dit beroep terecht afgewezen.

11. Om soortgelijke redenen sneuvelt het beroep op matiging van de gedaagde (art. 2:248 lid 4 BW). Gedaagde stelt dat ze 'een minimale rol' zou hebben gehad binnen de zwemschool. Van een minimale rol lijkt echter geen sprake te zijn geweest, zeker niet nu het duidelijk de bedoeling is geweest dat gedaagde de administratie op zich zou nemen.

12. De curator krijgt dus op alle punten gelijk, maar krijgt niet al zijn vorderingen toegewezen. Dit komt doordat de curator een veroordeling in de proceskosten, de kosten van beslag en wettelijke rente had gevorderd. De wettelijke rente wijst de rechter mijns inziens terecht af, omdat toewijzing ervan zou kunnen leiden tot een situatie waarin na voldoening van alle geverifieerde vorderingen en boedelschulden nog een geldbedrag over zou blijven, hetgeen duidelijk niet de bedoeling is van art. 2:248 BW. Ook de vordering van de curator om de gedaagde te veroordelen in de kosten van het proces en het beslag doen bij mij de wenkbrauwen fronzen: het is immers vaste rechtspraak dat deze kosten reeds vallen onder

het tekort dat gedaagde moet voldoen op grond van art. 2:248 BW.<sup>11</sup> Ik vermoed dat de curator deze kosten voor de zekerheid heeft gevorderd; nu gedaagde deze kosten al moet voldoen op grond van art. 2:248 BW, oordeelt de rechtbank echter terecht dat deze kosten niet apart nog hoeven worden toegewezen.

mr. J.R. Torenbosch  
docent Recht, Innovatie en Technologie aan de Universiteit Utrecht

## Civiel recht

### 28

#### Immunititeit van executie

Hoge Raad  
18 december 2020, nrs. 19/03142 en 19/03144,  
ECLI:NL:HR:2020:2103  
(mr. De Groot, mr. Streefkerk, mr. Snijders, mr. Kroeze,  
mr. Ter Heide)  
(Concl. A-G Vlas)  
Noot mr. M. Teekens

**Volkenrecht. Immunititeit van executie. Bestemmingscriterium. Uiteindelijke (ultieme) of onmiddellijke bestemming van de goederen relevant voor bepaling of (beslagen) goederen een andere dan publieke bestemming hebben. Act of State-doctrine.**

[Verdrag van de Verenigde Naties inzake de immunititeit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen art. 19, onderdeel c; Rv art. 705]

*Essentie: Op grond van het volkenrecht geldt voor goederen van een vreemde staat een presumptie van immunititeit van executie, die alleen wijkt indien is vastgesteld dat de desbetreffende goederen door de vreemde staat worden gebruikt of zijn beoogd voor andere dan publieke doeleinden, en dat het op de weg ligt van de partij die zich beroept op een uitzondering op de immunititeit van executie om gegevens aan te dragen aan de hand waarvan dat kan worden vastgesteld. Uit deze regels volgt dat immunititeit van executie niet is beperkt tot goederen waarvan de onmiddellijke bestemming een publieke is. Act of State-doctrine onderdeel van het volkenrecht?*

*Samenvatting: [verweerders] hebben meer dan een miljard Amerikaanse dollars geïnvesteerd in (onder meer) olievelden in Kazachstan en menen dat Kazachstan zich deze investeringen onrechtmatig heeft toegeëigend. [verweerders] hebben in dat verband een – op het Energiehandvest gestoelde – arbitrageprocedure aanhangig gemaakt tegen Kazachstan. Samruk is een naar het recht van Kazachstan opgerichte Joint Stock Company (hierna: JSC), waarvan Kazachstan oprichter en enig aandeelhouder is. Samruk is een fonds als bedoeld in*

<sup>11</sup> Vgl. HR 10 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1053, NJ 1994/272, m.nt. Maeijer (Zilver Ster).