



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De Hoge Raad over matiging op basis van art. 2:248 lid 4 BW
Koster, H.

Citation

Koster, H. (2023). De Hoge Raad over matiging op basis van art. 2:248 lid 4 BW. *Bedrijfsjuridische Berichten*, 2023(20), 219-221. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3719587>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3719587>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De Hoge Raad over matiging op basis van art. 2:248 lid 4 BW

Bb 2023/54

In deze bijdrage bespreekt de auteur de uitspraak van de Hoge Raad van 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:635, over matiging op basis van art. 2:248 lid 4 BW.

Geschil in eerste aanleg

Dit geschil dat aan de Hoge Raad is voorgelegd betrof matiging op basis van art. 2:248 lid 4 BW. De feiten lagen als volgt: R en J waren bestuurder van een aantal in een groep verbonden vennootschappen, de D-groep. R had de leiding over de D-groep. De D-groep hield zich bezig met de verkoop, service en reparatie van grondverzetmachines en hijskranen, alsmede de verhuur daarvan. De meeste omzet werd gegenereerd met de verkoop van grondverzetmachines door A & B Materieel C.V. In augustus en oktober 2004 zijn de verschillende vennootschappen behorende tot de D-groep in staat van faillissement verklaard.

De curator vorderde onder meer R en J hoofdelijk te veroordelen tot betaling van het tekort in de boedels van diverse vennootschappen uit de D-groep, voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan. De rechtbank heeft de vorderingen grotendeels toegewezen.²

Hoger beroep

In hoger beroep heeft het hof bij tussenarrest een deskundige benoemd ter beantwoording van de vragen wat de oorzaak is of de oorzaken zijn van de faillissementen en, in het laatste geval, in welke mate elk van deze oorzaken heeft bijgedragen aan de faillissementen, alsmede in welke mate te voorzien was dat de oorzaak of oorzaken tot de faillissementen zouden leiden en wat R en J hadden kunnen doen om de faillissementen te voorkomen. Het hof heeft bij eindarrest het vonnis van de rechtbank vernietigd voor zover R en J daarin hoofdelijk zijn veroordeeld tot betaling van het gehele tekort in de boedels van de desbetreffende vennootschappen, en, opnieuw rechtdoende, die veroordeling beperkt tot betaling van telkens 10% van het niet te vereffenen tekort in de boedels.³

Daartoe overwoog het hof dat R en J niet bestreden hebben dat vanwege het niet voldoen aan de verplichting tot tijdige publicatie van de jaarrekeningen vaststaat dat zij hun taak als bestuurder onbehoorlijk hebben vervuld en dat de onbehoorlijke taakvervulling wordt vermoed een belangrijke oorzaak te zijn van de faillissementen. R en J hebben te bewijzen aangeboden dat het onbehoorlijk bestuur dat

gelegen is in het te laat deponeren van de jaarrekening geen belangrijke oorzaak van het faillissement van de D-groep geweest is en hiermee is mede bedoeld het aannemelijk maken van een andere faillissementsoorzaak. De deskundige heeft zich daarover uitgelaten.

Uit de bevindingen van de deskundige blijkt van een al geruime tijd voortdurende verwijtbare verwaarlozing van essentiële onderdelen van de bestuurstaak in een periode waarin de verslechterende situatie nu juist om alertheid en ingrijpen vroeg. Ondertussen werd wel gewerkt aan een financiële/juridische reorganisatie/herschikking, waardoor op een kritisch moment de liquiditeit en solvabiliteit van de onderling verbonden vennootschappen van de D-groep verslechterden. Hierbij was sprake van het verplaatsen (doorcessie) van (achtergestelde) geldleningen, het onderling verrekenen van vorderingen en schulden en het doen van dividenduitkeringen. De uitkomst was telkens dat op enigerlei wijze tegoeden of voordelen terecht kwamen bij andere aan R en J gelieerde vennootschappen dan bij de jegens de schuldeisers onderling verbonden vennootschappen van de D-groep. Deze vennootschappen ondervonden aldus nadeel van deze transacties.

Volgens het hof zijn deze transacties om die reden ernstig verwijtbaar aan R en J. R en J zijn er niet in geslaagd de kritiek op de transacties te weerleggen. Voldoende aangetoond is dat deze kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van de faillissementen. Consequentie hiervan is dat R en J er niet in zijn geslaagd om te ontzenuwen dat de faillissementen aan hun onbehoorlijk bestuur zijn te wijten. Het hof overwoog vervolgens dat alle omstandigheden in aanmerking nemende, waaronder de op zichzelf genomen geringe beloning van R en J gedurende enkele jaren, het ontbreken van concrete aanwijzingen dat zij zich daadwerkelijk persoonlijk op grove/ontoelaatbare wijze hebben verrijkt en de beperkte winstgevendheid van de activiteiten, er aanleiding bestaat om de aansprakelijkheid te beperken tot tien procent van het boedeltekort.

Cassatie

In cassatie wordt hiertegen met meerdere middelen opgekomen. Onderdeel 2.1 klaagt dat het hof heeft miskend dat de opsomming van de matigingsfactoren in art. 2:248 lid 4 BW limitatief is, dan wel dat het oordeel van het hof zonder nadere motivering niet begrijpelijk is gelet op dit limitatieve karakter. Onderdeel 2.2 houdt onder meer in dat matiging in beginsel slechts kan worden toegepast in gevallen waarin het boedeltekort groter is dan de schade die door het onbehoorlijke bestuur is veroorzaakt. Onderdeel 2.3 behelst eveneens dat het hof zijn matigingsoordeel onvoldoende heeft gemotiveerd in het licht van hetgeen het hof in rov. 10 tot en met 13 van het eindarrest heeft vastgesteld en gelet op de argumenten tegen matiging die de curator in feitelijke

1 Harold Koster is verbonden aan de Universiteit Leiden.

2 Rb. Rotterdam 7 oktober 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BK3256.

3 Gerechtshof Den Haag 26 oktober 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2897.

aanleg heeft aangevoerd. De onderdelen 2.4 en 2.5 klagen dat onjuist, althans onbegrijpelijk is de overweging van het hof dat concrete aanwijzingen ontbreken dat de bestuurders zich daadwerkelijk persoonlijk op grove/ontoelaatbare wijze hebben verrijkt.

De Hoge Raad overweegt allereerst dat de eerste volzin van art. 2:248 lid 4 BW inhoudt dat de rechter het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn, kan verminderen indien hem dit 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. De rechter kan voorts 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 plaatsvond. Dit op basis van de tweede volzin van art. 2:248 lid 4 BW. De Hoge Raad overweegt dan dat zowel uit de tekst als uit de parlementaire geschiedenis van art. 2:248 lid 4 eerste volzin blijkt dat de gronden voor vermindering van het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn, in deze bepaling limitatief zijn opgesomd.⁴ Dit betekent volgens de Hoge Raad dat het hof zijn oordeel niet kan baseren op 'alle omstandigheden'. Daarnaast is de op zichzelf genomen geringe beloning van R en J niet een grond die tot matiging kan leiden.

Vervolgens gaat de Hoge Raad in op de rechtsklacht van onderdeel 2.2. Deze berust op de opvatting dat matiging als hoofdregel slechts mogelijk is in gevallen waarin het boedeltekort groter is dan de schade die door het onbehoorlijke bestuur is veroorzaakt. Die rechtsopvatting is niet juist, zo overweegt de Hoge Raad in r.o. 3.2.3. Ik citeer:

"(...) Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat aan de matigingsbevoegdheid onder meer ten grondslag ligt dat het niet redelijk is de bestuurder aansprakelijk te houden voor een hoger bedrag dan de schade die door het onbehoorlijke bestuur kan zijn ontstaan, en voorts dat de rechter het bedrag dat de bestuurders moeten betalen kan verminderen waardoor het in een redelijke verhouding komt te staan tot de aard en ernst van de tekortkomingen van het bestuur, waarbij ook gelet moet worden op het aandeel van het onbehoorlijk bestuur in het totaal van de oorzaken van het faillissement en met de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld. Dit laat ruimte voor matiging ook indien het boedeltekort niet groter is dan de door de onbehoorlijke taakvervulling veroorzaakte schade, zonder dat die ruimte is beperkt tot gevallen waarin zich bijzondere omstandigheden voordoen. De rechtsklacht van onderdeel 2.2 faalt dus."

De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat de motiveringsklachten slagen voor zover die inhouden dat niet duidelijk is welke omstandigheden het hof bij zijn matigingsoordeel in aanmerking heeft genomen, naast de geringe beloning van de bestuurders, het ontbreken van aanwijzingen dat zij zich

persoonlijk op ontoelaatbare wijze hebben verrijkt en de beperkte winstgevendheid van de onderneming. Daarmee heeft het hof onvoldoende inzicht gegeven in zijn gedachtegang.

Ook meent de Hoge Raad dat het niet begrijpelijk is waarom het hof aanleiding heeft gezien voor een zo vergaande matiging, terwijl het hof ook heeft vastgesteld dat de organisatie niet 'in control' was waardoor tijdig en adequaat ingrijpen achterwege bleef, en voorts een reorganisatie heeft doorgevoerd die nadelig was voor de D-groep. Ten slotte is volgens de Hoge Raad ook onbegrijpelijk dat het hof aan zijn matigingsoordeel mede ten grondslag heeft gelegd dat concrete aanwijzingen ontbreken dat de bestuurders zich daadwerkelijk persoonlijk op grove/ontoelaatbare wijze hebben verrijkt. Ik citeer de Hoge Raad:

"Het hof heeft in rov. 10 en 12 van het eindarrest vastgesteld dat (i) de transacties telkens tot resultaat hadden dat tegoeden of voordelen terecht kwamen bij andere aan [verweerders] gelieerde vennootschappen dan bij de vennootschappen van de [D-groep], (ii) de [D-groep] daarvan nadeel ondervond in die zin dat de liquiditeit, de solvabiliteit en de financiële weerbaarheid van die groep op een kritiek moment zijn verslechterd, (iii) de transacties om die reden ernstig verwijtbaar aan [verweerders] zijn en (iv) de transacties goed voor henzelf/de niet gebonden vennootschappen waren. Zoals in de parlementaire geschiedenis is opgemerkt, is in gevallen van onbehoorlijke taakvervulling veelal geen sprake van een rechtstreeks en aanwijsbaar persoonlijk voordeel, maar van het op indirecte wijze persoonlijk voordeel genieten, via een constructie waarbij diverse rechtspersonen betrokken zijn.⁵ In het licht van dit een en ander is zonder nadere motivering niet begrijpelijk waarom het hof oordeelt dat concrete aanwijzingen ontbreken dat de bestuurders zich daadwerkelijk persoonlijk op grove/ontoelaatbare wijze hebben verrijkt."

De Hoge Raad vernietigt aldus het arrest van het hof en verwijst het geding naar het gerechtshof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing.

Commentaar

Als een rechter van oordeel is dat een bestuurder van een failliete besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid door kennelijk onbehoorlijke taakvervulling aansprakelijk is voor het faillissementstekort kan de rechter het bedrag waarvoor de bestuurder aansprakelijk is matigen op basis van art. 2:248 lid 4 BW. Dit vierde lid behelst vier gronden voor matiging die de rechter kan hanteren. De eerste drie gronden zijn collectieve matigingsgronden, op grond waarvan de rechter het bedrag waarvoor het bestuur als collectief aansprakelijk is, kan verminderen. De vierde matigingsgrond is een individuele matigingsgrond. Hiermee kan de rechter het bedrag waarvoor een

⁴ Zie ook HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:691, rov. 3.1.2 en 3.1.3.

⁵ Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 22.

individuele bestuurder aansprakelijk is, verminderen. Het kunnen matigen heeft als voordeel dat de aangesproken bestuurders zo nodig kunnen worden beschermd tegen bovenmatig grote claims en voorts dat de toepassing van de wet niet tot onrechtvaardige resultaten leidt.⁶

Biedt art. 2:248 lid 4 BW de rechter de ruimte om ook andere gronden voor vermindering van het bedrag waarvoor bestuurders aansprakelijk zijn te hanteren? Hierover heeft de Hoge Raad een jaar geleden al geoordeeld⁷ en in deze uitspraak wordt dat oordeel herhaald. Volgens de Hoge Raad volgt zowel uit de tekst als uit de parlementaire geschiedenis⁸ van art. 2:248 lid 4, eerste volzin, BW dat de gronden voor vermindering van het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn, in deze bepaling limitatief zijn opgesomd. De onderhavige uitspraak herhaalt aldus dat andere gronden zoals 'de op zichzelf genomen geringe beloning van [R en J]' niet onder de gronden voor matiging van bestuurders van art. 2:248 lid 4 BW vallen.

Nog even over de zin die de Hoge Raad hierbij bezigt: "Zowel uit de tekst als uit de parlementaire geschiedenis van art. 2:248 lid 4, eerste volzin, BW blijkt dat de gronden voor vermindering van het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn, in deze bepaling limitatief zijn opgesomd." Deze zin zou je zo kunnen lezen dat de Hoge Raad zich hier alleen over de vraag uitlaat of art. 2:248 lid 4, eerste volzin, BW een limitatieve opsomming bevat en dus niets zegt over individuele matigingsgrond van de tweede volzin van art. 2:248 lid 4 BW. Ik merk evenwel op dat de zin ervoor luidt: "De rechter kan voorts 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 (art. 2:248 lid 4, tweede volzin, BW)." Deze beide zinnen in samenhang lezend en de bewoordingen 'Zowel uit de tekst' die je ook los kan zien van hetgeen erna volgt, leveren niet per se een heel duidelijk beeld op, maar het kan mijns inziens zo geïnterpreteerd worden dat de Hoge Raad hier deze matigingsgronden, ook de individuele, tezamen aanmerkt als limitatief afgebakend. Dat is ook de heersende uitleg in de literatuur (zie bijv. Huizink in *Groene serie Rechtspersonen* en Lennarts in *Kluwer Tekst en Commentaar*). Ik voel ook voor die uitleg, nu de tekst van het vierde lid van art. 2:248 BW die limitatieve opsomming logisch doet voorkomen.

Ik stap over naar een ander punt. Volgens de Hoge Raad, anders dan de curator had aangevoerd, geldt niet dat matiging als hoofdregel slechts toegestaan is als het boedeltekort groter is dan de schade die door het onbehoorlijke bestuur is veroorzaakt. Matiging kan ook als het boedeltekort niet groter is dan de door de onbehoorlijke taakvervulling veroorzaakte schade. Daarvoor behoeft ook geen sprake te zijn van bijzondere omstandigheden. Ook dit komt juist voor. Immers, waarom zou matiging niet kunnen als

het boedeltekort niet groter is dan de door de onbehoorlijke taakvervulling veroorzaakte schade? Het gaat erom dat aangesproken bestuurders kunnen worden beschermd tegen bovenmatig grote claims en dat de toepassing van de wet niet tot onrechtvaardige resultaten leidt. Daarom zou een dergelijke inperking niet logisch zijn.

Ten slotte, juist komt ook voor het oordeel van de Hoge Raad dat het oordeel van het hof, dat concrete aanwijzingen ontbreken dat de bestuurders zich daadwerkelijk persoonlijk op grove/ontoelaatbare wijze hebben verrijkt, onbegrijpelijk is. Immers, uit de parlementaire geschiedenis⁹ blijkt dat dergelijk profijt in gevallen van onbehoorlijke taakvervulling veelal niet zal bestaan uit rechtstreeks persoonlijk voordeel, maar vaak juist op indirecte wijze zal worden genoten, via een constructie waarbij diverse rechtspersonen betrokken zijn, welke situatie zich hier lijkt voor te doen. Matiging ligt dan niet voor de hand, zeker niet tot slechts tien procent van het faillissementstekort.

6 *Kamerstukken II 1983/84*, 16 631, nr. 6, p. 42.

7 Zie ook HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:691, rov. 3.1.2 en 3.1.3.

8 De Hoge Raad verwijst daarvoor naar de passages die worden aangehaald in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.6-3.8.

9 *Kamerstukken II 1983/84*, 16 631, nr. 6, p. 22.