

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/183320>

Please be advised that this information was generated on 2020-11-23 and may be subject to change.

# De curator, het boedeltekort en de schade van de rechtspersoon

*Mr. F. Ortiz Aldana en mr. drs. J. van Bekkum\**

*Tussen artikel 2:9 en artikel 2:248 BW bestaan aanmerkelijke verschillen. Met name wordt op beide gronden iets anders gevorderd. Curatoren zouden de artikel 2:9 BW-vordering veel meer dan op dit moment gebruikelijk is als een zelfstandige vordering naast artikel 2:248 BW moeten behandelen. Dat voorkomt de potentiële verwaarlozing van een belangrijk boedelactief.*

## 1 Inleiding

Wanneer een rechtspersoon faillieert, doet de curator in het kader van de hem opgedragen taak tot beheer en vereffening van de boedel (art. 68 van de Faillissementswet (Fw)) onderzoek naar de wijze waarop de rechtspersoon voorafgaand aan het faillissement is bestuurd.<sup>1</sup> Als er naar het oordeel van de curator sprake is van onbehoorlijk bestuur, dan zijn er, afhankelijk van de feiten en omstandigheden, verschillende soorten vorderingen die de curator kan instellen. De vordering die door de curator waarschijnlijk het meest wordt gebruikt, is de vordering van de boedel<sup>2</sup> op grond van artikel 2:138/248 van het Burgerlijk Wetboek (BW).<sup>3</sup> Op die grondslag kan de curator het boedeltekort van de bestuurders vorderen als er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en aannemelijk is dat dat een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Als een curator een vordering instelt op grond van artikel 2:248 BW beroept hij zich vaak subsidiair op artikel 2:9 BW. Het valt ons in de praktijk op dat curatoren hierbij geregeld het boedeltekort vorderen op grond van artikel 2:9 BW, zonder specifiek te beargumenteren welke schade de gefailleerde rechtspersoon als gevolg van de gestelde inbreuk op artikel 2:9 BW heeft

geleden. Curatoren gaan daarmee voorbij aan het zelfstandige karakter van de vordering ex artikel 2:9 BW<sup>4</sup> naast de vordering ex artikel 2:248 BW. Daardoor wordt de vordering ex artikel 2:9 BW door curatoren niet optimaal benut.

In dit artikel lichten wij toe dat de vordering ex artikel 2:9 BW een zelfstandig karakter heeft naast artikel 2:248 BW (par. 2), waarom de omvang van het boedeltekort niet relevant is voor een vordering ex artikel 2:9 BW (par. 3), welke schade op grond van artikel 2:9 BW kan worden gevorderd (par. 4) en hoe de vordering ex artikel 2:9 BW zich in de praktijk verhoudt tot de vordering ex artikel 2:248 BW (par. 5).

## 2 Het zelfstandige karakter van artikel 2:9 BW naast artikel 2:248 BW

### 2.1 Verschillende 'onbehoorlijk bestuur'-maatstaven

Artikel 2:9 BW schrijft voor dat iedere bestuurder is gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Bestuurders dienen zich daarbij te richten naar het belang van de rechtspersoon.<sup>5</sup> De Hoge Raad heeft bepaald dat als er sprake is van 'ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur', de rechtspersoon van de bestuurders op grond van artikel 2:9 BW de schade kan vorderen die hij dientengevolge heeft geleden.<sup>6</sup> In faillissement wordt de rechtspersoon daarbij door de curator vertegenwoordigd. Op grond van artikel 2:248 BW geldt dat als er sprake is van 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' waarvan aannemelijk is dat het een belangrijke oorzaak is van het faillissement, de curator namens de boedel het boedeltekort kan vorderen van de bestuurders. Lid 8 van artikel 2:248 BW bevestigt dat de curator daarnaast de mogelijkheid heeft om op grond van artikel 2:9 BW te ageren.

Er staan dus twee typen 'onbehoorlijk bestuur' naast elkaar: 'ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur' en 'kennelijk onbehoorlijk bestuur'. Er is pas sprake van 'kennelijk onbehoorlijk

\* Mr. F. Ortiz Aldana is advocaat en curator bij Dekker en Smits advocaten te Rosmalen. Mr. drs. J. van Bekkum is advocaat bij Lemstra Van der Korst te Amsterdam en tevens verbonden aan het Van der Heijden Instituut, onderdeel van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

1. De curator zal over de bevindingen uit zijn onderzoek jegens de toezichthoudend rechter-commissaris moeten rapporteren, wat in de praktijk gebeurt in standaard faillissementsverslagen (art. 73a Fw) onder het kopje 'rechtmatigheid', zie bijlage A-2 bij de Recofa-richtlijnen ([www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Recofa-richtlijnen-voor-faillissementen-en-sursances-van-betaling.pdf](http://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Recofa-richtlijnen-voor-faillissementen-en-sursances-van-betaling.pdf)).
2. Zie HR 18 september 2009, JOR 2010/29 m.nt. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (Stichting Deringelden Simon), r.o. 3.4: 'De aansprakelijkheid van bestuurders ingevolge de artt. 2:138 en 2:248 BW is geen aansprakelijkheid jegens de gefailleerde vennootschap maar een aansprakelijkheid jegens de boedel.'
3. In het navolgende zullen wij voor het gemak de vorderingen ex art. 2:138/248 BW aanduiden als de vordering ex art. 2:248 BW, omdat deze grondslag (voor de BV) in de praktijk het meest wordt gebruikt.

4. Zie over dat zelfstandige karakter uitgebreid M.J. Kroeze & J.B. Wezman, De curator en interne aansprakelijkheid, in: De gereedschapskist van de curator (INSOLAD Jaarboek 2015), Deventer: Wolters Kluwer, p. 1-22.

5. Zie bijv. voor de NV art. 2:129 lid 5 BW, voor de BV art. 2:239 lid 5 BW en voor stichtingen impliciet art. 2:298 BW. Vgl. art. 9 lid 3, tweede volzin, in het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen, te raadplegen via: [www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/06/13/wetsvoorstel-bestuur-en-toezicht-rechtspersonen](http://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/06/13/wetsvoorstel-bestuur-en-toezicht-rechtspersonen).

6. HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 (Staleman/Van de Ven).

bestuur' als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zo zou hebben gehandeld.<sup>7</sup> De Hoge Raad noemt deze negatief geformuleerde maatstaf strenger dan de maatstaf die hij aanlegt bij 'ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur'.<sup>8</sup> Daar hanteert de Hoge Raad de positief geformuleerde maatstaf of de bestuurder heeft gehandeld zoals mag worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.<sup>9</sup> De Hoge Raad vult de verschillende typen 'onbehoorlijk bestuur' dus verschillend in. Wij zijn er echter niet mee bekend dat dit in de praktijk tot wezenlijk andere uitkomsten leidt. De dominante opvatting in de literatuur is dat beide typen 'onbehoorlijk bestuur' inhoudelijk niet verschillen.<sup>10</sup> Artikel 2:9 BW ontleent het zelfstandig karakter naast de vordering ex artikel 2:248 BW ons inziens dus niet zozeer aan de invulling van de verschillende typen 'onbehoorlijk bestuur' door de Hoge Raad.

### 2.2 Verschillende vorderingen

Kenmerkender dan het verschil in de 'onbehoorlijk bestuur'-maatstaf is het verschil van wat gevorderd kan worden op grond van artikel 2:9 BW respectievelijk artikel 2:248 BW. Op grond van artikel 2:248 lid 1 BW kan het boedeltekort worden gevorderd. Deze vordering is erop gericht om alle *crediteuren* van de rechtspersoon schadeloos te stellen in het faillissement. Op grond van artikel 2:9 BW daarentegen kan de schade worden gevorderd die de *rechtspersoon* heeft geleden.<sup>11</sup> Deze vordering is er dus op gericht om de rechtspersoon schadeloos te stellen, zowel in als buiten faillissement. In paragraaf 3 t/m 5 werken wij dit verschil verder uit.

### 2.3 Overige verschillen

Het zelfstandig karakter van artikel 2:9 BW naast artikel 2:248 BW blijkt uit nog meer verschillen tussen beide artikelen. Naast de twee verschillen die hiervoor al zijn besproken, zetten wij de belangrijkste verschillen op een rij in tabel 1.<sup>12</sup>

### 2.4 Tussenconclusie

De vordering ex artikel 2:9 BW heeft een zelfstandig karakter naast de vordering ex artikel 2:248 BW. Het (al dan niet subsidiair) instellen van een vordering ex artikel 2:9 BW naast een vordering ex artikel 2:248 BW vergt dus een zelfstandige analyse van de curator.

## 3 Het boedeltekort is niet relevant voor een vordering ex artikel 2:9 BW

De wetgever heeft voor een vordering ex artikel 2:248 BW de schade die het gevolg is van onbehoorlijk bestuur gefixeerd op het boedeltekort, om het de curator makkelijker te maken.<sup>13</sup> Het boedeltekort is het verschil tussen de waarde van de activa en de passiva in de faillissementsboedel. Mits de passiva de activa overstijgen, komt dat verschil kort gezegd overeen met het totaal van de ingediende vorderingen van de crediteuren van de failliet die niet kunnen worden voldaan uit het gerealiseerde boedelactief.<sup>14</sup>

Voor de schade van de rechtspersoon zoals bedoeld in artikel 2:9 BW kan de curator niet volstaan met het vorderen van het boedeltekort. Deze schade dient te worden vastgesteld door een vergelijking te maken tussen de daadwerkelijke financiële positie van de rechtspersoon en de financiële positie die de rechtspersoon zou hebben gehad in de hypothetische situatie dat het ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur niet zou hebben plaatsgevonden.<sup>15</sup> Ten behoeve van een vordering ex artikel 2:9 BW zal de curator dus moeten stellen wat in de hypothetische situatie de waarde zou zijn geweest van (specifieke delen van) de activa en de passiva van de failliet en zal de curator dat moeten vergelijken met de daadwerkelijke waarde van diezelfde (specifieke delen van de) activa en passiva. Kortom, de curator moet in dit verband een vergelijking maken tussen twee balansen: de daadwerkelijke balans en een hypothetische balans. Dat is dus een andere vergelijking dan de vergelijking tussen de activa en de passiva binnen één en dezelfde daadwerkelijke balans, die moet worden gemaakt om het boedeltekort vast te stellen. Die interne vergelijking binnen de daadwerkelijke balans is niet relevant in het kader van artikel 2:9 BW.

7. HR 8 juni 2001, NJ 2001/454 (Panmo).

8. HR 3 april 2003, JOR 2003/134 m.nt. Borrius (Skipper Club), r.o. 3.5; zie ook par. 7 van de noot.

9. HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 (Staleman/Van de Ven), r.o. 3.3.1.

10. Zie hierover Asser 2-I\* De rechtspersoon, 2015/208, Toepassing maatstaf ernstig verwijt bij externe aansprakelijkheid: 'De benadering van de Hoge Raad sluit aan bij art. 2:138/2:248 BW, waarin immers sprake is van een externe aansprakelijkheid, maar als maatstaf geldt "kennelijk onbehoorlijk bestuur", een maatstaf die m.i. niet wezenlijk verschilt van de ernstig verwijt maatstaf.' Zie ook recent L. Timmerman, Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid, WPNR 2016/7105, p. 324-330. Vgl. Parl. Gesch. Kamerstukken II 1980/81, 16631, 3, p. 3-4: 'In de voorgestelde artikelen wordt aansluiting gezocht bij artikel 8 Boek 2 BW, waar het grondbeginsel van de bestuurdersaansprakelijkheid is geformuleerd als een gehoudenheid van het bestuur tegenover de rechtspersoon "tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak".'

11. Parl. Gesch. Kamerstukken I 2010/11, 31763, C, p. 6: 'Voor aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW is voorts vereist dat het onbehoorlijke bestuur leidt tot schade voor de vennootschap.'

12. Vgl. T.T. van Zanten & B.F. Assink, Art. 2:9 BW in faillissement: tijd voor herwaardering!, TvI 2008/25.

13. Parl. Gesch. Kamerstukken II 1980/81, 16631, 3, p. 3-4: '(...) dat de curator een bijna onvervulbare bewijslast heeft. Hij moet aantonen dat "de toestand der vennootschap" te wijten is aan de "grove schuld of grove nalatigheid" van de bestuurder die hij wil aanspreken en hij moet bovendien de omvang aantonen van de schade, die daardoor is veroorzaakt. (...) Om de wettelijke regeling meer effect te doen hebben, is verbetering daarvan noodzakelijk. (...) De curator behoeft voorts alleen [nog] aan te tonen hoe groot het tekort is. Van hem wordt niet – zoals in de huidige artikelen – het vaak niet eenvoudige bewijs van de omvang van de door de tekortkoming ontstane schade verlangd [curs. en toevoeging; FOA & JvB].'

14. Een voorbeeld van hoe het boedeltekort dient te worden berekend, is te vinden in Rb. Midden-Nederland 16 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5964, r.o. 4.10 e.v.

15. HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0539. Zie in het kader van art. 2:9 BW in dezelfde zin Van Zanten en Assink, die hebben bepleit dat bij een art. 2:9 BW-vordering de schadevergoeding dient te leiden tot 'herstel van de balans in de oorspronkelijke toestand' (Van Zanten & Assink 2008).

Tabel 1

Art. 2:9 BW-vordering	Art. 2:248 BW-vordering
Geen verband met het intreden van het faillissement vereist	Het onbehoorlijk bestuur dient een (van de) belangrijke oorzaak (oorzaken) van het faillissement te zijn <sup>1</sup>
Geen wettelijke bewijsvermoedens	Als art. 2:10 BW (administratieplicht) of art. 2:394 BW (deponeringsplicht) is geschonden, is er sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement (lid 2)
Niet beperkt tot gedragingen drie jaar voorafgaand aan faillissement	Beperkt tot gedragingen drie jaar voorafgaand aan het faillissement (lid 6) <sup>2</sup>
Kan enkel tegen statutaire bestuurders worden ingesteld	Kan ook tegen feitelijk beleidsbepalers worden ingesteld (lid 7)
Voor cessie vatbaar <sup>3</sup>	Niet voor cessie vatbaar <sup>4</sup>
Verjaring begint reeds voor faillissement te lopen <sup>5</sup> en loopt door tot een halfjaar nadat de bestuurder is afgetreden (art. 3:320 jo. art. 3:321 lid 1 sub d BW)	Verjaringstermijn van vijf jaar begint te lopen nadat de curator met de schade en de daarvoor aansprakelijke bestuurder(s) bekend is geworden
Een aan de bestuurder verleende decharge heeft in beginsel <sup>6</sup> het beoogde effect	Een aan de bestuurder verleende decharge kan hem niet baten (lid 6)
Verrekening door de bestuurder is in faillissement mogelijk op grond van art. 53 Fw en buiten faillissement in beginsel ook op grond van art. 6:127 e.v. BW	Verrekening door de bestuurder is niet mogelijk <sup>7</sup>
Klachtplicht art. 6:89 BW mogelijk van toepassing <sup>8</sup>	Klachtplicht art. 6:89 BW waarschijnlijk niet van toepassing
Wettelijke rente kan worden gevorderd	Er kan geen wettelijke rente worden gevorderd <sup>9</sup>
Matiging mogelijk indien toekenning volledige schadevergoeding tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden (art. 6:109 BW)	Matiging mogelijk op drie limitatieve gronden: (1) aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling, (2) de andere oorzaken van het faillissement en (3) de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld (lid 4)

1. HR 24 januari 2014, NJ 2014/177 (Magista BV). Vgl. J.E. Brink-van der Meer, Artikel 2:138-248 BW: een loterij? Recente ontwikkelingen in jurisprudentie, TvI 2009/26.

2. Die termijn kan langer zijn wanneer het onbehoorlijk bestuur in de periode voorafgaand aan de driejaarstermijn plaatsvond en dat onbehoorlijk bestuur niet is geheeld in de drie jaar voorafgaand aan het faillissement, zie Rechtbank Arnhem 18 april 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA5588, r.o. 4.3: '(...) dat het in de driejaarsperiode laten voortbestaan van een manco, dat voordien is ontstaan door onbehoorlijk bestuur, op zichzelf als een daad van onbehoorlijke taakvervulling kan worden beschouwd.'

3. Hof Den Haag 6 april 1999, JOR 1999/142 (Verto/Drenth).

4. HR 7 september 1990, NJ 1991/52 (Den Toom/De Kreek). Hetzelfde geldt overigens voor de tegen een bestuurder ingestelde Peeters/Gatzen-vordering, zie HR 24 april 2009, JOR 2010/22 (Dekker q.q./Lutèce).

5. De in art. 3:310 lid 1 BW bedoelde verjaringstermijn begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde bekend is geworden met de schade en de aansprakelijke persoon. Deze eis houdt volgens vaste rechtspraak in dat de benadeelde – dat is bij de art. 2:9 BW-vordering de vennootschap – daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de door hem geleden schade in te stellen. Daarvan zal sprake zijn als de benadeelde voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid behoeft te zijn – heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon.

6. Het zal afhangen van de reikwijdte van de dechargeverklaring. Zie HR 25 juni 2010, NJ 2010/373 (De Rouw/Dingemans q.q.).

7. HR 18 september 2009, JOR 2010/29 m.nt. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (Stichting Derdengelden Simon), r.o. 3.4.

8. Zie Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, JOR 2013/237 (Landis) en Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6198. Vgl. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600. In tegengestelde zin: Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2014, JOR 2015/94 (Maessen en Hermsen q.q./Van Loon c.s.) en Rb. Zeeland-West-Brabant 14 september 2016, RO 2016/68 (Ebcon Holding). Kritisch: Kroeze & Wezeman 2015, p. 12.

9. Rb. Rotterdam 20 januari 2010, JOR 2010/212, r.o. 2.5: '(...) Het boedeltekort bestaat uit het verschil tussen de overige baten enerzijds en het totaal van de boedelschulden en de concurrente en preferente schulden anderzijds. In de definitieve afrekening is dit het bedrag dat [gedaagde] dient te voldoen. Als hij daarnaast rente zou moeten betalen over de periode tot aan de vaststelling van het boedeltekort, dan zou het resultaat zijn dat [gedaagde] uiteindelijk meer dan het tekort moet voldoen en zou er bij betaling een overschot in het faillissement kunnen resteren. Hiervoor is de regeling van artikel 2:248 BW niet bedoeld.'

Het kan natuurlijk voorkomen dat uit de hiervóór omschreven vergelijking tussen de daadwerkelijke en de hypothetische balans blijkt dat het verschil tussen die twee balansen (de schade van de rechtspersoon) gelijk is aan het verschil tussen de activa en de passiva binnen de daadwerkelijke balans (het boedeltekort). Dit betekent echter niet meer dan dat de curator in zo'n geval op grond van artikel 2:9 BW een schadebedrag kan vorderen dat gelijk is aan het boedeltekort.<sup>16</sup> Het laat onverlet dat de omvang van het boedeltekort zelf niet relevant is voor de begroting van de schade die op grond van artikel 2:9 BW kan worden gevorderd.

De Rechtbank Oost-Brabant zag dit goed in haar vonnis van 20 maart 2016:

‘Verder geldt dat ook in geval zou moeten worden aangenomen dat de onbehoorlijke taakvervulling ex artikel 2:9 BW tot het faillissement van X heeft geleid, het op de weg van de curator had gelegen een vergelijking te maken tussen de vermogenstoestand van X voorafgaande aan de onbehoorlijke taakvervulling en de vermogenstoestand die tot het faillissement heeft geleid. Het verschil zou de schade (kunnen) zijn, en dus niet zomaar het tekort in het faillissement. Met de vordering van het tekort miskent de curator dat het bij 2:9 BW gaat om een schadevordering van de rechtspersoon tegen het bestuur/een bestuurder en niet om de afwikkeling van een faillissement. Hierop stuit de primaire<sup>[17]</sup> vordering van de curator ex artikel 2:9 BW reeds af.’<sup>18</sup>

Kortom, curatoren kunnen op grond van artikel 2:9 BW niet het boedeltekort vorderen. Zij kunnen vergoeding van de schade vorderen die door de rechtspersoon is geleden. Die schade dient de curator te begroten door een vergelijking te maken tussen het vermogen van de rechtspersoon in de daadwerkelijke situatie en het vermogen in de hypothetische situatie dat het ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur niet zou hebben plaatsgevonden. Dit zal niet in alle gevallen eenvoudig zijn.

Dat het (al dan niet subsidiair) vorderen van het boedeltekort op grond van artikel 2:9 BW gedoemd is te mislukken, vindt in zoverre bevestiging in de jurisprudentie, dat wij na uitgebreid onderzoek slechts één geval hebben gevonden waarin zo'n vordering is toegewezen. De betreffende uitspraak werpt echter geen ander licht op voormelde conclusie.

De uitspraak betreft het recente vonnis inzake Schreurs q.q./Schoolbestuurder.<sup>19</sup> Daarin werd een schoolbestuurder door de curator op grond van artikel 2:300a jo. artikel 2:138 BW en

artikel 2:9 BW aansprakelijk gehouden voor het boedeltekort. De curator stelde dat de school failliede als gevolg van door de bestuurder gepleegde ontuchtige handelingen.<sup>20</sup> De curator gaf over de verhouding van de door hem gehanteerde grondslagen voor de vordering aan dat:

‘(...) de opbouw van de vordering in primair (artikelen 2:300a en 2:138 BW) en subsidiair (artikel 2:9 BW) niet dwingend is bedoeld voor de beoordeling door de rechtbank. De vordering als geheel strekt tot een veroordeling van [gedaagde] tot vergoeding van het boedeltekort. Voor de daartoe te volgen juridische redenering staat het de rechtbank vrij de haars inziens meest passende en meest proceseconomische oplossing te kiezen.’

De rechtbank overwoog – kort gezegd – dat de bestuurder de betreffende stichtingen met zijn handelen (ontucht met minderjarige leerlingen) had blootgesteld aan een groot continuïteitsrisico, met als direct en voor de bestuurder voorzienbaar gevolg dat toen dit bekend werd alle activiteiten (en inkomstenbronnen) van de stichtingen stopten, wat al snel leidde tot een faillissement. Volgens de rechtbank kon de bestuurder daarvan een ernstig verwijt worden gemaakt. Dat oordeel lijkt ons juist en, gelet op de omstandigheden, bevredigend.

Op basis van dit oordeel kon ons inziens het boedeltekort op grond van de primaire vordering van de curator ex artikel 2:300a jo. artikel 2:138 BW worden toegewezen. De rechtbank wees het boedeltekort echter toe op grond van artikel 2:9 BW. De rechtbank licht die keuze niet toe. Het lijkt ons, gelet op wat wij hiervóór hebben betoogd, onjuist. Bij toewijzing van de vordering ex artikel 2:9 BW diende de rechtbank de door de rechtspersoon geleden schade te begroten door de daadwerkelijke financiële positie van de stichtingen te vergelijken met de financiële positie in de hypothetische situatie dat de bestuurder geen ontuchtige handelingen had gepleegd. In die hypothetische situatie waren de activiteiten van de betreffende scholen niet gestopt en waren de inkomsten van de rechtspersoon niet opgedroogd, aldus de rechtbank. De schade van de rechtspersoon bestond in dit geval dus uit de misgelopen inkomsten over toekomstige jaren. Het boedeltekort is niet relevant. Het is zelfs denkbaar dat de curator iets heeft laten liggen door enkel het boedeltekort te vorderen. In een geval als dit zou het immers goed kunnen dat de rechtspersoon méér inkomsten is misgelopen dan dat hij crediteuren onbetaald heeft gelaten. In dat geval zou de schade van de rechtspersoon het boedeltekort overstijgen.

#### 4 De schade die de curator ex artikel 2:9 BW kan vorderen

De vraag welke schade de curator ex artikel 2:9 BW kan vorderen, hangt af van het specifieke ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur dat zich feitelijk heeft voorgedaan. De mogelijke feitelijke omstandigheden zijn legio. Wij zullen niet proberen

16. Waarbij het boedeltekort wordt berekend exclusief eventuele geïnde bedragen op grond van de art. 2:9 BW-vordering.

17. De rechtbank schrijft ‘primair’, maar bedoelt ‘subsidiair’, zie r.o. 2.7.7.6.

18. Rb. Oost-Brabant (zittingsplaats Den Bosch) 30 maart 2016, JOR 2016/153, r.o. 2.9.

19. Rb. Oost-Brabant 28 december 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:7243.

20. Wij laten hier buiten beschouwing of dit handelen in de hoedanigheid van bestuurder betrof.

alle mogelijkheden in kaart te brengen. Wel wijzen wij erop dat vermogensschade zowel geleden verlies als gederfde winst omvat (art. 6:96 lid 1 BW).

Het vorderen van vergoeding voor geleden verlies op grond van artikel 2:9 BW zal vaak voor de hand liggen. Een veelvoorkomende variant van ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur is bijvoorbeeld het doen van privéonttrekkingen door de bestuurder. De hiervóór bedoelde vermogensvergelijking leidt er dan toe dat het saldo van de onttrekkingen door de curator als schade van de rechtspersoon bij de bestuurder kan worden gevorderd.

Een voorbeeld hiervan is de zaak die heeft geleid tot de uitspraak van de Hoge Raad van 25 juni 2010.<sup>21</sup> De curator vorderde in deze zaak op grond van artikel 2:9 BW en op grond van artikel 6:162 BW terugbetaling van (1) door de bestuurder gedane geldopnamen in privé ten laste van de gefailleerde vennootschap en (2) door de vennootschap aan de bestuurder betaalde facturen voor niet-verrichte werkzaamheden (spookfacturen). Het als gevolg daarvan door de rechtspersoon geleden verlies werd door het hof toegewezen op grond van artikel 2:9 BW.<sup>22</sup>

Naast het vorderen van geleden verlies is het voor de curator interessant om te bezien of ook gederfde winst kan worden gevorderd. In de situatie dat een rechtspersoon is gefailleerd en er naar het oordeel van de curator sprake is van ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur, kan het immers goed zijn dat het onbehoorlijk bestuur het faillissement heeft veroorzaakt en dat daardoor toekomstige winsten zijn gederfd. Dat was bijvoorbeeld het geval in de hiervoor besproken zaak Schreurs q.q./Schoolbestuurder. Als de ontuchtige handelingen niet hadden plaatsgevonden, had de school mogelijk nog tientallen jaren haar activiteiten kunnen voortzetten en daarmee winst kunnen maken.

In hoeverre gederfde winst voor vergoeding in aanmerking komt, zal afhangen van het antwoord op de vraag in hoeverre de gederfde winst als een gevolg van het ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur kan worden toegerekend (art. 6:98 BW). De mate van voorzienbaarheid van de gederfde winst ten tijde van het ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur zal daarbij een rol spelen. Voor zover de omvang van de gederfde winst niet nauwkeurig kan worden vastgesteld – en dat zal vaak het geval zijn –, kan deze worden geschat (art. 6:97 BW). De rech-

ter dient daarbij te motiveren hoe hij de schade heeft geschat,<sup>23</sup> maar aan die motivering worden geen hoge eisen gesteld.<sup>24</sup>

De praktijk zal moeten uitwijzen of rechters in voorkomende gevallen bereid zijn gederfde winst toe te wijzen op grond van artikel 2:9 BW. Wij kunnen ons voorstellen dat rechters daarmee terughoudend zullen zijn. Maar voor curatoren is het in ieder geval interessant om gederfde winst te vorderen. Het is goed denkbaar dat die schade het boedeltekort overstijgt. Het instellen van een dergelijke vordering kan dan voor de curator aanmerkelijke meerwaarde hebben naast de vordering ex artikel 2:248 BW, zowel qua potentiële opbrengst als wat betreft de onderhandelingspositie jegens de bestuurder.

### 5 De relatie tussen de vordering ex artikel 2:9 en artikel 2:248 BW in de praktijk

Het voorgaande leidt ons tot de conclusie dat curatoren er goed aan doen een vordering ex artikel 2:9 BW zelfstandig te behandelen naast een vordering ex artikel 2:248 BW. Niet alleen verschillen beide grondslagen op wezenlijke punten van elkaar, de vordering ex artikel 2:9 BW kan de vordering ex artikel 2:248 BW ook overstijgen.

Wij zouden zelfs nog een stap verder willen gaan. In feite moet de rechter altijd eerst oordelen over de vordering ex artikel 2:9 BW, voordat hij oordeelt over een vordering ex artikel 2:248 BW. De rechter kan het boedeltekort ex artikel 2:248 BW namelijk pas begroten nadat op de artikel 2:9 BW-vordering is beslist en het resultaat van de incasso daarvan bekend is. Lukt het de curator om met een vordering ex artikel 2:9 BW een bedrag in de boedel te krijgen, dan neemt daarmee het boedeltekort immers af (doordat het actief in de boedel is verhoogd).<sup>25</sup> De vorderingen ex artikel 2:9 BW en ex artikel 2:248 BW zijn dus tot op zekere hoogte communicerende vaten.

Dit laatste betekent overigens dat als de vordering ex artikel 2:9 BW de vordering ex artikel 2:248 BW niet overstijgt en beide voor toewijzing in aanmerking komen, de vordering ex artikel 2:9 BW – los van eventuele verschillen (zie par. 2) – geen meerwaarde heeft voor de curator. Echter, of dit zo is, weet de curator pas achteraf, en niet al op het moment dat de curator de bestuurder(s) aansprakelijk stelt of de dagvaarding uitbrengt. Het mogelijke gebrek aan meerwaarde doet er dus niet aan af dat curatoren er goed aan doen de vordering ex artikel 2:9 BW zelfstandig te behandelen naast de vordering ex artikel 2:248 BW.

21. HR 25 juni 2010, JOR 2010/227 (De Rouw/Dingemans q.q.).

22. Zie concl. A-G, 2.5 e.v. Het hof wees de vordering ex art. 6:162 BW af, omdat niet was gesteld noch was gebleken dat de schuldeisers van de vennootschap ten gevolge van de onttrekkingen en de spookfacturen waren benadeeld. Geen van de schuldeisers uit de periode dat de verweten gedragingen plaatsvonden, had in het faillissement een vordering ingediend (concl. A-G, 2.1-2.4). Deze zaak laat dus niet alleen zien dat een curator op grond van art. 2:9 BW geleden verlies van de rechtspersoon kan vorderen, maar ook duidelijk het verschil tussen de door de rechtspersoon zelf geleden schade (ex art. 2:9 BW) en de door de schuldeisers geleden schade (in casu op grond van art. 6:162 BW, maar net zo goed ook op grond van art. 2:248 BW).

23. HR 25 oktober 2002, NJ 2003/171 m.nt. MS (Verhoeven c.s./Lammers c.s. en Gemeente Heeze-Leende/Lammers c.s.).

24. HR 17 februari 2006, RvdW 2006/205 (Royal & Sun Alliance c.s./Polygram).

25. Dit geldt ook in het geval de aansprakelijk gestelde bestuurder een tegenvordering (denk aan salaris of managementfee die de bestuurder nog tegoed heeft, of voorgeschoten kosten) met de schuld ex art. 2:9 BW aan de rechtspersoon in verrekening brengt. In dat geval neemt het boedeltekort immers ook af (doordat het passief in de boedel is verlaagd).

Relevant is nog dat wanneer de schade van de rechtspersoon hoger is dan het boedeltekort, en die schade met succes door de curator op grond van artikel 2:9 BW wordt geïncasseerd, er een overschot achterblijft in de boedel. Dat overschot komt dan in beginsel toe aan de aandeelhouders (art. 2:23b lid 1 BW). Voor dat geval hebben Kroeze en Wezeman<sup>26</sup> zich de vraag gesteld of de curator ook de (financiële) belangen van de aandeelhouder(s) moet behartigen door naast de vordering ex artikel 2:248 BW ook de vordering ex artikel 2:9 BW in te stellen.<sup>27</sup> Dit kan de curator immers met weinig extra inspanning bewerkstelligen, aldus Kroeze en Wezeman, terwijl de aandeelhouders zelf voor afgeleide schade geen rechtstreekse vergoeding van de bestuurder(s) kunnen vorderen.<sup>28</sup> Wij denken dat dit vooral een theoretische discussie is, omdat, zoals gezegd, in de praktijk voorafgaand aan een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure niet bekend zal zijn of er daadwerkelijk een overschot in de boedel zal vloeien. Dit hangt van veel factoren af, zoals of de vordering ex artikel 2:9 BW zal worden toegewezen, wat de omvang van de begrote schade is, of de rechter de schadevergoedingsverplichting zal matigen, de mate van verhaal die mogelijk is op de bestuurder(s), of tussentijds een schikking zal worden bereikt, enzovoort. Kortom, de curator zal meestal pas achteraf, nadat de vordering(en) ex artikel 2:9 BW is (zijn) geïncasseerd, weten of er een overschot in de boedel terecht zal komen en of hij mede heeft opgetreden in het belang van de aandeelhouders. Tot die tijd is het in het belang van de schuldeisers om de vordering ex artikel 2:9 BW, net als elk ander boedelactief, te gelde te maken (art. 68 jo. art. 176 Fw).<sup>29</sup>

## 6 Conclusie

In dit artikel hebben wij uiteengezet dat de vordering ex artikel 2:9 BW een zelfstandig karakter heeft naast artikel 2:248 BW. Curatoren zouden artikel 2:9 BW niet slechts als subsidiaire grondslag naast artikel 2:248 BW in stelling moeten brengen, omdat tussen beide grondslagen aanmerkelijke verschillen bestaan, en met name omdat op beide gronden iets anders wordt gevorderd. Een vordering ex artikel 2:248 BW strekt ertoe de schuldeisers schadeloos te stellen door aanzuivering van het boedeltekort. Een vordering ex artikel 2:9 BW heeft als doel om de rechtspersoon schadeloos te stellen door deze in de vermogenstoestand te brengen die hij zou hebben gehad als het ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur niet zou hebben

plaatsgevonden. Bovendien is denkbaar dat op grond van artikel 2:9 BW, met name vanwege gedeelde winst, een hoger bedrag kan worden gevorderd dan op grond van artikel 2:248 BW. Ten slotte kan het boedeltekort pas worden vastgesteld nadat het resultaat van de incasso van een toegewezen vordering ex artikel 2:9 BW bekend is.

Er is dus alle reden voor curatoren om de vordering ex artikel 2:9 BW veel meer dan op dit moment gebruikelijk is als een zelfstandige vordering naast artikel 2:248 BW te behandelen. Dat voorkomt de potentiële verwaarlozing van een belangrijk boedelactief.

26. Kroeze & Wezeman 2015, p. 1-22.

27. De Rechtbank Midden-Nederland stelde zelfs de vraag of de curator überhaupt schade kan vorderen die het boedeltekort overstijgt. Zie Rb. Midden-Nederland 29 augustus 2013, JOR 2013/237 (Landis), r.o.12.2: 'De hoogte van de schade die een gevolg is van de schending van artikel 2:9 BW is nog volstrekt onduidelijk. Bovendien zal in de schade-staatprocedure moeten worden beslist *over de vraag of de curatoren in dit geval de schade die uitstijgt boven het tekort kunnen vorderen* [curs. FOA & JvB].' Naar onze mening moet deze vraag zonder meer bevestigend worden beantwoord. Een 2:9-vordering is een actief van de boedel. Er is geen reden waarom de curator dat actief niet ten volle zou kunnen te gelde maken, net als ieder ander actief.

28. HR 2 december 1994, NJ 1994/288 (Poot/ABP).

29. Tenzij de curator op de voet van art. 176 lid 2 Fw van de rechter-commissaris toestemming verkrijgt om een bepaald boedelactief niet te (hoeven) vereffenen.