

Ondernemingsrecht

197

Matigingsgronden bij bestuurdersaansprakelijkheid zijn limitatief

Hoge Raad
13 mei 2022, nr. 21/01620,
ECLI:NL:HR:2022:691
(mr. Polak, mr. Tanja-van den Broek, mr.
Wattendorff, mr. Schaafsma, mr. Salomons)
(Concl. A-G Assink)
Noot mr. C.J. Scholten

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:248 BW. Limitatieve opsomming van matigingsgronden in art. 2:248 lid 4, eerste zin, BW. Vervolg op Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2021, «JOR» 2021/133, m.nt. Jansen.

[BW art. 2:248]

Art. 2:248 lid 4, eerste volzin, BW bepaalt 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 (art. 2:248 lid 4, tweede volzin, BW).

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.

1. [Eiser 1] BV,
2. [eiser 2],
eisers tot cassatie,
advocaat: (aanvankelijk mr. Van Dorsser, thans:)
mr. Aantjes,

tegen
[mr. X], in haar hoedanigheid van curator in het
faillissement van [A] BV,
verweerster in cassatie,
hierna: de curator,
niet verschenen.

Conclusie Advocaat-Generaal
(mr. Assink)

Deze zaak draait om bestuurdersaansprakelijkheid op de voet van art. 2:248 BW (en art. 2:11 BW), meer in het bijzonder om de in art. 2:248 lid 4 BW vervatte matigingsregeling en de toepassing daarvan door het gerechtshof in het onderhavige geval. M.i. falen de daartegen in cassatie gericht klachten en kan het bestreden arrest dus in stand blijven.

1. De feiten

In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten, die zijn ontleend aan rov. 2 van het arrest van 12 januari 2021¹ van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (hierna: het *arrest* respectievelijk het *hof*), waarin het hof overweegt uit te gaan van de feiten zoals beschreven in rov. 2.1-2.26 van het vonnis van 6 december 2018² van de rechtbank Gelderland (hierna: het *vonnis* respectievelijk de *rechtbank*), behoudens voor zover [eiser 1] B.V. en [eiser 2] (hierna: [eiser 1] respectievelijk [eiser 2], en tezamen: [eisers]) daartegen grieven hebben gericht in grief 2.³ In het kader van de leesbaarheid worden de overwegingen uit het vonnis (waarvan het hof dus in beginsel uitgaat) hieronder volledig uiteengezet, waarbij in noten een weergave zal volgen van tegen specifieke vaststellingen gericht grieven, wanneer daarvan sprake is.

1 Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:193, JOR 2021/133, RI 2021/21.

2 Rb. Gelderland 6 december 2018, zaaknummer NL17.14277 en zaaknummer NL18.6363 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl)

3 Zie de memorie van grieven, p. 56. (Ik doel daarmee, ook hierna, op de memorie van grieven, tevens houdende incidentele vordering tot voeging (ex art. 222 Rv), tevens houdende incidentele vordering (ex art. 351 Rv) en (subsidiar) zekerheidstelling (ex art. 235 Rv) zijdens [eisers] van 13 augustus 2019).

1.1. Bij vonnis van de rechtbank Limburg, zittingsplaats Maastricht van 1 november 2016 is [A] B.V. (hierna: [A]) op verzoek van een (ex-) werknemer in staat van faillissement verklaard met aanstelling van [de curator] als curator (hierna, q.q. en pro se: de *curator*).

1.2. [A] dreef een [onderneming] met als kernactiviteit het inkopen van technische producten, welke producten de gefailleerde doorverkocht aan TTGro Gelderland B.V. (hierna: *TTGro*).

1.3. [eiser 1] is enig aandeelhouder en bestuurder van [A]. [eiser 1] is via [Groep] B.V. ook indirect bestuurder van TTGro.

1.4. [eiser 2] is enig aandeelhouder en bestuurder van [eiser 1].

1.5. Op de dag van het faillissement heeft de curator telefonisch contact opgenomen met (indirect) bestuurder [eiser 2] en hem per e-mail uitgenodigd voor een bespreking op 2 november 2016. Daarbij is [eiser 2] met een checklist verzocht om informatie aan te leveren zoals bankstukken, pandakten, huurovereenkomsten, arbeidsovereenkomsten, voorraadlijsten, debiteurenlijsten en crediteurenlijsten.

1.6. Tijdens de bespreking heeft [eiser 2] geen schriftelijke informatie aan de curator overhandigd. Nog diezelfde dag heeft de curator [eiser 2] per e-mail verzocht alsnog zo spoedig mogelijk de pandakten, een voorraadlijst en een debiteurenlijst te overleggen. Daarnaast heeft de curator [eiser 2] uitgenodigd voor een vervolgbespreking, samen met zijn accountant, [betrokkene 1] van [B].

1.7. Op 4 november 2016 heeft de curator aan [eiser 2] de ontvangst van een arbeidsovereenkomst bevestigd en wordt [eiser 2] verzocht uiterlijk 7 november 2016 de bankgegevens, crediteurenlijst en pandakten aan te leveren.

1.8. Op 7 november 2016 heeft [eiser 2] een crediteurenlijst aan de curator gemaild met de mededeling dat hij de andere stukken op 8 november 2016 bij de curator zal afleveren.

1.9. Op 8 november 2016 heeft de vervolgbespreking plaatsgevonden tussen de curator en [eiser 2], in aanwezigheid van de accountant van [eiser 2] en de boekhouder van [eiser 2], [betrokkene 2] van [C] B.V. Tijdens die bespreking zijn aan de curator twee bij de belastingdienst geregistreerde pandlijsten overhandigd van 16 januari

2015 en 28 september 2016.⁴ De pandlijst van 16 januari 2015 sluit op een totaalbedrag van € 108.606,34 en de pandlijst van 28 september 2016 op € 152.033,67.

1.10. De curator heeft in een brief van 11 november 2016 aan [eiser 2] verslag gedaan van deze bespreking. [eiser 2] wordt in die brief verzocht om uiterlijk 16 november 2016 aan de curator te verstrekken:

- alle overeenkomsten met betrekking tot de verpanding van de voorraden en vorderingen aan de [eiser 1] B.V.,
- de bankafschriften vanaf 1 januari 2016 t/m de faillissementsdatum,
- de grootboekkaarten en de proef- en saldbalans,
- een onderbouwing van de vordering van [A] op de verkoop B.V., en
- een onderbouwing van de eigendom van gefailleerde met betrekking tot de voorraden.

1.11. Op 16 november 2016 heeft de boekhouder van [eiser 2] het grootboek 2016 met de debiteuren- en crediteurenlijsten en de proef- en saldbalans aan de curator gemaild.

1.12. In een e-mailbericht van 23 november 2016 van 13.28 uur heeft de curator bij [eiser 2] onder de aandacht gebracht dat de onderliggende kredietdocumentatie ten aanzien van het beweerde pandrecht nog (steeds) niet is angeleverd en dat zij zich beraadt op vervolgstappen. Verder kondigt de curator de verkoop van de voorraad aan en deelt de curator mee dat deze voorraad in het kader van een biedingsprocedure is gefotografeerd.

1.13. Naar aanleiding van dit e-mailbericht heeft de boekhouder van [eiser 2] diezelfde dag telefonisch contact opgenomen met de curator.

1.14. Hierop heeft de curator [eiser 2] per e-mailbericht van 23 november 2016 van 17.35 uur verzocht om uiterlijk 25 november 2016 de bij de checklist opgevraagde stukken aan te leveren bij gebreke waarvan hij zal worden opgeroepen voor verhoor bij de rechter-commissaris.

1.15. [eiser 2] heeft hierop bij e-mailbericht van 28 november 2016 gereageerd met de mededeling

4 In de memorie van grieven, nr. 6.1.1 is opgenomen: “6.1.1. De rechtbank overweegt in r.o. 2.9 [in deze conclusie weergegeven onder 1.9 hiervoor, A-G] ten onrechte dat alleen de pandakten zijn getoond, zie hiertoe randnummer 4.30.”

dat hij gelet op betalingsachterstanden aan zijn accountant en boekhouder, afhankelijk is van hun goodwill om informatie (aan de curator) te verstrekken. De overige boekhouding en orders staan volgens [eiser 2] in de kasten op kantoor van [A] en [eiser 2] biedt aan deze administratie op te halen en bij de curator te bezorgen.

1.16. Op 6 december 2016 heeft de curator per e-mail aan [eiser 2] gevraagd wanneer zij de verzochte informatie, waaronder de stukken ten aanzien van de verpanding en de beweerdelijke vordering, tegemoet kan zien. Daarbij kondigt de curator tevens aan dat zij in het kader van boedelberedding niets anders kan dan het verkooptraject met betrekking tot voorraden en bedrijfsmiddelen voort te zetten en dat zij verwacht nog die week een transactie met een koper te sluiten. Mocht in een later stadium blijken dat [eiser 1] een rechtsgeldig pandrecht heeft op de voorraden, dan kunnen volgens de curator nadere afspraken worden gemaakt over de opbrengst.

1.17. Daarop heeft [eiser 2] de curator op 13 december 2016 bericht dat hij overspannen thuiszit en door de vervangen sloten op de deuren van het pand van [A] niet bij de administratie kan.

1.18. Na verkregen toestemming van de rechter-commissaris heeft de curator op 16 december 2016 de bedrijfsvoorraden en de inventaris van de gefailleerde verkocht met een opbrengst van respectievelijk € 17.000,00⁵ en € 12.000,00.

1.19. Op 20 december 2016 is [eiser 2] door de rechter-commissaris gehoord. Tijdens dit verhoor heeft [eiser 2], voor zover van belang, het volgende verklaard:

“Ook zal ik [de curator] nog stukken doen toekomen met betrekking tot de bedrijfsmiddelen, de voorraadlijsten, de verpandingsstukken, de debiteuren en andere activa, de correspondentie met betrekking tot de huurovereenkomsten, de bankstukken, bankpassen en overeenkomsten met de bank, alsmede de stukken met betrekking tot de fiscale eenheid. Voor zover noodzakelijk ga ik met

[betrokkene 1] overleggen om de genoemde stukken bij [de curator] te kunnen bezorgen. De stukken die ik zelf heb zal ik voor het weekend nog bij [de curator] bezorgen.

(...)

Ik zeg toe alle stukken die ik kan leveren, uiterlijk 16 januari 2017 bij [de curator] te bezorgen. Ik hoor de rechter-commissaris zeggen dat dit dus betekent dat ik de stukken die op 16 januari 2017 niet door mij aan [de curator] zijn overgelegd, niet tot mijn beschikking heb of kan krijgen.”

1.20. Aansluitend heeft de curator in een brief van 23 december 2016 [eiser 2] nog een overzicht verstrekt van alle stukken (waaronder de pandakte) waarvan afschrift wordt verwacht.

1.21. Bij brief van 23 januari 2017 heeft de curator bevestigd dat zij op 16 januari 2017 diverse stukken van [eiser 2] heeft ontvangen, waaronder een pandakte.

1.22. Uit die “Akte van verpanding voorraden en vorderingen” van 31 december 2014 blijkt dat [A] alle huidige en toekomstige voorraden en debiteurenvorderingen vanwege (toekomstige) vorderingen van [eiser 1] uit hoofde van een rekening-courantverhouding of anderszins heeft verpand aan [eiser 1]. Deze pandakte is op 19 januari 2015 bij de Belastingdienst geregistreerd.

1.23. In het door [eiser 1] gemaakte overzicht van de rekening-courantverhouding zijn de volgende stortingen van [eiser 1] vermeld onder de noemer “tijdelijke lening”:

- op 1 maart 2015 een bedrag van € 16.000,00;
- op 1 juli 2015 een bedrag van € 1.000,00;
- op 18 november 2015 een bedrag van in totaal € 8.500,00.

Daarnaast heeft [eiser 1] voor een totaalbedrag van € 200.427,96 aan facturen aan [A] gestuurd voor doorbelaste managementfee's voor haar bestuurder [eiser 2].⁶

1.24. Op 17 maart 2017 heeft [eiser 1] in het faillissement van [A] een vordering van in totaal

5 In de memorie van grieven, nr. 6.1.2 is opgenomen: “6.1.2. De rechtbank overweegt in r.o. 2.18 [in deze conclusie weergegeven onder 1.18 hiervoor, A-G] dat de voorraad voor € 17.000 is verkocht. Zoals in randnummer 7.43 en 7.44 uiteen is gezet, is dat niet juist. Het juiste bedrag is € 15.750. De boedelbijdrage van € 1.250 is immers geen onderdeel van de koopsom voor de voorraad, maar een vergoeding voor de geleverde (verkoop)prestaties van de curator.”

6 In de memorie van grieven, nr. 6.1.3 is opgenomen: “6.1.3. De rechtbank overweegt ten onrechte in r.o. 2.23 [in deze conclusie weergegeven onder 1.23 hiervoor, A-G] dat [eiser 1] voor € 200.427,96 aan managementfee's heeft doorbelast. Zoals uit randnummer 7.60 lijkt, is dat niet juist.” [verschrijving in origineel, A-G] In nr. 7.60 van de memorie van grieven wordt vervolgens niet een ander bedrag genoemd, wel verschillende (andere) posten waaruit het bedrag mede zou bestaan.

€ 225.927,96 aangemeld, welke aanvraag is voorzien van drie overeenkomsten van geldlening tussen [eiser 1] en [A].

1.25. Bij brief van 29 maart 2017 heeft [eiser 1] de curator q.q. en pro se aansprakelijk gesteld voor een bedrag van € 225.927,96.

1.26. Bij brief van 6 juni 2017 heeft de curator [eiser 1] en [eiser 2] als (indirect) bestuurders van [A] aansprakelijk gesteld voor het faillissements-tekort.⁷

2. Het procesverloop

In eerste aanleg in de zaken met zaaknummer NL17.14277 en zaaknummer NL18.6363

2.1. [eiser 1] heeft in de zaak met zaaknummer NL17.14277 bij procesinleiding, zakelijk weergegeven, de curator, zowel q.q. als pro se, gedagvaard en gevorderd om bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

– voor recht te verklaren dat [eiser 1] een vordering heeft op [A], groot € 225.927,96, althans een door de rechtbank vast te stellen bedrag;

– voor recht te verklaren, primair dat de curator op grond van de genoemde feiten en omstandigheden pro se aansprakelijk is jegens [eiser 1], waarvan de schade nader op te maken bij staat, en subsidiair dat de curator q.q. op grond van de genoemde feiten en omstandigheden aansprakelijk is jegens [eiser 1], waarvan de schade nader op te maken bij staat;

– de curator te veroordelen in de proceskosten alsmede in de nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente.

2.2. De curator heeft verweer gevoerd, betwist dat zij onrechtmatig heeft gehandeld en geconcludeerd tot niet-ontvankelijkheid van [eiser 1], dan wel dat haar vorderingen dienen te worden afgevozen met veroordeling van [eiser 1] in de (volle-

dige) proceskosten en nakosten. Tevens heeft de curator een tegenvordering ingesteld waarbij zij, zakelijk weergegeven, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad heeft gevorderd:

– te verklaren voor recht dat [eiser 1] haar taak als bestuurder van [A] kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en ingevolge art. 2:248 BW aansprakelijk is voor het bedrag van de schulden (inclusief faillissementskosten) voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan;

– [eiser 1] te veroordelen aan de curator te voldoen het totale tekort in het faillissement van [A], nader op te maken bij staat;

– [eiser 1] te veroordelen in de proceskosten, waaronder nakosten.

2.3. De curator heeft bij procesinleiding in de zaak met zaaknummer NL18.6363, zakelijk weergegeven, [eiser 2] gedagvaard en, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, gevorderd:

– in het incident: dat die zaak op grond van art. 222 Rv gevoegd wordt met de zaak met zaaknummer NL17.14277;

– in de hoofdzaak: (i) voor recht te verklaren dat de in de tegenvordering omschreven bestuurdersaansprakelijkheid van [eiser 1] voor het in art. 2:248 BW genoemde boedeltekort in het faillissement van [A] (zie onder 2.2 hiervoor) op grond van art. 2:11 BW eveneens (hoofdelijk) op [eiser 2] rust, en (ii) [eiser 2] samen met [eiser 1] hoofdelijk te veroordelen tot betaling aan de curator van voornoemd boedeltekort in het faillissement van [A], nader op te maken bij staat;

– in het incident en de hoofdzaak: [eiser 2] te veroordelen in de proceskosten en nakosten.

2.4. De curator heeft in verband met de procedure met zaaknummer NL18.6363 bij “Akte wijziging tegenvordering” haar tegenvordering in de zaak met zaaknummer NL17.14277 (zie onder 2.2 hiervoor) nog gewijzigd in die zin dat zij door middel van een procesinleiding van 29 maart 2018 op grond van art. 2:11 jo. 2:248 BW ook een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid tegen [eiser 2] heeft ingesteld en heeft gevorderd, zakelijk weergegeven, om bij vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

– te verklaren voor recht dat [eiser 1] haar taak als bestuurder van [A] kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en ingevolge art. 2:248 BW en art. 2:11 BW samen met haar bestuurder, [eiser 2], hoofdelijk aansprakelijk is voor het bedrag van de schulden (inclusief faillissementskosten) voor zover

7 In de memorie van grieven, nr. 6.1.4 is opgenomen: “6.1.4. De rechtbank gaat ten onrechte uit van een boekwaarde van de voorraad van € 49.454. De boekwaarde volgens de jaarstukken dient € 58.840, zie randnummer 3.42 t/m 3.44.” [verschrijving in origineel, A-G] Ik merk op dat hierbij niet verwezen wordt naar een overweging van de rechtbank en dat de rechtbank deze boekwaarde ook niet bespreekt in rov. 2 van het vonnis, waarin zij de vaststaande feiten benoemt (en waar het hof, behoudens de grieven in grief 2, naar verwijst). De rechtbank bespreekt die boekwaarde in rov. 4 van het vonnis.

deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan;

– [eiser 1] samen met haar bestuurder, [eiser 2], hoofdelijk te veroordelen aan de curator te voldoen het totale tekort in het faillissement van [A], nader op te maken bij staat;

– [eiser 1] te veroordelen tot voldoening van de proceskosten en nakosten.

2.5. [eiser 1] en [eiser 2] hebben wat betreft de bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen van de curator in beide procedures verweer gevoerd en, kort gezegd, geconcludeerd dat [eiser 1] niet aansprakelijk is voor het boedeltekort en dat de vorderingen jegens [eiser 2] dus ook afgewezen dienen te worden, dan wel dat gematigd dient te worden op de voet van art. 2:248 lid 4 BW indien de rechtbank oordeelt dat wel sprake is van aansprakelijkheid voor het boedeltekort. Ten aanzien van het incident heeft [eiser 2] zich gerefereerd aan het oordeel van de rechtbank.

2.6. Bij vonnis van 22 juni 2018⁸ in de zaak met zaaknummer NL18.6363 heeft de rechtbank in het incident die zaak gevoegd met de zaak met zaaknummer NL17.14277, de kosten in dat incident gecompenseerd en in de hoofdzaak bepaald dat de zaak gelijktijdig zal worden behandeld met de zaak met zaaknummer NL17.14277 op de op 4 juli 2018 geplande mondelinge behandeling.

2.7. De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 26 september 2018, waarvan proces-verbaal is opgemaakt.

2.8. In het vonnis (dus dat van 6 december 2018)⁹ heeft de rechtbank in de zaak met zaaknummer NL17.14277, kort gezegd:

– in conventie: de vordering van [eiser 1] afgewezen en [eiser 1] in de proceskosten veroordeeld;

– in reconventie: (i) voor recht verklaard dat [eiser 1] haar taak als bestuurder van de gefailleerde kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aansprakelijk is voor de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan (het tekort) in het faillissement van [A], welk tekort nader dient te worden vastgesteld overeenkomstig de bepalingen van de Faillissementswet; (ii) [eiser 1] veroordeeld tot hoofdelijke betaling van het tekort, waarbij voor zover [eiser 2] betaalt of heeft betaald [eiser 1] is

bevrijd; en (iii) [eiser 1] veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van de curator;

– in conventie en reconventie: (i) [eiser 1] veroordeeld in de nakosten; (ii) het vonnis in reconventie in die zaak uitvoerbaar bij voorraad verklaard; en (iii) het meer of anders gevorderde afgewezen. In dat vonnis heeft de rechtbank in de zaak met zaaknummer NL18.6363, kort gezegd:

– (i) voor recht verklaard dat [eiser 2] zijn taak als bestuurder van de gefailleerde kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aansprakelijk is voor de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan (het tekort) in het faillissement van [A], welk tekort nader dient te worden vastgesteld overeenkomstig de bepalingen van de Faillissementswet; en (ii) [eiser 2] veroordeeld tot hoofdelijke betaling van het tekort, waarbij voor zover [eiser 1] betaalt of heeft betaald [eiser 2] is bevrijd;

– [eiser 2] veroordeeld in de proceskosten en nakosten;

– dat vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad verklaard;

– het meer of anders gevorderde afgewezen.

2.9. Ten aanzien van het beroep op matiging op de voet van art. 2:248 lid 4 BW heeft de rechtbank in het vonnis het volgende overwogen:

“4.20. [eisers] heeft nog een beroep op matiging gedaan maar daarvoor zijn geen andere argumenten aangevoerd dan hiervoor reeds door de rechtbank zijn verworpen. Er is geen sprake van een gering verzuim, niet gebleken van een andere oorzaak van het faillissement en evenmin van onbehoorlijke boedelafwikkeling door de curator. Nu voor het overige geen argumenten zijn aangevoerd, wordt het beroep op matiging dan ook verworpen.”

In hoger beroep in de zaken met zaaknummer 200.259.964 en zaaknummer 200.259.977

2.11. [eiser 1] is bij dagvaarding van 1 maart 2019 in hoger beroep gekomen van het vonnis in de zaak met zaaknummer NL17.14277 en heeft gevorderd dat het hof, bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, zal vernietigen het vonnis gewezen tussen [eiser 1] en de curator, q.q. en pro se, door de rechtbank onder zaaknummer NL17.14277 en, opnieuw rechtdoende, alsnog de vorderingen van [eiser 1] in conventie zal toewijzen en de vorderingen van de curator in reconventie zal afwijzen, met veroordeling van de curator in de kosten van beide instanties.

8 Rb. Gelderland 22 juni 2018, zaaknummer NL18.6363 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl).

9 Zie noot 2 hiervoor.

2.12. [eiser 2] is bij separate dagvaarding van 1 maart 2019 in hoger beroep gekomen van het vonnis in de zaak met zaaknummer NL18.6363 en heeft gevorderd dat het hof, bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, zal vernietigen het vonnis, gewezen tussen [eiser 2] en de curator q.q., door de rechtbank onder zaaknummer NL18.6363 en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van de curator q.q. in conventie zal afwijzen, met veroordeling van de curator q.q. in de kosten van beide instanties.

2.13. [eisers] hebben bij memorie van grieven, tevens houdende incidentele vordering tot voeging (ex art. 222 Rv), tevens houdende incidentele vordering (ex art. 351 Rv) en (subsidiar) zekerheidstelling (ex art. 235 Rv) van 13 augustus 2019 inzake de incidentele vordering, zakelijk weergegeven, gevorderd, een en ander voor zover de wet het toelaat en uitvoerbaar bij voorraad:

– primair: (i) de uitvoerbaarheid bij voorraad op te heffen met terugwerkende kracht en aldus de tenuitvoerlegging van het vonnis alsnog te schorsen; (ii) eventueel gelegde executoriale (derden) beslagen op de datum van het te wijzen arrest in het incident op te heffen; en (iii) de zaken met zaaknummer 200.259.964 en zaaknummer 200.259.977 op grond van art. 222 Rv te voegen; – subsidiar: (i) de curator te veroordelen afdoende zekerheid te stellen voor het gehele bedrag dat [eisers] op de boedelrekening moeten overmaken ter tenuitvoerlegging van het vonnis, met dien verstande dat de curator zijn eigen salarisvordering niet mag voldoen uit het bedrag waarvoor zekerheid is gesteld; en (ii) eventuele gelegde executoriale (derden)beslagen op de datum van het te wijzen arrest in het incident op te heffen, indien de curator binnen 14 dagen na het te wijzen arrest in incident geen zekerheid heeft gesteld;

– primair en subsidiar: de curator te veroordelen tot betaling van de kosten van het incident, te vermeerderen met wettelijke rente.

[eisers] hebben voorts in de memorie van grieven geconcludeerd dat het hof moge behagen om bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad en kort gezegd: *in de zaak met zaaknummer 200.259.964*

– het vonnis in de zaak met zaaknummer NL17.14277 te vernietigen en de vorderingen van de curator alsnog af te wijzen;
– voor recht te verklaren dat [eiser 1] een vordering heeft op [A] van € 230.744,20;
– opnieuw rechtdoende voor recht te verklaren:

• primair: dat op grond van de genoemde feiten en omstandigheden de curator pro se aansprakelijk is jegens [eiser 1], waarvan de schade nader op te maken bij staat;

• subsidiar: dat op grond van de genoemde feiten en omstandigheden de curator in hoedanigheid van curator aansprakelijk is, waarvan de schade nader op te maken bij staat;

in de zaak met zaaknummer 200.259.977

– het vonnis in de zaak met zaaknummer NL18.6363 te vernietigen en de vorderingen van de curator alsnog af te wijzen;

in de zaken met zaaknummer 200.259.964 en zaaknummer 200.259.977

– de curator te veroordelen in de proceskosten, alsmede de nakosten, te vermeerderen met wettelijke rente.

Specifiek met betrekking tot hun beroep op matiging op de voet van art. 2:248 lid 4 BW hebben [eisers] daarin het volgende aangevoerd:

“Grief IV-IV Matiging

8.76. De grief richt zich tegen de beslissing van de rechtbank dat er geen grond is voor matiging van het faillissementstekort. De rechtbank overweegt in r.o. 4.20 ten onrechte:

[eisers] heeft nog een beroep op matiging gedaan maar daarvoor zijn geen andere argumenten aangevoerd dan hiervoor reeds door de rechtbank zijn verworpen. Er is geen sprake van een gering verzuim, niet gebleken van een andere oorzaak van het faillissement en evenmin van onbehoorlijke boedelafwikkeling door de curator. Nu voor het overige geen argumenten zijn aangevoerd, wordt het beroep op matiging dan ook verworpen.

[eisers] stelt zich op het standpunt dat er wel degelijk sprake is voor het matigen van tekort, mocht uw gerechtshof de beslissing van de rechtbank in stand laten dat [eisers] aansprakelijk is uit hoofde van art. 2:248 lid 2 BW. Daartoe voert [eisers] het volgende aan.

8.77. De gronden voor matiging zijn in art 2:248 lid 4 BW omschreven: de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling, andere oorzaken van het faillissement en de afwikkeling van het faillissement. [eisers] met dat er van deze gronden sprake is:

– Indien uw gerechtshof meent dat er sprake is van onbehoorlijke taakvervulling door de schending van de publicatieverplichting, is deze schending en het daarmee vaststaande onbehoorlijke bestuur niet van dien aard, dat zij het faillissement

heeft veroorzaakt. Van een ernstige onbehoorlijke taakvervulling is dan ook geen sprake. Dit levert derhalve een grond op voor matiging.

– Zoals in de 4de grief is omschreven, zijn er andere oorzaken van het faillissement. Tussen deze oorzaken en het faillissement bestaat een direct causaal verband, wat ontbreekt bij de onbehoorlijke taakvervulling uit hoofde van de schending van de publicatieverplichting. Doordat er duidelijk andere oorzaken van het faillissement zijn aan te voeren, dan de onbehoorlijke taakvervulling, dient de veroordeling tot het boedeltekort gematigd te worden.

– De afwikkeling van het faillissement krijgt geen schoonheidsprijs. Zoals in paragraaf 3 en grief 3 is omschreven, heeft de curator de belangen van de boedel niet optimaal in acht genomen en heeft zij de opbrengsten voor de boedel niet gemaximaliseerd. Hierdoor is het boedeltekort groter geworden, wat een grond oplevert voor matiging.

– De vennootschappen van het concern, zijn de grootste gedupeerde van het faillissement. [eiser 1], INIQ, IQ Projecten, Recria en Donker voort moeten alleen hun rekening-courantvorderingen door het faillissement afschrijven, terwijl veel van het door hen verleende kapitaal is aangewend om de crediteuren te kunnen betalen. Deze omstandigheid is een reden om de veroordeling tot het faillissementstekort te matigen.

8.78. Kortom, [eisers] meent dat er wel degelijk sprake was van gronden voor matiging. De rechtbank heeft het verzoek tot matiging dan ook onterecht afgewezen.⁹

[vetgemaakt (gecursiveerd *red.*) en verschrijving in origineel, A-G]

2.14. De curator heeft bij memorie van antwoord, tevens houdende antwoord op de incidentele vordering tot voeging en de incidentele vordering ex art. 351 Rv en ex art. 235 Rv van 27 augustus 2019, inzake de incidentele vordering, zakelijk weergegeven, geconcludeerd:

- tot referte wat betreft de vordering tot voeging;
- tot afwijzing wat betreft de vordering tot schorsing ex art. 351 Rv;
- tot afwijzing van de vordering tot zekerheidstelling;
- tot veroordeling van [eisers] in de proceskosten in het incident;
- tot afwijzing van het meer of anders gevorderde.

De curator heeft voorts in deze memorie van antwoord geconcludeerd dat de door [eisers] ingestelde grieven geen doel treffen en aldus afgewe-

zen dienen te worden, dat het vonnis waarvan beroep bekrachtigd dient te worden, en dat [eisers] veroordeeld worden in de kosten.

2.15. Bij tussenarrest van 19 november 2019¹⁰ heeft het hof, zakelijk weergegeven:

- bepaald dat de zaken met zaaknummer 200.259.964 en zaaknummer 200.259.977 gevoegd worden behandeld;
- de zaken in het incident verwezen naar de roldatum van 3 december 2019 voor een akte uitlating zijdens [eisers] en naar de roldatum van 17 december 2019 voor een antwoordakte zijdens de curator;
- verder iedere beslissing aangehouden.

2.16. [eisers] hebben zich bij akte na tussenarrest van 3 december 2019 uitgelaten. De curator heeft zich bij antwoordakte van 17 december 2019 uitgelaten.

2.17. Bij tussenarrest van 14 april 2020¹¹ heeft het hof de vorderingen in het incident afgewezen en [eisers] veroordeeld in de kosten van het incident. In de hoofdzaken in hoger beroep heeft het hof bepaald dat wordt voortgeprocedeerd in de stand waarin deze zich bevinden.

2.18. Partijen hebben arrest verzocht. In het arrest (dus dat van 12 januari 2021)¹² heeft het hof, rechtdoende in de zaken met zaaknummer 200.259.964 en zaaknummer 200.259.977:

- het vonnis bekrachtigd;
- [eisers] in de kosten van het hoger beroep veroordeeld;
- het arrest ten aanzien van de daarin vervatte veroordeling uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

2.19. Daartoe heeft het hof, onder meer en voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen: “3. *De motivering van de beslissing in hoger beroep*

3.1. In deze gevoegde hoger beroepsprocedures liggen enerzijds de vragen voor of de curator pro se (persoonlijk) of (subsidiar) q.q. (in hoedanigheid van curator) aansprakelijk is jegens [eiser 1] wegens onrechtmatig handelen en of [eiser 1] vorderingen heeft in het faillissement van [A] B.V. (hierna: [A]) en anderzijds de vraag of [eiser 1] en [eiser 2] als (indirect) bestuurders van [A] wegens onbehoorlijke taakvervulling aansprakelijk zijn

10 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9916.

11 Hof Arnhem-Leeuwarden 14 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:4481, JOR 2020/241.

12 Zie noot 1 hiervoor.

jegens de faillissementsboedel van [A]. Het hof zal eerst de gestelde aansprakelijkheid van de curator beoordelen en daarna de gestelde aansprakelijkheid van [eisers] Voordat het hof aan de beantwoording van deze vragen toekomt, zal grief 1 van [eisers] worden besproken.

(...)

Grief 3: geen aansprakelijkheid van de curator

3.4. Grief 3 richt zich tegen het oordeel van de rechtbank dat de curator (pro se en q.q.) niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens [eiser 1]. [eisers] verwijt de curator, zo begrijpt het hof, dat deze 1) aan [eiser 1] verpande roerende zaken heeft verkocht terwijl zij van het rechtsgeldige pandrecht van [eiser 1] op de hoogte was en dit had moeten erkennen, 2) de verpande zaken voor een veel te lage prijs heeft verkocht op basis van een onjuiste biedingsprocedure en een onjuiste taxatie, waarbij zij 3) de rechter-commissaris meermaals onvolledig heeft geïnformeerd. De curator heeft daardoor de belangen van de boedel niet optimaal behartigd, aldus [eisers] Verder verwijt [eisers] de curator dat zij geen boedelbeschrijving ex artikel 94 Fw heeft opgemaakt en dat zij niet direct na het uitspreken van het faillissement de sloten van de bedrijfsruimte van [A] heeft vervangen om toegang voor werknemers en de onderhuurder daartoe onmogelijk te maken.

3.5. Bij de beoordeling of de curator aansprakelijk is jegens [eisers], moet worden onderscheiden tussen de aansprakelijkheid van de curator q.q. (in hoedanigheid) en pro se (persoonlijk). Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad geldt voor aansprakelijkheid van een curator pro se het volgende uitgangspunt. Voor zover de faillissementscurator bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan regels, komt hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toe. Bij het gebruikmaken van die vrijheid geldt de Maclou-norm die inhoudt dat een curator, kort gezegd, behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. De curator dient zich te richten naar het belang van de boedel, maar het is in beginsel aan zijn inzicht overgelaten op welke wijze en langs welke weg dat belang het beste kan worden gediend. Voor zover de curator wel is gebonden aan regels, heeft hij de hiervoor genoemde beleidsvrijheid niet. Komt hij die regels niet na, dan zal hij in beginsel op die grond persoonlijk aansprakelijk zijn jegens degenen met de belan-

gen van wie hij bij de naleving van die regels rekening diende te houden. Verder stelt het hof voorop dat het verweten handelen van de curator moet worden beoordeeld naar de situatie zoals deze ten tijde van dat handelen was (ex tunc). Daarbij is mede van belang over welke informatie de curator op dat moment beschikte.

Pandrechten van [eiser 1]

3.5. Het tweede onderdeel van grief 3 richt zich tegen het oordeel van de rechtbank dat de curator niet onrechtmatig jegens [eisers] heeft gehandeld. [eisers] stelt zich daarbij allereerst op het standpunt dat de curator de rechtsgeldigheid van de pandrechten van [eiser 1] op de bedrijfsvoorraden van [A] had moeten erkennen. Het hof volgt dit standpunt niet en licht dat hieronder verder toe.

3.6. Op 8 november 2016 heeft [eisers], vergezeld van de accountant en boekhouder, een bespreking gevoerd op het kantoor van de curator waarbij onder meer is gesproken over het gestelde pandrecht van [eiser 1] op de bedrijfsvoorraden van [A]. [eisers] heeft daarbij twee geregistreerde pandlijsten overhandigd aan de curator. Zij stelt zich op het standpunt dat de curator alleen al op grond van deze twee geregistreerde pandlijsten het pandrecht van [eiser 1] had moeten erkennen omdat de beide pandlijsten op zichzelf een (zelfstandige) pandakte vormen. Het hof volgt [eisers] niet in dit betoog. Voor vestiging van een bezitloos pandrecht zoals hier aan de orde is op grond van artikel 3:237 lid 1 jo 3:236 lid 2 jo 3:84 BW onder meer een geldige titel voor verpanding vereist. In de pandlijsten wordt weliswaar gerefereerd aan een bestaande verpandingsovereenkomst tussen [eiser 1] en [A] van 31 december 2014 (de titel), maar het bestaan van deze overeenkomst dient ook te blijken. De verwijzing in de overgelegde pandlijsten is daarvoor niet voldoende, hetgeen de curator [eisers] ook meermaals in e-mailcorrespondentie heeft bericht. Los van de ook toen al bestaande discussie tussen [eisers] en de curator of [eiser 1] wel een (onderliggende) vordering had op [A] waarvoor zij een pandrecht kon uitoefenen, zijn de overgelegde pandlijsten alleen onvoldoende om de rechtsgeldigheid van het pandrecht van [eiser 1] te kunnen beoordelen. De curator hoefde het pandrecht van [eiser 1] dan ook niet alleen al op grond van de pandlijsten te erkennen.

3.7. Hoewel uit de overgelegde producties blijkt dat de communicatie tussen [eisers] en de curator

niet optimaal is geweest, heeft de curator [eisers] meermaals duidelijk medegedeeld dat zij ook de onderliggende overeenkomst nodig had om de rechtsgeldigheid van het pandrecht van [eiser 1] te kunnen beoordelen. In een brief van 11 november 2016 schrijft de curator: 'De onderliggende overeenkomsten bij deze pandaktes heeft u echter nog niet verstrekt'. Zij vraagt in die brief om (onder meer) deze stukken uiterlijk op 16 november 2016 aan te leveren. Per e-mail van 23 november 2016 (13.28 uur) schrijft de curator aan [eisers] dat zij het pandrecht op onder meer de voorraden van [A] nog niet inhoudelijk heeft kunnen beoordelen omdat de onderliggende kredietdocumentatie nog niet door [eisers] is aangeleverd. [eisers] voert aan dat zij de pandakte die ten grondslag ligt aan de pandlijsten per e-mail van 24 november 2016 aan de curator heeft gestuurd. Zij heeft een kopie van de betreffende e-mail overgelegd en metagegevens waaruit volgens haar blijkt dat de e-mail ook daadwerkelijk door de curator is ontvangen. De curator betwist dit.

3.8. Naar het oordeel van het hof past de door [eisers] gestuurde e-mail van 24 november 2016 niet logisch in de daaraan voorafgaande en de daarna volgende e-mail-correspondentie met de curator. Uit de overgelegde producties blijkt dat de curator ook na 24 november 2016 blijft mededelen dat zij de pandakte niet heeft en die nog wil ontvangen. Onder meer schrijft de curator in een e-mail van 6 december 2016 (onder 4) nogmaals dat [eiser 1] niet heeft aangetoond dat er sprake is van een geldige titel voor verpanding van de bedrijfsvoorraden. [eisers] refereert in haar e-mails na 24 november 2016 (bijvoorbeeld die van 28 november 2016 of 13 december 2016, 8:41 uur) ook niet aan de e-mail met de pandakte. Nadat de curator per e-mail van (eveneens) 13 december 2016 (10:55 uur, onder punt 4) nogmaals berichtte dat [eisers] niet heeft aangetoond dat zij een rechtsgeldig pandrecht heeft omdat de nodige stukken nog ontbreken, reageerde [eisers] enkel met de opmerking 'volgens mij heb ik dit gedaan door de stukken die ik ontving van accountantskantoor VBA [betrokkene 1] naar u door te sturen. Tot slot heeft [eisers] ook tijdens het faillissementsverhoor van 20 december 2016 geen melding gemaakt van de e-mail van 24 november 2016. In het proces-verbaal van het faillissementsverhoor staat juist opgenomen dat [eisers] heeft afgesproken: 'Ook zal ik [de curator] nog stukken doen toekomen met betrekking tot (...) de ver-

pandingsstukken, (...)'. De curator heeft deze afspraak per brief van 23 december 2016 nogmaals bevestigd en uit de brief van de curator van 23 januari 2017 blijkt dat [eisers] vervolgens op 16 januari 2017 de geregistreerde overeenkomst van verpanding van (onder meer) voorraden van 31 december 2014 aan de curator heeft gegeven.

3.9. Omdat [eiser 1] stelde pandrechten te hebben en deze wilde uitoefenen in het faillissement van [A] en daarmee dus handelde in haar hoedanigheid van pandhouder (separatist) in het faillissement, lag het op haar weg om zo snel mogelijk de (volledige) stukken aan te leveren die de curator nodig had om het bestaan van dat pandrecht te beoordelen. Gelet op de e-mailcorrespondentie en het faillissementsverhoor van na 24 november 2016, heeft [eisers] onvoldoende onderbouwd dat de curator de e-mail van 24 november 2016 en de daarbij meegestuurde pandakte vanaf dat moment kende. Dat deze e-mail volgens de metagegevens in de inbox van de curator moet zijn gekomen, maakt dat niet anders. Dat wil niet zeggen dat de e-mail ook daadwerkelijk door de curator is gezien of gelezen. Uit niets blijkt dat dit het geval is geweest. Uit de mededelingen en verzoeken van de curator na 24 november 2016 was het [eisers] bovendien duidelijk of had het haar duidelijk moeten zijn dat de curator in de veronderstelling verkeerde de pandakte nog niet te hebben ontvangen. Het was aan [eiser 1] als pandhouder om de curator de benodigde informatie nogmaals toe te sturen of haar concreet te wijzen op de betreffende e-mail van 24 november 2016. De opmerking 'volgens mij heb ik dit gedaan door stukken door te sturen' is daarvoor niet voldoende. Dat [eiser 2] tijdens het faillissementsverhoor vanwege overspannenheid wellicht niet nogmaals heeft verwezen naar de volgens hem al verstuurd pandakte, maakt het voorgaande niet anders.

Verkoop van de voorraden van [A]

3.10. De curator heeft [eisers] meermaals (per e-mails van 23 november (twee keer) en 6 december 2016) medegedeeld dat zij zou overgaan tot verkoop van de bedrijfsvoorraden, onder meer omdat zij de door [A] gehuurde bedrijfsruimte leeg diende op te leveren aan de verhuurder. [eiser 1] had er ook daarom belang bij de curator alsnog zo snel mogelijk te voorzien van de benodigde informatie over haar pandrechten. [eisers] heeft pas in zijn e-mail van 13 december 2016 (in het algemeen) tegen de voorgenomen verkoop geprotesteerd, zonder stukken mee te sturen. De

curator heeft de inventaris en bedrijfsvoorraden van [A] vervolgens op 16 december 2016 verkocht. [eisers] voert aan dat de curator geen reden had om tot deze snelle verkoop van de bedrijfsvoorraden over te gaan omdat de gehuurde bedrijfsruimte pas medio februari 2017 hoefde te worden opgeleverd; de curator had met de verkoop moeten wachten. Het hof volgt dat standpunt niet. De curator heeft de huurovereenkomst met de verhuurder op 11 november 2016 opgezegd, zodat de bedrijfsruimte op 11 februari 2017 leeg diende te worden opgeleverd. Uit de overgelegde stukken blijkt dat de biedende partijen vanwege de feestdagen in december ongeveer 8 weken nodig hadden om de voorraden vanuit de bedrijfsruimte van [A] te verkopen en de bedrijfsruimte leeg en bezemschoon op te leveren aan de curator. Vanwege deze (niet ongebruikelijke en niet onredelijke) termijnen had de faillissementsboedel er belang bij dat de bedrijfsvoorraden medio december 2016 door de curator werden verkocht zodat het pand op tijd kon worden opgeleverd aan de verhuurder (en er geen nieuwe boedelvorderingen uit hoofde van huur na datum faillissement zouden ontstaan).

3.11. Niet is komen vast te staan dat de curator op het moment van de verkoop van de bedrijfsvoorraden de pandakte kende en de pandrechten van [eisers] inhoudelijk had kunnen beoordelen, zodat niet is gebleken dat zij ten onrechte en in weerwil van rechtsgeldige pandrechten, de bedrijfsvoorraden van [A] heeft verkocht. De curator heeft naar oordeel van het hof bovendien voldoende rekening gehouden met de (mogelijke) rechten van [eisers] door meermaals te vragen om de onderliggende verpandingsstukken over te leggen, de verkoop van de voorraden eveneens meermaals aan te kondigen en door per e-mail aan te bieden om afspraken met [eisers] te maken over de verdeling van de opbrengst van de voorraden, mocht later alsnog komen vast te staan dat [eisers] een rechtsgeldig pandrecht heeft. [eisers] heeft van die uitnodiging geen gebruik gemaakt. Deze handelwijze levert dan ook geen aansprakelijkheid (pro se of q.q.) op van de curator jegens [eisers]

3.12. Dat de curator de rechter-commissaris onjuist heeft voorgelicht bij het vragen van toestemming voor de voorgenomen verkoop, ziet het hof evenmin in. De brief van de curator van 13 december 2016 aan de rechter-commissaris maakt melding van de uitgenodigde opkopers, de bie-

dingen, de (gepretendeerde) vordering en pandrechten van [eiser 1] op de voorraden en het ontbreken van onderliggende stukken om die vordering en pandrechten te kunnen beoordelen. Dat de e-mail van 24 november 2016 met de pandakte niet in de brief wordt genoemd, zoals [eisers] aanvoert, ligt voor de hand nu niet is komen vast te staan dat de curator deze e-mail en de pandakte op dat moment kende. [eisers] stelt zich verder op het standpunt dat ook haar e-mail van 13 december 2016 had moeten worden overgelegd aan de rechter-commissaris. De informatie in de e-mail van 13 december 2016 (waaronder de discussie over de pandrechten) is echter in grote lijnen meegenomen in de brief van de curator. Het geheel of gedeeltelijk meesturen van de met [eisers] hierover gevoerde correspondentie was daarom naar oordeel van het hof niet nodig en het achterwege laten daarvan levert in elk geval geen onrechtmatig handelen op jegens [eisers]

De taxatie, het biedingsproces en de waarde van de voorraden

3.13. [eisers] stelt verder dat de uitgevoerde taxatie van de bedrijfsvoorraden en het biedingsproces ondeugdelijk zijn geweest en dat de curator de voorraden voor een veel te laag bedrag heeft verkocht en daardoor de boedel heeft benadeeld. In de kern komt het verwijt van [eisers] erop neer dat de curator geen gebruik heeft gemaakt van de voorraadlijsten van [A] die zij volgens [eisers] tot haar beschikking had en waaruit zou blijken dat de bij [A] aanwezige voorraden een veel hogere waarde hadden dan waarvoor ze uiteindelijk zijn verkocht. [eisers] stelt onder meer dat de pandlijsten die zij aan de curator heeft verstrekt op 8 november 2016 voorraadlijsten zijn die aan de taxateur en aan de opkopers hadden moeten worden verstrekt. Uit de pandlijsten van 16 januari 2015 en 28 september 2016 volgt een waarde van de voorraden van € 108.606,43, respectievelijk € 152.033,67. De voorraden zijn verkocht voor een bedrag van € 20.750,= (inclusief showroomkeukens die deels van een derde waren die daarvoor een nettobedrag (dus verminderd met de boedelbijdrage) van € 3.750,= van de opbrengst heeft ontvangen). [eisers] stelt zich op het standpunt dat de voorraden dan ook voor een veel te lage waarde zijn verkocht.

3.14. [eisers] gaat er hierbij ten onrechte aan voorbij dat de pandlijst van 16 januari 2015 (met een weergave van de voorraden per 8 januari 2015) sterk verouderd was op het moment van het intre-

den van het faillissement op 1 november 2016. De pandlijst van 28 september 2016 toont een opgave van de voorraden van [A] per 20 mei 2016, ongeveer een halfjaar vóór het faillissement. Deze lijst is daarmee eveneens (te) oud om als betrouwbare opgave van de aanwezige voorraden per datum faillissement te kunnen dienen. Dat [eisers] bij de memorie van grieven aanvullende pandlijsten en voorraadlijsten uit 2015 en 2016 heeft overgelegd waaruit de (hogere) waarde van de voorraden zou blijken (productie 18 bij de memorie van grieven), doet niet ter zake. Het gaat er bij de beoordeling van het handelen van de curator immers om over welke informatie zij op dat moment beschikte. Dat de curator op het moment van de verkoop van de inventaris en voorraden over recentere inventaris- en voorraadlijsten beschikte dan de twee hiervoor genoemde pandlijsten van 16 januari 2015 en 28 september 2016, is niet gebleken, zodat daarvan niet kan worden uitgegaan bij de verdere beoordeling.

3.15. Met betrekking tot de wijze van het te gelde maken van activa heeft de curator beleidsvrijheid, zodat het hof slechts dient te beoordelen of de curator met inachtneming daarvan heeft gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. Uit de overgelegde stukken blijkt dat de curator zes opkopers heeft uitgenodigd om de aangeboden zaken te bezichtigen en een bod te doen, dat slechts twee partijen daadwerkelijk zijn komen kijken en dat uiteindelijk ook slechts twee partijen een bod hebben uitgebracht. De curator heeft de inventaris en voorraden vervolgens verkocht aan de hoogste bieder, wat in het belang van de boedel was (zeker nu deze bieder de bedrijfsruimte ook leeg en bezemschoon zou opleveren voor het einde van de huur-overeenkomst waarmee extra boedelkosten konden worden voorkomen). De curator beschikte op dat moment niet over recente, betrouwbare voorraadlijsten, maar slechts over de verouderde pandlijsten, zodat zij goede redenen had om die lijsten niet te verstrekken aan kopers in het kader van de biedingsprocedure. [eisers] heeft verder niet concreet gemotiveerd welke andere opties de curator had voor verkoop en waarom die opties tot een (veel) hogere opbrengst zouden hebben geleid die wellicht meer in de buurt lag van de volgens [eisers] werkelijke waarde van de voorraden. De curator heeft nota bene TTGro Gelder-

land B.V. (hierna: TTGro), een concernvennootschap van [eiser 1] en [A] en de exclusieve handelspartner van [A] (die bij uitstek op de hoogte zou moeten zijn van de waarde van de voorraden), in een e-mail aan [eiser 2] uitgenodigd om ook een bod uit te brengen op de inventaris en voorraden, maar dat heeft TTGro niet gedaan.

3.16. De taxatie van de voorraden heeft weliswaar niet ter plaatse plaatsgevonden maar (alleen) op basis van foto's van de curator en verdient naar oordeel van het hof niet de schoonheidsprijs, maar dit wil niet zeggen dat de curator daarmee onrechtmatig heeft gehandeld of de boedel heeft benadeeld. De taxatie(waarde) is tenslotte niet doorslaggevend geweest voor de biedingen die zijn gedaan en het accepteren ervan. De curator heeft de inventaris en voorraden 'open' aangeboden en opkopers gevraagd om een bod uit te brengen. De opkopers die dat wilden, konden ter plaatse de zaken komen bekijken. Op haar aanbod heeft de curator maar twee biedingen ontvangen. De taxateur heeft de curator na ontvangst van de biedingen bovendien geadviseerd het hoogste bod te accepteren; de curator heeft het hoogste bod dus ook laten toetsen voordat zij dit accepteerde.

3.17. Gelet op het voorgaande is van een ondeugdelijke wijze van verkoop of een ondeugdelijk biedingsproces niet gebleken. Dat de taxatie niet op de gebruikelijke (en meer wenselijke) wijze is uitgevoerd door een opneming ter plaatse, is in dit geval minder relevant nu dit geen invloed heeft gehad op de ontvangen biedingen en het accepteren ervan. Dat de curator wist of had moeten weten dat de voorraden een veel hogere waarde hadden, is niet vast komen te staan en dat zij op een andere wijze een (veel) hogere opbrengst had kunnen realiseren, is niet nader gemotiveerd en onderbouwd door [eisers], zodat ook in zoverre niet gebleken is van onjuist boedelbeheer of anderszins onrechtmatig handelen door de curator (q.q. of pro se) met betrekking tot de verkoop van de inventaris en voorraden.

3.18. [eisers] verwijt de curator verder de showroomkeukens van [A] voor een te lage waarde te hebben verkocht. [eisers] heeft dit standpunt echter onvoldoende onderbouwd. Er zijn geen stukken overgelegd waaruit blijkt welke keukens bij [A] aanwezig waren en dat die keukens bij een derde waren gekocht en volledig waren betaald. Ook is niets overgelegd waaruit blijkt in hoeverre

Atag al dan niet een eigendomsvoorbehoud had. De stelling van [eisers] dat de curator geen boedelbeschrijving in de zin van artikel 94 Fw heeft opgemaakt en de sloten van het bedrijfspannend pas 24 dagen na het intreden van het faillissement heeft vervangen en daardoor de boedel onjuist heeft beheerd, volgt het hof evenmin. Met betrekking tot de sloten geldt dat [eisers] niet concreet heeft gemotiveerd dat er in die periode daadwerkelijk activa van [A] zijn verdwenen uit de bedrijfsruimte, zodat van enige schade of benadeling van de boedel niet is gebleken. De curator heeft verder faillissementsverslagen opgesteld waaruit een beschrijving van de boedel volgt en ook de inventaris en voorraden gefotografeerd. Waarom dat in dit geval een onvoldoende boedelbeschrijving is geweest en in hoeverre dat nadelig is geweest voor de boedel of onrechtmatig, heeft [eisers] evenmin gemotiveerd, zodat het hof ook aan dit verwijt voorbij zal gaan.

Afwijzing vordering verklaring voor recht

3.19 Omdat niet is gebleken van onrechtmatig handelen van de curator, heeft [eisers] geen belang bij de door haar gevorderde verklaring voor recht dat zij een vordering heeft in het faillissement van [A]. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat die verklaring alleen van belang is als de curator onrechtmatig zou hebben gehandeld en dus aan schadeberekening zou worden toegekomen. Een ander belang heeft [eisers] in deze procedure niet gesteld. [eisers] dient haar vorderingen in te dienen in het faillissement van [A] (op de voet van artikel 26 Fw) en vastgesteld te krijgen in de reeds aanhangige renvooiprocedure. Deze bodemprocedure is daarvoor niet de juiste weg.

3.20. Gelet op wat hiervoor is overwogen, slaagt grief 3 niet, zodat het oordeel van de rechtbank dat de curator niet onrechtmatig heeft gehandeld, zal worden bekrachtigd.

Grief 4: bestuurdersaansprakelijkheid

3.21. Grief 4 richt zich tegen het oordeel van de rechtbank dat, kort gezegd, sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid van de zijde van [eisers] in de zin van artikel 2:248 BW (jo 2:11 BW) door schending van de boekhoudverplichting en de deponeringsverplichting.

3.22. Artikel 2:248 lid 1 BW bepaalt dat iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor het tekort in het faillissement als het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke

oorzaak is van het faillissement. Van onbehoorlijke taakvervulling moet worden uitgegaan als het bestuur de boekhoudplicht uit artikel 2:10 BW of de publicatieverplichting uit artikel 2:394 BW niet is nagekomen (art. 2:248 lid 2 BW). In dat geval wordt bovendien vermoed dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Dit vermoeden kan door het bestuur worden weerlegd. Daarvoor is voldoende dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Een bestuurder is verder niet aansprakelijk als hij bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden (art. 2:248 lid 3 BW).

3.23. [eisers] stelt dat, anders dan de curator heeft aangevoerd en de rechtbank heeft aangenomen, [A] over een deugdelijke voorraadadministratie beschikte en ook overigens over een accurate administratie. De voorraden werden volgens [eisers] bijgehouden aan de hand van de inkoopfacturen van [A] en verkoopfacturen die vervolgens aan TTGro werden verstuurd. Daarnaast werden de voorraden regelmatig handmatig geteld en die aantallen werden bijgehouden in het online boekhoudprogramma Atrium Syntess. [eisers] heeft dit onderbouwd door e-mails over te leggen waaruit blijkt dat software van Syntess werd gebruikt en daarnaast zijn verschillende uitdraaien van voorraadlijsten overgelegd (die als pandlijsten zijn gebruikt). De curator weerspreekt niet, althans onvoldoende, dat een voorraadadministratie door [A] werd bijgehouden in Syntess. Dat de curator deze (digitale) administratie niet heeft gekregen, zoals zij betoogt, is een andere kwestie. Dat [eisers] wellicht niet (tijdig) heeft voldaan aan haar informatieverplichting (art. 105 Fw), betekent immers niet dat die administratie er in het geheel niet is en daarom niet is voldaan aan de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW.

3.24. Hetzelfde geldt voor de overige administratie waarvan de curator stelt dat zij deze niet of slechts gebrekkig heeft ontvangen. Uit de brief van de curator van 16 januari 2017 blijkt dat [eisers] uiteindelijk ook andere administratie van [A] heeft aangeleverd, zoals (onder)huurovereenkomsten, de overeenkomst met TTGro, arbeidsovereenkomsten en loonstroken, overeenkomsten

met leveranciers, bankafschriften en diverse crediteuren- en debiteurenfacturen. In het licht daarvan heeft de curator onvoldoende gemotiveerd wat zij nog aan administratie mist en waarom met de aanwezige administratie niet wordt voldaan aan de boekhoudplicht. De stelling dat de (steekproefsgewijs) gecontroleerde crediteurenvorderingen op de aangeleverde crediteurenlijst van [A] niet klopten, is daarvoor onvoldoende. De curator heeft niet concreet aangegeven welke vorderingen niet klopten en om wat voor (afwijkende) bedragen het ging, hetgeen wel op haar weg had gelegen. Op grond hiervan is het hof van oordeel dat niet is gebleken dat de administratieplicht is geschonden.

3.25. Tussen partijen is echter niet in geschil dat de jaarrekeningen van [A] over de jaren 2014 en 2015 te laat zijn gedeponneerd. [eisers] heeft ook niet gegriefd tegen de overweging van de rechtbank dat die termijnoverschrijding geen onbelangrijk verzuim is, zodat vaststaat dat de publicatieplicht is geschonden en dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur door [eisers] op grond van artikel 2:248 lid 2 jo 2:11 BW.

3.26. Daardoor wordt bovendien vermoed dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement van [A]. Om dit vermoeden te weerleggen wijst [eisers] op andere omstandigheden die volgens haar een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn. Ze wijst allereerst op algemene (nadelige) ontwikkelingen in de groothandelsbranche in de jaren 2012 tot en met 2016 en stelt dat ook [A] last heeft gehad van deze algemene trends. Vanaf 2012 waren de vaste bedrijfslasten van [A] hoger dan haar omzet waardoor liquiditeitstekorten zijn ontstaan, aldus [eisers] onderbouwt dit onder meer door de hoogte van het verlies over de jaren heen, de omzetten, de oplopende crediteurenstand en haar vaste lasten over 2015 en 2016 te vermelden, onder overlegging van jaarrekeningen, maar zij licht niet toe hoe deze cijfers zich verhouden tot (haar verkopen aan) haar exclusieve afnemer en groepsvennootschap TTGro. De inkoop van [A] was immers afgestemd op de afname door TTGro, waardoor haar inkoopkosten beperkt zouden moeten zijn gebleven tot datgene wat TTGro afnam en deze inkoopkosten (met marge, waarvan [eisers] stelt dat deze ondanks de slechte jaren altijd goed is gebleven) geen grote schulden hadden moeten opleveren als TTGro regulier betaalde. Van de hoge vaste bedrijfslasten die [eisers] ver-

meldt, is zonder nadere toelichting ook niet zonder meer duidelijk waarom die voor rekening van [A] kwamen. [A] was immers een kleine inkooporganisatie die volgens de toelichting van [eisers] in haar memorie van grieven uitsluitend verkocht aan TTGro, die volgens de producties bij de processtukken bovendien was gevestigd in hetzelfde bedrijfs pand aan de Bellstraat 3 te Tiel. Waarom dus alle in- en verkoopkosten, personeelskosten, managementkosten, autokosten en dergelijke bij [A] berustten, zoals [eisers] schrijft in haar memorie van grieven (randnummer 8.68), is onduidelijk. Uit de overgelegde jaarrekening van [A] over 2016 blijkt bovendien dat in 2015 en 2016 de grootste actiefpost van [A] bestond uit een zeer aanzienlijke, snel oplopende rekening-courantvordering op TTGro ter hoogte van € 286.552,= in 2015 en € 438.950 = in 2016. [eisers] heeft in eerste aanleg aangevoerd dat TTGro met chronische liquiditeitstekorten kampte en dat dit de reden is dat de rekening-courantvordering op TTGro is opgelopen en [A] daardoor ook met liquiditeitstekorten kampte. [eisers] is evenwel via [Groep] B.V. ook middellijk aandeelhouder en bestuurder van TTGro en had daarmee invloed op zowel het betaalgedrag van TTGro als het debiteurenbeleid van [A]. [eisers] heeft in hoger beroep niet toegelicht hoe een en ander zich verhoudt tot elkaar en wat zij heeft gedaan om TTGro alsnog te laten betalen aan [A], dan wel waarom [A] niet is gestopt met inkopen en leveren aan TTGro. Daarmee is ook niet duidelijk dat dit een van buiten komende oorzaak van het faillissement van [A] zou zijn. Gelet op het voorgaande heeft [eisers] onvoldoende aannemelijk gemaakt dat hier sprake is van andere feiten en omstandigheden die een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement van [A] en die niet aan [eisers] zijn toe te rekenen.

3.27. [eisers] voert verder als belangrijke oorzaken van het faillissement aan dat klanten overstapten naar meer innovatieve groothandels en dat klanten wegbleven doordat [betrokkene 3] en [betrokkene 4] weggingen en [betrokkene 3] een concurrerende technische groothandel begon. Naast dat [eisers] dit niet concreet (cijfermatig) heeft toegelicht en onderbouwd, is zonder nadere toelichting eveneens onduidelijk waarom deze oorzaken betrekking hebben op [A], die maar één afnemer had, namelijk TTGro en in zoverre zelf geen last kan hebben gehad van wegblijvende klanten. Gelet op het voorgaande heeft [eisers]

ook hiermee onvoldoende aannemelijk gemaakt dat sprake is van een andere belangrijke oorzaak van het faillissement van [A].

3.28. Dat [eisers] adequate maatregelen heeft getroffen om het faillissement af te wenden, zoals hij aanvoert, volgt het hof evenmin. Het treffen van betalingsregelingen met crediteuren is geen structurele oplossing voor een structureel liquiditeitstekort. Dat getracht is om extra omzet te realiseren en kosten te reduceren is in het licht van het bovenstaande, met name het onduidelijke debiteurenbeleid met betrekking tot TTGro, onvoldoende. Zeker nu maatregelen zoals kosten delen door medewerkers zowel werkzaam te laten zijn voor [A] als voor INIQ (een andere groepsvennootschap) en INIQ een deel van de bedrijfsruimte te laten gebruiken tegen een vergoeding, geen liquiditeit opleverden voor [A] omdat alle facturen volgens [eisers] in rekening-courant werden geboekt. Ook van de tijdelijke leningen die door INIQ en andere groepsvennootschappen zouden zijn verstrekt, is zonder nadere toelichting hoe een en ander zich verhoudt tot de hoge kosten van [A], de snel oplopende rekening-courantvordering van TTGro en de verrekeningen in rekening-courant, onduidelijk in hoeverre dat een adequate maatregel is geweest. Gelet op het voorgaande is het argument dat er sprake was van een 'redelijk perspectief' bij [A] bovendien eveneens onvoldoende gemotiveerd. Het hof is dan ook van oordeel dat [eisers] hoofdelijk aansprakelijk is voor het tekort in het faillissement van [A].

Matiging van het boedeltekort waarvoor [eisers] aansprakelijk is

3.27. [eisers] doet in het vierde onderdeel van grief 4 een beroep op matiging van het bedrag waarvoor zij aansprakelijk is op grond van artikel 2:248 lid 4 BW. Evenals de rechtbank ziet het hof echter geen aanleiding om over te gaan tot matiging. Er is sprake van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en er is geen sprake van een onbelangrijk verzuim. Het is niet aannemelijk geworden dat er andere belangrijke oorzaken van het faillissement zijn geweest en er zijn evenmin aanwijzingen dat de boedel onjuist is afgewikkeld door de curator. Grief 4 slaagt daarom niet.¹³

[Vetgemaakt (gecursiveerd *red.*), gecursiveerd en verschrijving in origineel, A-G]

In cassatie

2.20. Bij procesinleiding van 12 april 2021 hebben [eisers] (tijdig) cassatieberoep ingesteld van het

arrest in de zaken met zaaknummer 200.259.964 en zaaknummer 200.259.977, maar slechts tegen de curator in haar hoedanigheid van curator in het faillissement van [A]. [eisers] hebben hun standpunt schriftelijk toegelicht. De curator, in voornoemde hoedanigheid, is niet verschenen; tegen haar is verstek verleend.¹³

3. Bespreking van het cassatiemiddel

3.1. Het cassatiemiddel bestaat uit een onderdeel dat uiteenvalt in zes subonderdelen, genummerd 1.1 t/m 1.6. De klachten richten zich tegen rov. 3.27 van het arrest (op p. 10-11 van het arrest)¹⁴ met het opschrift "Matiging van het boe-

13 Ik merk daarbij op dat aldus van twee zaken in cassatie is gekomen bij een procesinleiding, maar dat dit m.i. niet tot niet-ontvankelijkheid behoefte te leiden, omdat (i) het hof de zaken hier heeft gevoegd en in een arrest in de beide zaken uitspraak heeft gedaan, (ii) zodat dit toelaatbaar is. Zie ten aanzien van (i), naast het arrest, ook Hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9916, rov. 3.4: "Omdat in de beide zaken tussen (nagenoeg) dezelfde partijen op basis van hetzelfde feitencomplex wordt geprocedeerd over dezelfde onderwerpen, zal het hof het verzoek tot voeging van de zaken 200.259.964 en 200.259.977 toewijzen." Zie ten aanzien van (ii) o.a. HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5801, NJ 2012/587 rov. 3.2 ("Ook in hoger beroep zijn de zaken gezamenlijk behandeld en het hof heeft bij één arrest in de drie zaken uitspraak gedaan. In een dergelijk geval – waarin op grond van subjectieve cumulatie, voeging of rolvoeging bij één vonnis, arrest of beschikking in alle zaken tegelijk uitspraak wordt gedaan – mag bij één dagvaarding of verzoekschrift een rechtsmiddel worden aangewend (vgl. HR 9 mei 1958, NJ 1959/321)"), nadien bijv. aangehaald in HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:546, NJ 2018/26, rov. 4.2. Zie verder o.a. B. van der Wiel e.a., *Cassatie*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 216.

14 In het arrest komt tweemaal een als rov. 3.27 genummerde passage voor, zowel op p. 10 van het arrest ("3.27 [eisers] voert verder als belangrijke oorzaken van het faillissement aan", etc.) als op p. 10-11 van het arrest ("3.27 [eisers] doet in het vierde onderdeel van grief 4 een beroep op matiging", etc.). Het onderdeel is gericht tegen laatstgenoemde rov. 3.27 van het arrest. Zie ook de procesinleiding, nr. 1: "De oordelen in r.o. 3.29 (per abuis door het hof genummerd als r.o. 3.27) getuigen van een onjuiste rechtsopvatting en/of zijn niet naar behoren gemotiveerd." Ik zal hierna, in navolging van het hof en in het kader van de lees-

deltekort waarvoor [eisers] aansprakelijk is”. Omdat de subonderdelen alle betrekking hebben op art. 2:248 lid 4 BW en de toepassing daarvan door het hof in rov. 3.27 van het arrest, maak ik eerst enkele inleidende opmerkingen over die bepaling alvorens de subonderdelen te behandelen.

Inleidende opmerkingen aangaande art. 2:248 lid 4 BW

3.2. De tekst van art. 2:248 BW luidt, voor zover hier relevant, als volgt:

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

2. Indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 10 of 394, heeft het zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Hetzelfde geldt indien de vennootschap volledig aansprakelijk vennoot is van een vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap en niet voldaan is aan de verplichtingen uit artikel 15i van Boek 3. Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen.

3. Niet aansprakelijk is de bestuurder die bewijst 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.

4. De rechter kan het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn 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 plaats vond.

(...)”

3.3. Art. 2:248 BW, evenals de evenknie daarvan in art. 2:138 BW inzake de N.V.,¹⁵ is (in essentie) in zijn huidige opzet ingevoerd bij de zogenoemde “Derde misbruikwet”.¹⁶ Met de daarbij vernieuwde opzet van deze (toen dus reeds bestaande, maar nog anders opgezette) regeling werd in de kern beoogd de faillissementscurator een sterkere positie te geven tegenover de bestuurders van de gefailleerde vennootschap.¹⁷ Geconstateerd werd dat het voordien geldende art. 2:248 (oud) BW in de praktijk betrekkelijk weinig (met succes) werd toegepast, omdat op de faillissementscurator een bijna onvervulbare bewijslast rustte, waarbij deze moest aantonen dat “de toestand der vennootschap” te wijten was aan de “grove schuld of grove nalatigheid” van de aangesproken bestuurder(s), alsmede wat de omvang van de daardoor veroorzaakte schade was. Voorts werd wel opgemerkt, kort gezegd, dat het regelmatig voorkwam dat vennootschappen door onbehoorlijk bestuur in staat van faillissement geraakten en schuldeisers met hoog opgelopen vorderingen bleven zitten, waarbij dan niet zelden de boekhouding ontbrak, in welk kader een aanspraak van de faillissementscurator wenselijk werd geacht. Zoals tevens blijkt uit de parlementaire geschiedenis meende de wetgever dat het accent van de regeling meer gelegd moest worden op de be-

baarheid, blijven spreken van rov. 3.27 van het arrest. Daar waar de in cassatie onbestreden rov. 3.27 van het arrest (zie p. 10 van het arrest) benoemd wordt, zal ik dit aanduiden met rov. 3.27 (onbestreden) van het arrest. Het arrest bevat ook op p. 3 (tweemaal een rov. 3.5) en p. 11 (het dictum staat in rov. 7, volgend op de slotsom in rov. 4) verschrijvingen in de nummering van rechtsoverwegingen. Het arrest is dus niet vrij van slordigheden. Wat daarvan verder zij: dit laat onverlet dat, zoals de behandeling van de cassatieklachten laat zien, m.i. door [eisers] in cassatie zonder vrucht wordt opgekomen tegen het arrest.

15 Deze bepaling laat ik hierna rusten, ik verwijs kortheidshalve steeds naar art. 2:248 BW.

16 De Wet van 16 mei 1986, houdende wijziging van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen (*Stb.* 1986, 275), in werking getreden per 1 januari 1987 (zie het Besluit van 24 november 1986, houdende inwerkingtreding van de Wet van 16 mei 1986, *Stb.* 275, tot wijziging van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen (*Stb.* 1986, 585)).

17 Aldus reeds *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, 3, p. 1.

nadeling van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde vennootschap als gevolg van onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur en dat de positie van die schuldeisers bij een faillissement een aanpassing van het destijds geldende art. 2:248 (oud) BW rechtvaardigde, ter bescherming van hun belangen. Tevens, en in lijn daarmee, werd daarbij erop gestuurd dat van een verscherpte aansprakelijkheidsregeling in sterkere mate een wenselijk geachte preventieve werking zou uitgaan op (onder meer) bestuurders van vennootschappen.¹⁸

3.4. Onderdeel van die aanpassing van art. 2:248 (oud) BW was de ook thans nog in art. 2:248 lid 1 BW neergelegde basis, erop neerkomend dat in geval van faillissement van de vennootschap in beginsel iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor het boedeltekort (het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan), indien:

1. het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld; en
2. aannemelijk is dat onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de vennootschap.

18 Zie o.a. *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, 3, p. 3; *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 20-21, 30-34; en *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 9, p. 19. Dat art. 2:248 BW strekt tot bescherming van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde vennootschap moge duidelijk zijn, zie bijv. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 30, waaronder: “De rechtsgrond voor de aansprakelijkheid ligt in de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur waardoor de schuldeisers van de vennootschap zijn benadeeld. Die schuldeisers zullen in laatste instantie voor het door hen geleden verlies verhaal moeten hebben op de bestuurders.” Zie ook HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370, NJ 2019/31, rov. 3.3.2: “Art. 2:248 lid 1 BW houdt in dat in geval van faillissement van de vennootschap iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor het bedrag van de schulden van de vennootschap voor zover deze niet door de vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Deze regel strekt tot bescherming van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde vennootschap.”

Inherent hieraan is dat de faillissementscurator niet (ook) het verband tussen onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur en (omvang van) schade behoeft aan te tonen, nu de schade in dit stelsel van art. 2:248 BW bij wege van uitgangspunt gelijkgesteld wordt met het boedeltekort, waarvoor in beginsel iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is indien aan de genoemde voorwaarden onder 1 en 2 is voldaan.¹⁹ Uit art. 2:248 lid 2 BW blijkt bovendien onder meer dat, indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit art. 2:10 BW en/of art. 2:394 BW, behoudens een onbelangrijk verzuim ter zake (want dit wordt niet in aanmerking genomen):

- het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld; en
- vermoed wordt dat onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de vennootschap.²⁰

19 Zie o.a. *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, 3, p. 5 en *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 9, p. 17, alsook *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 30: “(...) de voorgestelde regeling [eist] geen causaal verband tussen het onbehoorlijk bestuur en de omvang van het tekort, doch slechts een causaal verband met het faillissement. (...) Inderdaad is de opvatting die de aan het woord zijnde leden aan het slot van hun betoog doen volgen de juiste: de wet legt slechts een oorzakelijk verband tussen het handelen van het bestuur en het faillissement.” Zie ook onder 3.6-3.8 hierna.

20 Dit vermoeden is vatbaar voor ontzenuwing door de aangesproken bestuurder(s). Een redelijke uitleg van art. 2:248 lid 2 BW brengt mee dat daarvoor volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Als hij daarin slaagt, ligt het op de weg van de faillissementscurator op de voet van art. 2:248 lid 1 BW aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Naast van buiten komende oorzaken, kan ook handelen of nalaten van een of meer bestuurders dat op zichzelf beschouwd geen onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur oplevert – en waarvan dus niet gezegd kan worden dat geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld – voldoende zijn voor ontzenuwing van het in art. 2:248 lid 2 BW bedoelde vermoeden. Zie HR 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1099, NJ 2021/375, rov. 3.2. Uit HR

3.5. In verband met die aanpassing van art. 2:248 (oud) BW, specifiek het nieuwe regime van art. 2:248 leden 1-2 BW, werd als mogelijkheid voor een bijstelling waar passend²¹ in (aanvaardbaar) lid 5, thans) lid 4 van art. 2:248 BW een (discretionaire) matigingsbevoegdheid aan de rechter toegekend, welke bepaling zo is geformuleerd dat de rechter haar ambtshalve kan toepassen (dus ook als daarop door de aangesproken bestuurder(s) geen beroep is gedaan, mits voldoende gronden zijn gesteld of gebleken die tot zo'n toepassing aanleiding kunnen geven)²² en waarbij de

rechter een relatief grote mate van beleids-/beoordelingsvrijheid heeft²³ (de aanwending waarvan in cassatie slechts beperkt toetsbaar is).²⁴ Deze in art. 2:248 lid 4 BW vervatte matigingsbevoegdheid voor de rechter, die is toegesneden op het stelsel van art. 2:248 BW, gaat uit van een collectieve ("algemene") matigingsvariant in art. 2:248 lid 4, eerste zin BW (voor het bestuur als geheel) en een individuele matigingsvariant in art. 2:248 lid 4, tweede zin BW (voor een afzonderlijke bestuurder). De collectieve matigingsvariant luidt aldus 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."

30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773, NJ 2008/91, rov. 3.4 volgt nog dat als de aangesproken bestuurder daartoe (dus: het aannemelijk maken dat andere feiten of omstandigheden dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest) een van buiten komende oorzaak stelt, en de bestuurder door de faillissementscurator wordt verweten dat hij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, de bestuurder dan (tevens) feiten en omstandigheden zal moeten stellen en zonodig aannemelijk maken waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur oplevert.

- 21 Men kan ook zeggen, in de woorden van HR 7 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB9949, NJ 1991/52, rov. 3.2, als een "waarborg tegen onredelijke consequenties" van een en ander. Zie bijv. ook A-G Timmerman in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2018:1139) voor HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370, NJ 2019/31, onder 3.12 over "de reden waarom het matigingsrecht is ingevoerd. In de opzet van art. 2:248 BW, die uitgaat van een in beginsel zware hoofdelijke aansprakelijkheid voor het boedelttekort, vormt het matigingsrecht van lid 4 van het artikel een essentieel element" (daarbij verwijzend naar P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen. Commentaar op de tweede en de derde misbruikwet*, Deventer: Kluwer 1986, p. 63). Zie ook noot 23 hierna.
- 22 Zie o.a. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 29, waaronder: "De bepaling is zo geformuleerd dat de rechter haar ambtshalve kan toepassen, doch zulks sluit niet uit dat de gedaagde bestuurder in een conclusie gronden kan aanvoeren die matiging rechtvaardigen en aldus de toepassing van de matigingsbevoegdheid mede tot inzet van het geding kan maken"; en *Kamerstukken I* 1985/86, 16631, 27b, p. 39. Zie over het discretionaire karakter van art. 2:248 lid 4 BW bijv. ook Van Schilfgaarde 1986, p. 61, J.B. Wezeman in nr. 4 van zijn annotatie in *Ondernemingsrecht* 2008/12 onder HR 30 november 2007,

ECLI:NL:HR:2007:BA6773, NJ 2008/91 en T.V.J. Bil & J.F. Fliet, 'De matigingsbevoegdheid van artikel 2:248 lid 4 BW', *TvI* 2019/19, nr. 5.2.

- 23 Zie o.a. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 42, waaronder: "Ik kan het er mee eens zijn, dat het matigingsrecht de rechter een grote mate van beleidsvrijheid geeft en dat de onzekerheid over het praktisch functioneren van de voorgestelde wetsbepalingen daardoor wordt vergroot. Dit bezwaar kan evenwel niet opwegen tegen het voordeel, dat de aangesproken bestuurders zonodig kunnen worden beschermd tegen bovenmatig grote claims en dat de toepassing van de wet niet tot onrechtvaardige resultaten leidt. De conclusie dat het matigingsrecht niet kan worden gemist, onderschrijf ik dan ook."
- 24 Zie o.a. A-G Timmerman in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2018:1139) voor HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370, NJ 2019/31, onder 3.11-3.12; A-G De Bock in haar conclusie (ECLI:NL:PHR:2016:927) voor HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2575, *RvdW* 2016/1155, onder 3.45; en A-G Timmerman in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2007:BA6773) voor HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773, NJ 2008/91, onder 3.15, daarbij aantekend: "Het bijzondere van het matigingsrecht van art. 2:248, lid 4 BW is dat de wetgever het enigszins strakkere contouren heeft gegeven dan bij voorbeeld in art. 6:109 BW het geval is. Dat verkleint m.i. de beoordelingsvrijheid van de rechter en verzaart zijn motiveringsplicht enigszins." Zie verder o.a. - in bredere zin - Asser *Procesrecht/E. Korthals Altes & H.A. Groen, Cassatie in burgerlijke zaken* (7), Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 158, 159, 194 en Van der Wiel e.a. 2019, nr. 46, 82 en 83.

De individuele matigingsvariant luidt aldus dat de rechter voorts het bedrag van de aansprakelijkheid van “een afzonderlijke bestuurder” “kan” 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.”

De parlementaire geschiedenis van art. 2:248 BW bevat passages die licht werpen op art. 2:248 lid 4 BW. Voor een goed begrip van de materie laat ik zulke passages hieronder de revue passeren, waarbij ik royaal citeer.

3.6. Ik noem vooreerst de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel, waarin onder meer het volgende te lezen valt:²⁵

“In de opzet van het ontwerp is de verplichting tot schadevergoeding vervangen door een verplichting tot vergoeding van het tekort. Dit tekort kan de schade die door het onbehoorlijk bestuur is veroorzaakt overtreffen. Het is niet redelijk de bestuurder aansprakelijk te stellen voor een hoger bedrag dan de schade die door het onbehoorlijke bestuur kan zijn ontstaan. Men zou kunnen denken aan een wettelijke regeling, die de bestuurder opdraagt te bewijzen dat die schade geringer is dan het bedrag van het tekort. Dit leidt tot een gecompliceerde procedure. Deze bewijslast zal niet steeds gemakkelijk kunnen worden vervuld. Het verdient daarom de voorkeur dat de rechter het bedrag dat de bestuurders moeten betalen, indien dit bovenmatig is, kan verminderen, waardoor het in een redelijke verhouding komt tot de aard en ernst van de tekortkomingen van het bestuur. Daarbij moet ook worden gelet op het aandeel van het onbehoorlijk bestuur in het totaal van de oorzaken die tot het faillissement hebben geleid. Hierdoor wordt uiteraard niet afgedaan aan de eis dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement, doch er kan aanleiding zijn tot matiging indien er nog belangrijke oorzaken van het faillissement zijn die niet voor rekening van het bestuur komen.

Voorts kan de rechter rekening houden met de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld, bij voorbeeld wanneer het bedrijf door de curator wordt voortgezet ter wille van de werkgelegenheid, hoewel een spoedige liquidatie tot beperking van het tekort zou hebben geleid. Men verge-

lijke overigens het matigingsrecht ten aanzien van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding van artikel 6.1.9.12a NBW, waar sprake is van «de gegeven omstandigheden waaronder de aard van de aansprakelijkheid». De daar gegeven criteria zijn overigens in het onderhavige geval niet goed toepasbaar. 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 bedrag waar mede 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.”

3.7 Ik noem ook de memorie van antwoord bij het wetsvoorstel, waarin onder meer het volgende te lezen valt:²⁶

“De aan het woord zijnde leden meenden, dat de rechter ook moet kunnen matigen op grond van de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling van de afzonderlijke bestuurder. Het wetsontwerp steunt op de gedachten dat een bestuurder moet instaan voor zijn kwaliteiten als zodanig en dat elke bestuurder, ongeacht de interne taakverdeling binnen het bestuur en zijn plaats daarin, ten aanzien van het financieel beleid en de preventie van onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een gelijke verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid heeft. De aansprakelijkheid is dan ook een hoofdelijke. Er is reeds een individuele mogelijkheid tot disculpatie voor elke bestuurder. Bovendien is er een algemeen matigingsrecht, alsmede een individueel matigingsrecht in verband met de tijd gedurende welke de bestuurder in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaatsvond. Matiging van de aansprakelijkheid op grond van de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling van een afzonderlijke bestuurder daarnaast maakt de regeling mijns inziens onnodig gecompliceerd,

25 Zie *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, 3, p. 5.

26 Zie *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 19, 22-23, 29-30, 30-31, 41-42.

laat van het beginsel van de hoofdelijke aansprakelijkheid weinig over en lijkt mij dan ook moeilijk in overeenstemming te brengen met de zoeven geschetste uitgangspunten van de ontworpen regeling. Ik voel er dan ook niet voor, een dergelijke op de individuele bestuurder betrokken matigingsbevoegdheid aan het ontwerp toe te voegen. (...)

Mijn mening wordt gevraagd over het bezwaar dat door Van Schilfgaarde is ontwikkeld tegen de bepaling van het vijfde lid, dat het matigingsrecht toekent onder meer op grond van de wijze van afwikkeling van het faillissement, in het bijzonder in het geval dat de curator het bedrijf voorlopig voortzet. Zullen de aangesproken bestuurders zich er niet steeds op beroepen dat de curator zijn werk niet goed heeft gedaan, wat voor deze een onprettig vooruitzicht moet zijn? Naar mijn mening wordt de situatie door Van Schilfgaarde wel wat somber afgeschilderd. De curator zal slechts tot voortzetting van het bedrijf mogen besluiten indien hij van oordeel is dat zulks in het belang van de boedel is. Zodra hij constateert, dat die voortzetting alleen maar vergroting van de schuldenlast tot gevolg heeft zonder dat daartegenover een vooruitzicht bestaat op een hogere opbrengst van onderhanden werk of halffabrikaten, dan zal hij aan de voortzetting snel een einde moeten maken. Heeft de curator zijn beslissing tot voortzetting kennelijk lichtvaardig genomen en verzuimt hij in te grijpen als duidelijk is dat de schuldenlast alleen maar toeneemt of de opbrengst van onderhanden werk zal tegenvallen, dan kan hem dat terecht worden verweten. In andere gevallen kan hij het oordeel van de bestuurders over zijn beleid naast zich neerleggen. In bepaalde gevallen zal de keuze tussen voortzetting van het bedrijf of sluiting ervan niet gemakkelijk zijn. Dat het tekort waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn gematigd kan worden indien de voortzetting de schulden heeft doen toenemen, kan naar mijn gevoel er alleen maar toe bijdragen, dat de curator bij zijn beslissing niet geremd wordt door de gedachte dat de bestuurders door die beslissing extra kunnen worden gedupeerd. De mogelijkheid tot matiging van het bedrag van de aansprakelijkheid in dit geval moet mijns inziens dan ook positief worden gewaardeerd. Zij zal de curator er zeker niet van afhouden het bedrijf zo enigszins mogelijk voort te zetten ter wille van het belang van de boedel en tevens ter wille van het behoud van werkgelegenheid. Hierbij zij nog wel aangete-

kend, dat de curator zijn beleid in de eerste plaats dient te richten op een voor de schuldeisers zo voordelig mogelijke afwikkeling van het faillissement en dat het behoud van werkgelegenheid daarbij slechts een ondergeschikte rol kan spelen. Overigens is duidelijk, dat voortzetting van het bedrijf, indien er kansen op herstel zijn, in bepaalde gevallen de schuldeisers een beter vooruitzicht op voldoening van hun schulden geeft dan liquidatie en verkoop van het actief van de boedel. (...)

De vraag wordt gesteld of het vijfde lid ambtshalve wordt toegepast of dat de bestuurder daarop een beroep moet doen. De bepaling is zo geformuleerd dat de rechter haar ambtshalve kan toepassen, doch zulks sluit niet uit dat de gedaagde bestuurder in een conclusie gronden kan aanvoeren die matiging rechtvaardigen en aldus de toepassing van de matigingsbevoegdheid mede tot inzet van het geding kan maken. De aan het woord zijnde leden wijden voorts nog enkele beschouwingen aan het vijfde lid en de daarbij gegeven toelichting. Zij gaan er van uit, dat de rechter eerst de schade welke door de bestuurder is veroorzaakt, dient vast te stellen. Dit zou in een contradictoire procesgang dienen te geschieden die op elk door de bestuurder gewenst moment moet kunnen plaats vinden. Mijns inziens berust deze veronderstelling op een onjuiste lezing van het ontwerp en de toelichting. In de toelichting is juist gesteld, dat in de opzet van het wetsontwerp de verplichting tot vergoeding van de schade is vervangen door een verplichting tot vergoeding van het tekort. Zo dit tekort de schade zou overtreffen, is er aanleiding tot toepassing van het matigingsrecht. De rechter zal hier op grond van eigen bevindingen en waarderungen tot een beslissing moeten komen. Een regeling welke de bestuurder opdraagt te bewijzen dat de schade geringer is dan het tekort leidt – aldus de toelichting – tot een gecompliceerde procedure. Het wetsontwerp wil deze complicatie vermijden en heeft daarom gekozen voor een toekenning van een matigingsbevoegdheid aan de rechter. (...)

Nu er in deze bepalingen niet meer gesproken wordt van schadevergoeding (zoals thans), maar van aansprakelijkheid voor het tekort, vervalt voor de curator de noodzaak om de omvang van die schade uit de onbehoorlijke taakvervulling aan te tonen. Is eenmaal het causaal verband tussen die onbehoorlijke taakvervulling en het

faillissement aannemelijk gemaakt, dan komt de vraag of het tekort veroorzaakt is door de gedragingen van het bestuur niet meer aan de orde. Dit stelsel is bewust gekozen om de positie van de curator te versterken en de praktische bruikbaarheid van de betreffende artikelen te vergroten. Wijziging van het stelsel in de door de aan het woord zijnde leden bedoelde zin zou deze bedoeling doorkruisen. In het gekozen stelsel kan de rechter de vraag of het bedrag van de aansprakelijkheid in verhouding tot de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur bovenmatig is in de overweging betrekken, wanneer hij zijn matigingsbevoegdheid van het vijfde lid [thans het vierde lid van art. 2:248 BW, A-G] hanteert. Op deze wijze kan het verband tussen de gedragingen van het bestuur en de omvang van het bedrag waarvoor het aansprakelijk is toch aan de orde komen.
(...)

Een volgende vraag betreft het bedrag van de aansprakelijkheid. Volgens het wetsvoorstel is dat afgestemd op het tekort en niet op de schade. Zoals in de toelichting is gesteld, wordt hiermee beoogd de bewijslast van de curator te verlichten. Ik zie dat niet als een onredelijke oplossing. Het onbehoorlijk bestuur zal vaak bestaan in een reeks van handelingen of nalatigheden en het is praktisch onmogelijk om de grootte van de daardoor ontstane schade exact aan te geven. Het wetsvoorstel gaat er van uit, dat die schade neerkomt op het tekort in het faillissement. Zonodig kan de rechter dit bedrag matigen, gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur en op de andere oorzaken van het faillissement en de wijze waarop het is afgewikkeld. Dit lijkt mij een praktisch werkbaar stelsel, waarbij zowel het doel van het wetsvoorstel – versterking van de positie van de ten behoeve van de schuldeisers optredende curator – als de bescherming van het bestuur tegen bovenmatige aansprakelijkheid wordt gediend. Zoals ik hiervoor reeds heb betoogd in mijn antwoord op de opmerkingen van de fractie van D'66,²⁷ zie ik geen reden om het genoten voordeel van de bestuurders met zoveel woorden in de wetsbepaling als element van onbehoorlijk bestuur op te nemen. De vraag of de

bestuurders of anderen voordeel hebben genoten is van minder belang; het gaat om de belangen van de schuldeisers die zijn geschaad. Om die reden zie ik ook geen aanleiding om dit element te introduceren in de bepaling over het matigingsrecht. Overigens lijkt het voor de hand te liggen, dat de rechter minder reden tot matiging ziet indien blijkt dat het bestuur van zijn onverantwoordelijk gedrag in hoge mate heeft geprofiteerd. (...) Bij de voortzetting van de onderneming zal steeds het belang van de schuldeisers de maatstaf moeten zijn waaraan de curator zijn handelen toetst. Wordt voortdurend verlies gemaakt, dan zal de curator de voortzetting zo spoedig mogelijk moeten stoppen. Het gevaar dat het bedrag van de aansprakelijkheid van de bestuurder door de voortzetting van het bedrijf toeneemt is dus niet zo groot. Ten slotte moge ik nog wijzen op het matigingsrecht, dat in dit bijzondere geval kan worden toegepast.
(...)

Ik kan het er mee eens zijn, dat het matigingsrecht de rechter een grote mate van beleidsvrijheid geeft en dat de onzekerheid over het praktisch functioneren van de voorgestelde wetsbepalingen daardoor wordt vergroot. Dit bezwaar kan evenwel niet opwegen tegen het voordeel, dat de aangesproken bestuurders zonodig kunnen worden beschermd tegen bovenmatig grote claims en dat de toepassing van de wet niet tot onrechtvaardige resultaten leidt. De conclusie dat het matigingsrecht niet kan worden gemist, onderschrijf ik dan ook.²⁸

3.8. Ik noem verder de nota naar aanleiding van het eindverslag, waarin onder meer het volgende te lezen valt:²⁸

“De aan het woord zijnde leden wijden voorts enige beschouwingen aan het verband tussen de onbehoorlijke taakvervulling en het faillissement. In de memorie van antwoord is uiteengezet, dat de curator het verband tussen de omvang van de schade en de gedragingen van het bestuur niet meer behoeft aan te tonen, omdat de schade in het voorgestelde stelsel gelijk wordt gesteld met het tekort. Dat de rechter bij de toepassing van het matigingsrecht de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling in zijn overwegingen kan betrekken en dat daardoor het verband tussen de gedragingen van het bestuur en de omvang van

27 Zie ook *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. (21-22 en) 31-33, waarop de minister in het bijzonder lijkt te doelen.

28 Zie *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 9, p. 17.

het bedrag waarvoor het aansprakelijk is toch nog aan de orde kan komen, moet evenwel niet, zoals de aan het woord zijnde leden doen, worden gekwalificeerd als het door een achterdeur weer binnenhalen van het verband tussen gedrag van het bestuur en de omvang van de schade. Waar het om gaat is of de curator dat verband ook moet bewijzen. Bij de toepassing van het matigingsrecht komt die vraag uiteraard niet aan de orde. Dat moet goed van elkaar worden onderscheiden. De in de beschouwingen van de aan het woord zijnde leden verborgen beduchtheid dat het stelsel op dit punt niet consistent of logisch zou zijn, lijkt mij dan ook ongegrond. Dat stelsel komt er kort en goed op neer dat de curator slechts het verband tussen de gedragingen van het bestuur en het faillissement behoeft aannemelijk te maken, dat dit verband in de gevallen van het tweede lid wordt vermoed, en dat ten slotte de rechter bij de toepassing van zijn matigingsbevoegdheid aan het verband tussen aard en ernst van de gedragingen van het bestuur en grootte van het tekort aandacht kan schenken. Ik hoop dat deze uiteenzetting tot verheldering leidt.”

3.9. Ten aanzien van de in art. 2:248 lid 4 BW genoemde gronden voor matiging, in zowel de collectieve matigingsvariant als de individuele matigingsvariant daarvan, is de heersende leer in de literatuur – dikwijls onder verwijzing naar feitenrechtspreek, en conform ook de tekst, strekking en parlementaire geschiedenis van art. 2:248 lid 4 BW – dat de rechter gebonden is aan deze matigingsgronden (deze zijn daarin dus uitputtend opgesomd, oftewel: deze zijn limitatief) en dat aan de algemene civielrechtelijke matigingsregeling van art. 6:109 BW niet wordt toegekomen los van de op het stelsel van art. 2:248 BW toegesonden regeling van art. 2:248 lid 4 BW.²⁹ Dit een en ander

laat evenwel onverlet dat die in art. 2:248 lid 4 BW genoemde gronden voor matiging, in het bijzonder de drie in art. 2:248 lid 4, eerste zin BW vervatte matigingsgronden, op zichzelf maar ook (voor zover van toepassing) onderling gecombineerd toepasbaar kunnen zijn in een concreet geval³⁰ en dat het, gezien ook de functie van

zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2007:BA6773) voor HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773, NJ 2008/91, onder 3.15; Wezeman 2008, nr. 4; Asser/G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *De naamloze en besloten vennootschap* (2-II*), Deventer: Kluwer 2009, nr. 464; P. Abas, *Rechterlijke matiging van schulden*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 32; A-G De Bock in haar conclusie (ECLI:NL:PHR:2016:927) voor HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2575, RvdW 2016/1155, onder 3.45; P. van Schilfgaarde, bewerkt door J.W. Winter, J.B. Wezeman & J.D.M. Schoonbrood, *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 48; A-G Timmerman in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2018:1139) voor HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370, NJ 2019/31, onder 3.10-3.11, 3.29; J.B. Huizink, *GS Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019 (actueel t/m 19 november 2019), art. 2:248 BW, aant. 21.6.1; en O. Oost, voorheen J.B. Wezeman, *GS Faillissementswet*, Deventer: Wolters Kluwer 2021 (actueel t/m 2 november 2021), art. 2:138/248 BW, aant. II.2.2.11. Zie anders Bil & Fliet 2019, nr. 5.2. Zoals mede volgt uit 3.2-3.8 hiervoor, dit 3.9 alsmede 3.13 hierna, acht ik het betoog van Bil & Fliet 2019, nr. 5.2 ter zake niet overtuigend en volg ik de door hen voorgestane lijn niet.

30 Zoals de onder 3.6-3.8 hiervoor geciteerde parlementaire geschiedenis van art. 2:248 BW laat zien, sluit art. 2:248 lid 4, eerste zin BW in dat de rechter in het kader van die collectieve matigingsvariant, en gelet op die drie daarin vervatte matigingsgronden, in een concreet geval ook aandacht kan schenken aan de verhouding tussen de omvang van het boedeltekort en de schade die (oftewel: het deel van dit tekort dat) kan zijn ontstaan door de aan de orde zijnde onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, te onderscheiden van de in art. 2:248 lid 4, eerste zin BW bedoelde andere oorzaken (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) van het faillissement en de wijze van afwikkeling van het faillissement. Zie nader onder 3.13 hierna. Zo versta ik ook A-G Timmerman in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2018:1139) voor HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370, NJ 2019/31, onder 3.29. Deze exercitie zal voor een rechter niet altijd even eenvoudig uit te voeren zijn, maar de mogelijkheid daartoe is er dan wel, uitgaande van het voorhan-

29 Zie o.a. Van Schilfgaarde 1986, p. 61-63; A-G Asser in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:1993:ZC1053) voor HR 10 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1053, NJ 1994/272, onder 3.36, met verwijzing naar o.a. *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, 3, p. 5; J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998, p. 346-347, mede verwijzend naar nr. 2 van de NJ-annotatie van J.M.M. Maeijer onder HR 10 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1053, NJ 1994/272 (over “een door de wet zelf nader geconcretiseerde of zo men wil gekanaliseerde uiting van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid”); A-G Timmerman in

art. 2:248 lid 4 BW (als een “waarborg tegen onredelijke consequenties” van het stelsel van art. 2:248 BW), niet in de rede ligt het toepasingsbereik van ieder van deze matigingsgronden in onevenredig vergaande mate te beperken via een in algemene zin geldende, zo restrictief mogelijke invulling daarvan, al zijn deze gronden daar dus uitputtend opgesomd. Zoals volgt uit 3.2-3.8 hiervoor dwingen de tekst, strekking en parlementaire geschiedenis van art. 2:248 (lid 4) BW ook niet tot zo'n beperking en invulling, wel tot een evenwichtige toepassing van art. 2:248 lid 4 BW met inachtneming van die factoren en de gebondenheid van de rechter aan genoemde matigingsgronden.³¹ Dit een en ander laat tevens on-

den zijn van een afdoende feitelijke basis ter zake in het procesdossier (wat weer niet los kan worden gezien van het partijdebat). Zoals die parlementaire geschiedenis ook duidelijk maakt, laat dit een en ander overlet dat de faillissementscurator niet (ook) het verband tussen onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur en (omvang van) schade behoeft aan te tonen, nu de schade in dit stelsel van art. 2:248 BW bij wege van uitgangspunt gelijkgesteld wordt met het boedeltekort, waarvoor in beginsel iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is indien aan de onder 3.4 hiervoor genoemde voorwaarden onder 1 en 2 is voldaan.

- 31 Zo kan bij de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur ook aandacht worden geschonken aan de vraag naar intensiteit en omvang van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, waaronder aspecten als opzet, en de vraag in hoeverre het bestuur op zijn schreden is teruggekeerd en maatregelen heeft genomen om de gevolgen van eerdere fouten te verminderen. Zie o.a. Huizink 2019, art. 2:248 BW, aant. 21.1 en Wezeman 1998, p. 347. Bij de andere oorzaken van het faillissement verdient opmerking dat daarmee geen afbreuk wordt gedaan aan de in art. 2:248 lid 1 BW vervatte eis dat onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is, maar er wel aanleiding kan zijn tot matiging indien er nog belangrijke oorzaken van het faillissement zijn, die niet voor rekening van het bestuur komen. Ik zie dit laatste, zoals genoemd in de parlementaire geschiedenis (geciteerd onder 3.6 hiervoor), als een voorbeeld. Art. 2:248 lid 4, eerste zin BW eist ter zake niet een of meer andere belangrijke oorzaken (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) van het faillissement, zoals art. 2:248 lid 2 BW wel doet, maar een of meer andere oorzaken (dan onbehoorlijke taakvervulling door het

verlet dat art. 2:248 BW ook andere onderdelen dan art. 2:248 lid 4 BW kent die ten gunste van de

bestuur van het faillissement. Het gaat immers erom dat de rechter via deze matigingsgrond in de collectieve matigingsvariant van art. 2:248 lid 4 BW rekening kan houden met het aandeel van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur in het totaal van de oorzaken die tot het faillissement hebben geleid. Zie onder 3.6 hiervoor. Daarin schuilt dus een verschil tussen art. 2:248 lid 2 BW en art. 2:248 lid 4 BW, dat ook verklaarbaar is door de verschillende, te onderscheiden functies van die bepalingen. Zie onder 3.2-3.5 hiervoor. M.i. bevat art. 2:248 lid 4 BW ter zake ook niet de eis, net zo min als art. 2:248 lid 2 BW overigens (zie onder 3.4 hiervoor), dat het bij zo'n andere (belangrijke) oorzaak (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) van het faillissement ook nog eens moet gaan om een van buiten komende oorzaak, oftewel een oorzaak die ook geen betrekking heeft op handelen of nalaten van een of meer bestuurders dat op zichzelf beschouwd geen onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur oplevert (en waarvan dus niet gezegd kan worden dat geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld). Wat betreft de wijze van afwikkeling van het faillissement zal het enkele minder waard worden van activa van de vennootschap door het intreden van de faillissementstoestand geen aanleiding kunnen geven tot matiging, nu dat geen “wijze van afwikkeling van het faillissement betreft” (met de andere matigingsgronden in art. 2:248 lid 4 BW, kort gezegd de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, de andere oorzaken (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) van het faillissement, en de tijd gedurende welke de aangesproken bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaatsvond, heeft dit naar de aard evenmin van doen) en ook haaks zou staan op het doel van het door de wetgever met art. 2:248 BW beoogde stelsel (zie onder 3.3 hiervoor), maar kan onder omstandigheden zo'n aanleiding er bijvoorbeeld wel zijn in een situatie waarin het boedeltekort is vergroot na het uitspreken van het faillissement door het tenietgaan van een of meer specifieke goederen uit de boedel na faillissement en het niet redelijk en billijk is dat dit deel van dat tekort voor rekening van de ex art. 2:248 BW aansprakelijke bestuurder(s) te laten komen (waarvoor niet steeds vereist zal zijn dat de faillissementscurator ter zake, ondanks diens betrokkenheid bij de afwikkeling van het faillissement, q.q. of pro se een verwijt te maken valt).

aangesproken bestuurder(s) van de gefailleerde vennootschap strekken, waaronder:

- de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel die inherent is aan het in art. 2:248 lid 1 BW bedoelde begrip “kennelijk onbehoorlijke taakvervulling”;³²
- de onbelangrijk verzuim-exceptie in art. 2:248 lid 2 BW, waardoor art. 2:248 lid 2 BW in het concrete geval toepassing mist;³³
- het weerlegbare karakter van het vermoeden van art. 2:248 lid 2 BW omtrent het verband tussen onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur en het faillissement van de vennootschap, indien deze bepaling van toepassing is;³⁴
- de disculpatieregeling van art. 2:248 lid 3 BW.³⁵

Onderdeel 1: “Gronden voor matiging van het boedeltekort”

3.10. Onderdeel 1 richt zich met rechts- en motiveringsklachten tegen rov. 3.27 van het arrest. Daarin overweegt het hof als volgt:

“Matiging van het boedeltekort waarvoor [eisers] aansprakelijk is

3.27. [eisers] doet in het vierde onderdeel van grief 4 een beroep op matiging van het bedrag waarvoor zij aansprakelijk is op grond van artikel

2:248 lid 4 BW. Evenals de rechtbank ziet het hof echter geen aanleiding om over te gaan tot matiging. Er is sprake van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en er is geen sprake van een onbelangrijk verzuim. Het is niet aannemelijk geworden dat er andere belangrijke oorzaken van het faillissement zijn geweest en er zijn evenmin aanwijzingen dat de boedel onjuist is afgewikkeld door de curator; Grief 4 slaagt daarom niet.”

[gecursiveerd in origineel, A-G]

3.11. De hierna te bespreken subonderdelen worden in het onderdeel voorafgegaan door een aanhef, welke genummerd is als “1.” en luidt:

“1. De oordelen r.o. 3.29 (per abuis door het hof genummerd als r.o. 3.27) getuigen van een onjuiste rechtsopvatting en/of zijn niet naar behoren gemotiveerd.”

[verschrijving in origineel, A-G]

Deze aanhef bevat geen zelfstandige klacht, nu deze slechts volstaat met de mededeling dat ‘s hofs oordelen in rov. 3.27 van het arrest getuigen van een onjuiste rechtsopvatting en/of niet naar behoren zijn gemotiveerd, zonder toe te lichten waarom.³⁶ Een dergelijke inleiding op de subonderdelen – te lezen in het licht van die inleiding – behoeft geen verdere, afzonderlijke behandeling.

3.12. *Subonderdeel 1.1* klaagt dat het hof heeft miskend dat de opsomming van de collectieve matigingsgronden in art. 2:248 lid 4 BW niet limitatief is. Een limitatieve opsomming verhoudt zich niet goed met het feit dat de matigingsbevoegdheid van de rechter een discretionaire, op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde bevoegdheid is, waarbij de rechter beoordeelt of de veroordeling tot vergoeding van het gehele boedeltekort hem “bovenmatig voorkomt”. Een limitatieve uitleg van de matigingsgronden verhoudt zich ook niet goed tot de algemene opzet van de wetgever om de bewijspositie van de faillissementscurator te verlichten bij het vestigen van aansprakelijkheid en het causaal verband tussen gedraging en schade te herstellen via de band van de matiging. Het hof kon daardoor niet volstaan met de enkele constatering dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, geen onbelangrijk verzuim, niet aannemelijk is geworden dat er andere oorzaken van het faillissement zijn geweest en evenmin dat de curator de boedel on-

32 Zie o.a. HR21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370, NJ 2019/31, rov. 3.3.2: “Art. 2:248 lid 1 BW houdt in dat in geval van faillissement van de vennootschap iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor het bedrag van de schulden van de vennootschap voor zover deze niet door de vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Deze regel strekt tot bescherming van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde vennootschap. Van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:248 lid 1 BW kan slechts worden gesproken als geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben (vgl. HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053 (*Panmo*), rov. 3.7).”

33 Zie o.a. mijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2020:1012) voor HR 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1099, NJ 2021/375, onder 3.6.

34 Zie o.a. HR 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1099, NJ 2021/375, rov. 3.2.

35 Zie o.a. mijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2020:1012) voor HR 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1099, NJ 2021/375, onder 3.21, 3.24.

36 Vgl. o.a. HR8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY2639, NJ 2013/125, rov. 3.1.

juist heeft afgewikkeld. Het hof was immers ook gehouden om gemotiveerd in te gaan op de omstandigheden zoals opgenomen in subonderdelen 1.2 en 1.5.

3.13. Het subonderdeel faalt, gelet op het volgende. Het subonderdeel veronderstelt dat “de opsomming van de collectieve matigingsgronden in art. 2:248 lid 4 BW” – dus de collectieve matigingsvariant in art. 2:248 lid 4, eerste zin BW – “niet limitatief” is, en klaagt naar de kern genomen dat het hof dit miskent in rov. 3.27 van het arrest.³⁷ Het subonderdeel gaat daarmee uit van een opvatting die geen steun vindt in het recht. Daarmee valt ook de bodem weg onder het beoogd in het subonderdeel dat het hof “daardoor” in rov. 3.27 van het arrest niet kon volstaan met “de enkele constatering dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, geen onbelangrijk verzuim, niet aannemelijk is geworden dat er andere oorzaken van het faillissement zijn geweest en evenmin dat de curator de boedel onjuist heeft afgewikkeld”, en ook gehouden was gemotiveerd in te gaan op de omstandigheden zoals bedoeld in de subonderdelen 1.2 en 1.5 (op welke subonderdelen ik terugkom onder 3.14-3.19 en 3.23-3.24 hierna), waarmee het subonderdeel kennelijk bedoelt: voor zover deze ‘omstandigheden’ niet vallen onder hetgeen het hof betreft in rov. 3.27 van het arrest, waarbij zij aangetekend dat het hof – inderdaad, en niet ten onrechte, gezien ook de feiten en het partijdebat – zijn beoordeling hier toespitst op de in art. 2:248 lid 4, eerste zin BW genoemde matigingsgronden (dat art. 2:248 lid 4, tweede zin BW hier zou kunnen spelen, valt niet in te zien en is door [eisers] ook

37 Zie ook de schriftelijke toelichting tijdens [eisers] inzake “Ad 1.1” (p. 1-5), draaiend om het volgens [eisers] niet-limitatieve karakter van art. 2:248 lid 4 BW (daar overigens, anders dan in het subonderdeel, dat is aan te houden in deze verstekzaak, niet met zoveel woorden toegespitst op “de collectieve matigingsgronden in art. 2:248 lid 4 BW”). Ik wijs er nog op dat [eisers] zelf in hoger beroep, blijkens nr. 8.77 van de memorie van grieven (“De gronden voor matiging zijn in art. 2:248 lid 4 BW omschreven: de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling, andere oorzaken van het faillissement en de afwikkeling van het faillissement”, op welke gronden zij een beroep deden (zij meenden “dat er van deze gronden sprake is”)), kennelijk van mening waren, kort gezegd, dat de gronden voor matiging in art. 2:248 lid 4 BW zijn omschreven.

niet aangevoerd). Zoals blijkt uit de tekst van art. 2:248 lid 4, eerste zin BW ‘kan’ de rechter het bedrag waarvoor “de bestuurders” aansprakelijk zijn 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.”

Zie onder 3.2 en 3.5 hiervoor. Deze formulering, die wat betreft de mogelijke matigingsgronden scharniert rond “gelet op”, etc. (zonder een toevoeging als “bijvoorbeeld” of “onder meer”), wijst op een limitatieve opsomming van de matigingsgronden in art. 2:248 lid 4, eerste zin BW.³⁸ Dat dit laatste inderdaad is beoogd door de wetgever vindt bevestiging in de parlementaire geschiedenis van art. 2:248 (lid 4) BW. Daaruit blijkt niet – ook niet impliciet – dat de wetgever ter zake is uitgegaan van een niet-limitatieve opsomming, wel het tegendeel, te weten dat de wetgever datgene waarmee de rechter rekening kan houden bij de collectieve matigingsvariant van art. 2:248 lid 4 BW, in het licht van het stelsel van art. 2:248 BW, telkens nadrukkelijk heeft toegespitst op en beperkt tot de ook in art. 2:248 lid 4, eerste zin BW genoemde matigingsgronden.³⁹ Illustratief zijn

38 Voor art. 6:109 BW, waarover ook hierna, geldt een wezenlijk ander regime. Deze bepaling luidt als volgt: “Indien toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht, tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden, kan de rechter een wettelijke verplichting tot schadevergoeding matigen.” Zie nader over het niet-limitatieve karakter van deze regeling bijv. L.M. van den Berg, *GS Schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer 2021 (actueel t/m 24 mei 2021), art. 6:109 BW, aant. 4 en Abas 2014, p. 11-13. Zie in algemene zin over art. 6:109 BW (ook) o.a. Asser/C.H. Sieburgh, *De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte* (6-II), Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 176 e.v.

39 Hetzelfde geldt voor de individuele matigingsvariant van art. 2:248 lid 4 BW, dus art. 2:248 lid 4, tweede zin BW. Ik laat deze matigingsgrond verder daar, nu, kort gezegd, art. 2:248 lid 4, tweede zin BW in het onderhavige geval geen rol speelt: zie hiervoor. Ik wijs volledigheidshalve wel nog op HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1079, *NJ* 2014/7, rov. 3.4.2: “Art. 2:248 lid 4, tweede zin, BW geeft de rechter

reeds de passages ter zake op p. 5 van de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel, die ik – aan-

voorts de mogelijkheid tot matiging van het bedrag van de aansprakelijkheid van de individuele bestuurder, onder meer in verband met de tijd gedurende welke die bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaatsvond.” Die zaak had verder niet van doen met art. 2:248 lid 4 BW, maar handelde in de kern over het onbelangrijk verzuim zoals bedoeld in art. 2:248 lid 2 BW. Door de Hoge Raad is daar ook niet vermeld wat met de woorden “onder meer” bedoeld is of hoe zich dat zou verhouden tot bijv. *Kamerstukken II 1983/84, 16631, 6, p. 19* (geciteerd onder 3.7 hiervoor), welke vindplaats onderstreept dat de wetgever de individuele matigingsvariant van art. 2:248 lid 4 BW heeft willen beperken tot de in art. 2:248 lid 4, tweede zin BW vervatte matigingsgrond (zie ook p. 25, over “de matigingsgrond, dat hij slechts kort in functie is geweest in de periode van het onbehoorlijke bestuur”, en p. 30, over “de geïndividualiseerde aansprakelijkheid” zoals “in de wetstekst geplaatst”, waarmee wordt bedoeld op art. 2:248 lid 4, tweede zin BW; zie ook *Kamerstukken I 1985/86, 16631, 27b, p. 3, 24, 39, 41* en *Kamerstukken I 1985/86, 16631, 27e, p. 2*). Gelet daarop kan aan die woorden m.i. geen doorslaggevende betekenis worden toegekend niettegenstaande de tekst, strekking en parlementaire geschiedenis van art. 2:248 lid 4 BW alsmede de heersende leer in de literatuur ter zake, te meer niet voor de uitleg van art. 2:248 lid 4, eerste zin BW. Ik houd het dan ook op een verschrijving aldaar. Zie bijv. ook P. van Schilfgaarde in nr. 10 van zijn *NJ*-annotatie onder dit arrest, waar hij subtiel opmerkt dat in art. 2:248 lid 4, tweede zin BW “als grondslag voor individuele matiging juist uitdrukkelijk wordt genoemd de tijd gedurende welke de betrokkene in functie is geweest (*en daartoe ook wordt beperkt*)” [cursivering toegevoegd, A-G], waarbij te bedenken valt, zoals reeds gesignaleerd door Van Schilfgaarde 1986, p. 62-63, dat deze grondslag aan toepassingsbereik wel enige speelruimte biedt. Dit sluit ook aan op hetgeen A-G Wuisman opmerkt in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2013:108) voor HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1079, *NJ* 2014/7, onder 2.6 (daarbij citerend uit *Kamerstukken II 1980/81, 16 631, 3, p. 5*) over de bevoegdheid die art. 2:248 lid 4, tweede zin BW de rechter geeft “om het bedrag van de aansprakelijkheid van een afzonderlijke bestuurder te verminderen, indien hem het bedrag bovenmatig voorkomt, gelet op de tijd gedurende welke die bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaatsvond.”

sluitend op 3.5 hiervoor – citeerde onder 3.6 hiervoor en zich als volgt laten samenvatten:^{40, 41}

- in de opzet van het ontwerp (dus van de voorgestelde aanpassing van art. 2:248 (oud) BW) is de verplichting tot schadevergoeding vervangen door een verplichting tot vergoeding van het boedeltekort (dus bij kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur waarvan aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak vormt van het faillissement van de vennootschap);
- dit tekort kan de schade die door het onbehoorlijk bestuur is veroorzaakt, overtreffen;
- het is niet redelijk de bestuurder aansprakelijk te stellen voor een hoger bedrag dan de schade die door het onbehoorlijke bestuur kan zijn ontstaan;
- men zou kunnen denken aan een wettelijke regeling, die de bestuurder opdraagt te bewijzen dat die schade geringer is dan het bedrag van het tekort;
- dit leidt tot een gecompliceerde procedure, deze bewijslast zal niet steeds gemakkelijk kunnen worden vervuld;
- het verdient daarom de voorkeur dat de rechter het bedrag dat de aangesproken bestuurders (wier bestuurdersaansprakelijkheid op de voet van art. 2:248 BW dus al is gevestigd, als aan art. 2:248 lid 4 BW wordt toegekomen) moeten betalen, indien dit bovenmatig is, kan verminderen, waardoor het in een redelijke verhouding komt tot de aard en ernst van de tekortkomingen van het bestuur;
- daarbij moet ook worden gelet op het aandeel van het onbehoorlijk bestuur in het totaal van de oorzaken die tot het faillissement hebben geleid;
- hierdoor (dus met dit laatste) wordt uiteraard niet afgedaan aan de eis dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement, maar er kan aanleiding zijn tot matiging indien er nog belangrijke oorzaken van het faillis-

40 Waarbij mede bedacht moet worden dat de voorgestelde regeling van art. 2:248 BW beoogt schuldeisers die door een faillissement benadeeld worden tegemoet te komen in geval van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, in welk verband ervoor is gekozen de faillissementscurator, handelend in het belang van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde vennootschap, een sterkere positie te geven ten opzichte van de in art. 2:248 (oud) BW vervatte regeling. Zie onder 3.3-3.4 hiervoor.

41 Zie *Kamerstukken II 1980/81, 16631, 3, p. 5*.

sement zijn die niet voor rekening van het bestuur komen;

– voorts kan de rechter rekening houden met de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld, bijvoorbeeld wanneer het bedrijf door de faillissementscurator wordt voortgezet ter wille van de werkgelegenheid, hoewel een spoedige liquidatie tot beperking van het tekort zou hebben geleid;

– men vergelijkte overigens het matigingsrecht ten aanzien van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding van art. 6.1.9.12a NBW (het latere art. 6:109 BW), waar sprake is van “de gegeven omstandigheden waaronder de aard van de aansprakelijkheid”;

– de daar gegeven criteria (dus in dat art. 6.1.9.12a NBW, het latere art. 6:109 BW) zijn overigens in het onderhavige geval (dus de voorgestelde aanpassing van art. 2:248 (oud) BW) niet goed toepasbaar.

Aan deze opzet is blijkens die parlementaire geschiedenis ook nadien vastgehouden, zoals mede kenbaar is uit de ook onder 3.7-3.8 hiervoor geciteerde passages uit de memorie van antwoord en de nota naar aanleiding van het eindverslag bij het wetsvoorstel,⁴² waar onder meer uiteengezet wordt:⁴³

– dat het onbehoorlijk bestuur vaak zal bestaan in een reeks van handelingen of nalatigheden;

– dat het praktisch onmogelijk is om de grootte van de daardoor ontstane schade exact aan te geven;

– dat het wetsvoorstel ervan uitgaat dat die schade neerkomt op het tekort in het faillissement;

– dat zonodig de rechter dit bedrag kan matigen, gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur en op de andere oorzaken van het faillissement en de wijze waarop het is afgewikkeld;

– dat dit een praktisch werkbaar stelsel is, waarbij zowel het doel van het wetsvoorstel – versterking van de positie van de ten behoeve van de schuldeisers optredende faillissementscurator – als de bescherming van het bestuur tegen bovenmatige aansprakelijkheid wordt gediend.

Dit laatste onderstreept nog eens dat de wetgever art. 2:248 lid 4, eerste zin BW bewust zo heeft geformuleerd, en dus wenselijk heeft geacht zoals

het luidt, als uitgebalanceerd onderdeel van een stelsel dat praktisch werkbaar is, waarbij zowel het doel van het wetsvoorstel (versterking van de positie van de ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde vennootschap optredende faillissementscurator) als de bescherming van het bestuur tegen bovenmatige aansprakelijkheid wordt gediend.⁴⁴ Bezien tegen deze achtergrond verbaast het dan ook niet dat, zoals uiteengezet onder 3.9 hiervoor, volgens de heersende leer in de literatuur – dikwijls onder verwijzing naar feitenrechtspraak, en conform ook de tekst, strekking en parlementaire geschiedenis van art. 2:248 lid 4 BW – de rechter wat betreft de collectieve matigingsvariant van art. 2:248 lid 4 BW gebonden is aan de in art. 2:248 lid 4, eerste zin BW vervatte matigingsgronden (deze zijn daarin dus uitputtend opgesomd, oftewel: deze zijn limitatief) en dat aan de algemene civielrechtelijke matigingsregeling van art. 6:109 BW niet wordt toegekomen los van de op het stelsel van art. 2:248 BW toegesneden regeling van art. 2:248 lid 4 BW, ook niet wat betreft de collectieve matigingsvariant daarvan. Dit komt ook mij juist voor. Daarbij valt nog te bedenken, zoals ook opgemerkt onder 3.9 hiervoor: dat de in art. 2:248 lid 4 BW genoemde gronden voor matiging, in het bijzonder die in art. 2:248 lid 4, eerste zin BW, op zichzelf maar ook (voor zover van toepassing) gecombineerd toepasbaar zijn in een concreet geval; dat het, gezien ook de functie van art. 2:248 lid 4 BW (als een “waarborg tegen onredelijke consequenties” van het stelsel van art. 2:248 BW), niet in de rede ligt het toepassingsbereik van ieder van deze matigingsgronden in onevenredig vergaande mate te beperken via een in algemene zin geldende, zo restrictief mogelijke invulling daar-

44 De consequentie daarvan is onder meer, in de woorden van A-G Timmerman in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2018:1139) voor HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370, NJ 2019/31, onder 3.29, die daarbij ook de parlementaire geschiedenis van art. 2:248 (lid 4) BW en literatuur ter zake betreft, dat de eigen preciaire financiële situatie van de aangesproken bestuurder(s), het ontbreken van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering voor de aangesproken bestuurder(s) en het door de aangesproken bestuurder(s) nadeel hebben ondervonden van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur geen te onderscheiden gronden opleveren voor matiging in de zin van art. 2:248 lid 4 BW. Zie ook onder 3.26 hierna.

42 In bijv. Kamerstukken I 1985/86, 16631, 27b en Kamerstukken I 1985/86, 16631, 27e is het niet anders.

43 Zie Kamerstukken II 1983/84, 16631, 6, p. 41.

van, al zijn deze gronden daar dus uitputtend opgesomd; en dat art. 2:248 BW ook andere onderdelen kent dan art. 2:248 lid 4 BW die ten gunste van de aangesproken bestuurder(s) van de gefailleerde vennootschap strekken, waaronder de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel die inherent is aan het in art. 2:248 lid 1 BW bedoelde begrip “kennelijk onbehoorlijke taakvervulling”, de onbelangrijk verzuim-exceptie in art. 2:248 lid 2 BW (waardoor art. 2:248 lid 2 BW in het concrete geval toepassing mist), het weerlegbare karakter van het vermoeden van art. 2:248 lid 2 BW omtrent het verband tussen onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur en het faillissement van de vennootschap (indien deze bepaling van toepassing is), en de disculpatieregeling van art. 2:248 lid 3 BW. Aan het voorgaande staat niet in de weg dat de in art. 2:248 lid 4, eerste zin BW bedoelde matigingsbevoegdheid van de rechter een discretionaire, op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde bevoegdheid is, waarbij de rechter beoordeelt of de veroordeling tot vergoeding van het boedeltekort hem “bovenmatig voorkomt”, zoals bedoeld in het subonderdeel. Die bevoegdheid van een beoordeling door de rechter wat betreft de collectieve matigingsvariant van art. 2:248 lid 4 BW worden immers ingebed door de kaders van art. 2:248 lid 4, eerste zin BW (in het bijzonder de daarin vervatte, uitputtend opgesomde matigingsgronden) die de wetgever bewust zo heeft aangebracht, waarover onder 3.2-3.9 en dit 3.13 hiervoor. Daarbinnen bestaat dan ruimte voor matiging door de rechter ter vermijding van een voor de aangesproken bestuurder(s) onrechtvaardig te achten resultaat in termen van de omvang van de gegeven bestuurdersaansprakelijkheid op de voet van art. 2:248 BW, telkens afhankelijk ook van de feiten en omstandigheden van het concrete geval. Anders gezegd: art. 2:248 lid 4, eerste zin BW maakt in de door de wetgever gekozen opzet de rechter bevoegd aldus te beoordelen of dat boedeltekort bovenmatig voorkomt juist in verhouding tot die daarin vervatte matigingsgronden en matiging met het oog daarop aangewezen is, wat een afgewogen en werkbaar systematiek oplevert.⁴⁵ Of in de woorden van Maeijer, in diens

NJ-annotatie onder een Hoge Raad-arrest uit 1993 inzake art. 2:138 BW, de evenknie van art. 2:248 BW voor de N.V., ook met betrekking tot de individuele matigingsvariant van art. 2:248 lid 4 BW:⁴⁶ de matigingsbevoegdheid van de rechter vervat in lid 4 van art. 2:138 BW (hetzelfde geldt voor lid 4 van 2:248 BW) is reeds een door de wet zelf “nader geconcretiseerde”, of zo men wil “gekanaliseerde”, uiting van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid.⁴⁷ Voor

door het bestuur bovenmatig is in de overweging betrekken, wanneer hij zijn matigingsbevoegdheid van het vijfde lid [thans vierde lid van art. 2:248 BW, A-G] hanteert.” Dit sluit aan op *Kamerstukken II 1980/81, 16631, 3, p. 5*, waaronder: “Het verdient daarom de voorkeur dat de rechter het bedrag dat de bestuurders moeten betalen, indien dit bovenmatig is, kan verminderen, waardoor het in een redelijke verhouding komt tot de aard en ernst van de tekortkomingen van het bestuur. Daarbij moet ook worden gelet op het aandeel van het onbehoorlijk bestuur in het totaal van de oorzaken die tot het faillissement hebben geleid. (...) Voorts kan de rechter rekening houden met de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld (...)” Zie in lijn daarmee bijv. *Kamerstukken II 1983/84, 16631, 6, p. 41-42*, waaronder: “Een volgende vraag betreft het bedrag van de aansprakelijkheid. Volgens het wetsvoorstel is dat afgestemd op het tekort en niet op de schade. Zoals in de toelichting is gesteld, wordt hiermee beoogd de bewijslast van de curator te verlichten. Ik zie dat niet als een onredelijke oplossing. Het onbehoorlijk bestuur zal vaak bestaan in een reeks van handelingen of nalatigheden en het is praktisch onmogelijk om de grootte van de daardoor ontstane schade exact aan te geven. Het wetsvoorstel gaat er van uit, dat die schade neerkomt op het tekort in het faillissement. Zonodig kan de rechter dit bedrag matigen, gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur en op de andere oorzaken van het faillissement en de wijze waarop het is afgewikkeld. Dit lijkt mij een praktisch werkbaar stelsel, waarbij zowel het doel van het wetsvoorstel – versterking van de positie van de ten behoeve van de schuldeisers optredende curator – als de bescherming van het bestuur tegen bovenmatige aansprakelijkheid wordt gediend.”

⁴⁵ Zie bijv. *Kamerstukken II 1983/84, 16631, 6, p. 31*: “In het gekozen stelsel kan de rechter de vraag of het bedrag van de aansprakelijkheid in verhouding tot de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling

⁴⁶ Maeijer 1994, nr. 2. Dat arrest betreft, als gezegd, HR 10 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1053, NJ 1994/272.

⁴⁷ En in lijn daarmee bijv. Wezeman 2008, nr. 4: “Dit houdt in dat de rechter buiten lid 4 om dus niet mag matigen op grond van redelijkheid en billijkheid.”

zover het subonderdeel nog aanvoert dat de wetgever heeft beoogd de bewijspositie van de faillissementscurator te verlichten bij het vestigen van aansprakelijkheid en “het causaal verband tussen gedraging en schade te herstellen via de band van matiging”, geldt dat evenmin valt in te zien waarom dit aan het limitatieve karakter van de in art. 2:248 lid 4, eerste zin BW vervatte matigingsgronden in de weg zou staan. Zoals uiteengezet onder 3.9 hiervoor, sluit art. 2:248 lid 4, eerste zin BW in dat de rechter in het kader van die collectieve matigingsvariant, en gelet op de drie daarin vervatte matigingsgronden, in een concreet geval ook aandacht kan schenken aan de verhouding tussen de omvang van het boedeltekort en de schade die (oftewel: het deel van dit tekort dat) kan zijn ontstaan door de in dat geval aan de orde zijnde onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, te onderscheiden van de in art. 2:248 lid 4, eerste zin BW bedoelde andere oorzaken (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) van het faillissement en wijze van afwikkeling van het faillissement.⁴⁸ Langs die weg kan de rechter in een concreet geval, naar de wetgever heeft onderkend blijkens 3.6-3.8 hiervoor, en met inachtneming ook van het partijdebat in het concrete geval (de in het procesdossier voorhanden feitelijke basis ter zake), in het kader van art. 2:248 lid 4, eerste zin BW komen tot een vermindering van het bedrag (van het boedeltekort) dat de ex art. 2:248 BW aansprakelijke bestuurders in beginsel moeten betalen voor zover dit bedrag vanwege een discrepantie tussen dat tekort en die schade als ‘bovenmatig’ valt aan te merken, en wel zodanig dat dit bedrag “in een redelijke verhouding” komt te staan tot de aard en ernst van die tekortkomingen van het bestuur, dus die aan de

48 Zoals ook uiteengezet onder 3.9 hiervoor zal deze exercitie voor een rechter niet altijd even eenvoudig uit te voeren zijn, maar is de mogelijkheid daartoe er dan wel, uitgaande van het voorhanden zijn van een afdoende feitelijke basis ter zake in het procesdossier, en laat dit een en ander onverlet dat de faillissementscurator niet (ook) het verband tussen onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur en (omvang van) schade behoeft aan te tonen, nu de schade in dit stelsel van art. 2:248 BW bij wege van uitgangspunt gelijkgesteld wordt met het boedeltekort, waarvoor in beginsel iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is indien aan de onder 3.4 hiervoor genoemde voorwaarden onder 1 en 2 is voldaan.

orde zijnde onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. Dit een en ander moet in de zienswijze van de wetgever dus wel ook worden gerelateerd aan (de beantwoording van) de vragen naar andere oorzaken (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) van het faillissement (oftewel het aandeel van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur in het totaal van de oorzaken die tot het faillissement van de vennootschap hebben geleid) en de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld in dat geval, oftewel worden gezien in het licht ook van die andere in art. 2:248 lid 4, eerste zin BW genoemde matigingsgronden (dan de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) betrokken op dat geval. Daarbij zij nog in herinnering gebracht dat het gegeven dat de wetgever heeft beoogd de bewijslastpositie van de faillissementscurator te verlichten in het kader van art. 2:248 leden 1-2 BW (waarover onder 3.2-3.4 hiervoor) onverlet laat dat diezelfde wetgever art. 2:248 lid 4, eerste zin BW bewust zo heeft geformuleerd, en dus wenselijk heeft geacht zoals het luidt, als uitgebalanceerd onderdeel van een stelsel dat praktisch werkbaar is, waarbij zowel het doel van het wetsvoorstel (versterking van de positie van de ten behoeve van de schuldeisers optredende faillissementscurator) als de bescherming van het bestuur tegen bovenmatige aansprakelijkheid wordt gediend (waarover ook dit 3.13 hiervoor). Hierop stuit het subonderdeel af.

3.14. *Subonderdeel 1.2* klaagt dat de rechter het afwijzen van een beroep op matiging op grond van art. 2:248 lid 4 BW zwaarder dient te motiveren.⁴⁹ Weliswaar geeft het matigingsrecht de rechter een grote mate van beleidsvrijheid, maar in concrete gevallen zoals de onderhavige dient de aangesproken bestuurder beschermd te worden tegen bovenmatig grote claims en mag de toepassing van de wet niet tot onrechtvaardige resultaten leiden. Het hof heeft, zo klaagt het subonderdeel, zijn oordelen – mede in het licht van deze verzwaarde motiveringsplicht – onvoldoende gemotiveerd, aangezien het hof in het geheel niet (kenbaar) gemotiveerd is ingegaan op de volgende door [eisers] aan hun beroep op matiging ten grondslag gelegde omstandigheden:

49 Het subonderdeel verwijst daarbij, in noot 1 aldaar, naar: “Conclusie A-G Timmerman van 20 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1139, onder 3.11”.

i. Er zijn andere oorzaken voor het faillissement.⁵⁰
 ii. De curator heeft de belangen van de boedel niet optimaal in acht genomen en zij heeft de opbrengsten voor de boedel niet gemaximaliseerd.⁵¹ Hierdoor is het boedeltekort groter geworden, wat een grond oplevert voor matiging.⁵² Het hof heeft

50 Het subonderdeel verwijst daarbij, in noot 2 aldaar, naar de memorie van grieven, nr. 8.77 in combinatie met nr. 8.18 t/m 8.57. Nr. 8.76-8.78 zijn reeds onder 2.12 hiervoor geciteerd weergegeven. Daar wordt niet uitdrukkelijk naar nr. 8.18 t/m 8.57 verwezen (behoudens de benoeming van grief 4 in het algemeen), welke passages een groot aantal pagina's bevatten (memorie van grieven, p. 103 t/m 121). Ik volsta voor nu met het citeren van nr. 8.57 en zal waar nodig op de overige passages ingaan: "8.57. Zoals uit de paragrafen hierboven blijkt, stelt [eisers] zich op het standpunt dat de belangrijkste oorzaken van het faillissement van [A] zijn gelegen in: – Te lage omzet; – Slechte liquiditeit; – Het volledig wegvallen van de omzet in september/oktober 2016; en – De veranderende marktomstandigheden. Deze oorzaken zijn volgens [eisers] van buitenkomende oorzaken. Voor zover de curator zich op het standpunt zal stellen dat [eisers] heeft nagelaten het intreden van de genoemde oorzaken te voorkomen, stelt [eisers] zich op het standpunt dat dit geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Er is namelijk geen enkele sprake van objectieve wetenschap dat [eisers] de schuldeisers van [A] zou misleiden of benadelen. Er is daarnaast ook geen sprake van geweest van roekeloos, lichtzinnig en onbezonnen onverantwoordelijk gedrag. [eisers] zal onderbouwen welke maatregelen zijn genomen de genoemde oorzaken te laten intreden." [verschrijving in origineel, A-G]

51 Het subonderdeel verwijst daarbij, in noot 3 aldaar, wederom naar de memorie van grieven, nr. 8.77, weergegeven onder 2.12 hiervoor, in combinatie met grief 3 in de memorie van grieven, nr. 7.1 t/m 7.93. Laatstgenoemde passages beslaan wederom een groot aantal pagina's (memorie van grieven p. 57 t/m 92), welke zien op het door [eisers] gestelde onrechtmatig handelen van de curator q.q. en pro se, en niet (behoudens een verwijzing naar grief 3) in nr. 8.77 genoemd worden. Ik volsta hier met het citeren van nr. 7.93 en zal, waar nodig, op de overige passages ingaan: "7.93 Door de belangen van de boedel niet optimaal te behartigen en niet een maximale opbrengst na te streven, heeft de curator niet gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam curator mag worden verwacht."

52 Het subonderdeel verwijst daarbij, in noot 4 aldaar, wederom naar de memorie van grieven, nr. 8.77, weer-

deze stelling deels gevolgd door te oordelen dat de wijze waarop de taxatie van de voorraden heeft plaatsgevonden op basis van de foto's niet de schoonheidsprijs verdient (rov. 3.16 van het arrest), maar in het kader van de matigingsgrond heeft het hof onvoldoende gemotiveerd dat er geen aanwijzingen zouden zijn dat de boedel onjuist is afgewikkeld.

iii. De vennootschappen van het concern zijn de grootste gedupeerden van het faillissement.⁵³ " [eiser 1], INIQ, IQ Projecten, Recria, Donkervoort en TTGro"⁵⁴ moeten alle hun rekening-courantvorderingen⁵⁵ door het faillissement afschrijven, terwijl veel van het door hen verleende kapitaal is aangewend om de crediteuren te kunnen betalen.⁵⁶ Weliswaar heeft het hof geoordeeld dat niet duidelijk was waarom de hoge bedrijfslasten voor rekening van [A] kwamen (rov. 3.26 van het arrest), maar dit staat een beroep tot matiging niet in de weg nu juist door de afschrijving van de rekening-courantvorderingen alle bedrijfskosten

gegeven onder 2.12 hiervoor.

53 Het subonderdeel verwijst daarbij, in noot 5 aldaar, wederom naar de memorie van grieven, nr. 8.77, weergegeven onder 2.12 hiervoor. Bovendien verwijst het naar nr. 8.63 onder 8, welke passage luidt: "8.63. Op basis van maatregelen die genomen zijn ter voorkoming van het faillissement, kan de volgende conclusie worden getrokken: (...) 8. [eiser 2] is via zijn vennootschappen de grootste gedupeerde schuldeiser van het faillissement van [A]."

54 Het subonderdeel verwijst daarbij, in noot 6 aldaar, ten aanzien van [eiser 1] (" [eiser 1]"), kort gezegd, naar (stellingen van [eisers] inzake) de vordering van [eiser 1] op [A], die bij vonnis van de rechtbank Gelderland van 15 januari 2020 ("zaaknr. C/05/352646 / HZ ZA 19-22") voor slechts € 25.500,- zou zijn erkend in het faillissement van [A].

55 Het subonderdeel verwijst daarbij, in noot 7 aldaar, naar de memorie van grieven, nr. 3.28 ("voor de hoogte van de rekening-courant verhoudingen"), dat luidt: "3.28. Per saldo bestonden er binnen de [A] de volgende rekening-courant verhoudingen (productie 67, jaarrekening 2016) met een te vorderen bedrag voor [A]: (...) Binnen [A] waren de volgende rekening-courant verhoudingen aanwezig met een verschuldigd saldo (productie 67, jaarrekening 2016): (...)." [verschrijving in origineel, A-G]

56 Het subonderdeel verwijst daarbij, in noot 8 aldaar, wederom naar de memorie van grieven, nr. 8.77, weergegeven onder 2.12 hiervoor.

alsnog ten laste van voornoemde vennootschappen komen.

iv. Er is voldaan aan de boekhoudplicht van art. 2:10 BW (rov. 3.23 van het arrest) en niet is gebleken dat de administratieplicht door [eisers] is geschonden (rov. 3.24 van het arrest).^{57,58}

Op de voornoemde (essentiële) stellingnames van “[eisers]” (bedoeld zal zijn: [eisers]) heeft het hof ten onrechte niet, althans niet op voldoende kenbare en/of begrijpelijke wijze gerespondeerd.

3.15. Het subonderdeel faalt, gelet op het volgende

3.16. Het betreft hier een motiveringsklacht, waaraan ten grondslag wordt gelegd dat het hof (kennelijk in rov. 3.27 van het arrest) ten onrechte niet, althans niet op voldoende kenbare en/of begrijpelijke wijze, respondeert op de in het subonderdeel onder (i) t/m (iv) genoemde stellingen van [eisers], mede in het licht van de daarin bedoelde “verzwaarde motiveringsplicht” van het hof in het kader van art. 2:248 lid 4 BW.⁵⁹ Wordt evenwel rov. 3.27 van het arrest bezien in het licht van hetgeen het hof daaraan voorafgaand overweegt in het arrest (waarover onder 3.17 hierna)

en het limitatieve karakter van de in art. 2:248 lid 4 BW vervatte matingsgronden (waarover reeds onder 3.2-3.9 en 3.13 hiervoor), dan is duidelijk dat de motiveringsklacht strandt omdat, kort gezegd, het hof niet gehouden was zijn oordeel inzake ‘matiging van het boedeltekort waarvoor [eisers] aansprakelijk zijn’ nog weer nader te motiveren vanwege hetgeen het subonderdeel daartoe aanvoert aan stellingnames van [eisers], ook als wordt uitgegaan van een verzwaarde motiveringsplicht zoals bedoeld in het subonderdeel (waarover onder 3.18 hierna).

3.17. In rov. 3.27 van het arrest overweegt het hof als volgt:

“Matiging van het boedeltekort waarvoor [eisers] aansprakelijk is

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

[gecursiveerd in origineel, A-G]

Dit dient zo gelezen te worden dat de bestuurdersaansprakelijkheid van [eisers] voor het boedeltekort in het faillissement van [A] op de voet van art. 2:248 BW het hof – in navolging van de rechtbank⁶⁰ – niet bovenmatig voorkomt, gelet ook op het beroep van [eisers] op art. 2:248 lid 4 BW en de in art. 2:248 lid 4 BW genoemde gronden van (i) de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, (ii) de andere oorzaken van het faillissement, en (iii) de wijze van afwikkeling van het faillissement. Deze overweging moet gelezen worden in het licht van het-

57 Het subonderdeel vermeldt daarbij, in noot 9 aldaar: “Uit de conclusie van A-G De Bock van 16 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:927, onder 3.45, volgt dat dit een relevante omstandigheid kan zijn bij een beroep op de matingsbevoegdheid.”

58 Het subonderdeel verwijst daarbij, in noot 10 aldaar, naar de memorie van grieven, nr. 8.17, dat luidt: “8.17. Hieruit blijkt derhalve dat indien er enkel schending wordt aangenomen van de deponeringsverplichting, het vermoeden dat er een andere oorzaak is van het faillissement, gemakkelijker is te ontzenuwen. [eisers] heeft aldus belang bij het grieven tegen de vaststelling dat art. 2:10 BW is geschonden, in het licht van de maatstaf die gehanteerd dient te worden bij de beoordeling van de andere oorzaak van het faillissement” (met verwijzing naar HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916). Daaraan voegt noot 10 aldaar toe: “(...) in combinatie met alinea 8.77 eerste opsommingstekens MvG”.

59 Gezien die verwijzing in het subonderdeel naar A-G Timmerman in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2018:1139) voor HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370, NJ 2019/31, onder 3.11, gaat het dan kennelijk erom “dat de rechter het afwijzen van een beroep op matiging op grond van art. 2:248 lid 4 BW iets zwaarder zal moeten motiveren dan in het algemeen is vereist”.

60 De rechtbank overweegt in rov. 4.20 van het vonnis als volgt: “4.20. [eisers] heeft nog een beroep op matiging gedaan maar daarvoor zijn geen andere argumenten aangevoerd dan hiervoor reeds door de rechtbank zijn verworpen. Er is geen sprake van een gering verzuim, niet gebleken van een andere oorzaak van het faillissement en evenmin van onbehoorlijke boedelafwikkeling door de curator. Nu voor het overige geen argumenten zijn aangevoerd, wordt het beroep op matiging dan ook verworpen.” Zie onder 2.9 hiervoor.

geen het hof daaraan voorafgaand overweegt, in het bijzonder in rov. 3.4-3.28 van het arrest, welke overwegingen in cassatie niet zijn bestreden en ik hierna uitlicht voor zover hier relevant.

– *Wel kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, geen onbelangrijk verzuim*

a. Het hof overweegt in rov. 3.25 van het arrest dat tussen partijen niet in geschil is dat de jaarrekeningen van [A] over de jaren 2014 én 2015 te laat zijn gedeponereerd en dat [eisers] ook niet hebben gegriefd tegen de overweging van de rechtbank dat die termijnoverschrijding geen onbelangrijk verzuim is, zodat vaststaat dat de publicatieplicht is geschonden (het hof doelt op art. 2:394 BW, zie rov. 3.22 van het arrest) en dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur ([eisers]) op grond van art. 2:248 lid 2 BW in verbinding met art. 2:11 BW. Die overweging van de rechtbank betreft rov. 3.14 van het vonnis, waarin de rechtbank als volgt heeft overwogen: “3.14 Allereerst de publicatieplicht. [eisers] heeft erkend dat de deponering van de jaarrekening 2014 en de jaarrekening 2015 bij de Kamer van Koophandel niet tijdig heeft plaatsgevonden. Het antwoord op de vraag of een overschrijding van de publicatietermijn als een onbelangrijk, gering verzuim kan worden beschouwd, zoals [eisers] betoogt, hangt af van de omstandigheden van het geval en in het bijzonder van de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid. In het Bedrijfsprofiel van de Kamer van Koophandel staat vermeld dat de jaarrekening 2014 op 30 juni 2015 en de jaarrekening 2015 op 30 juni 2016 zou zijn vastgesteld. Gelet op deze vaststellingsdata hadden de jaarrekeningen tijdig, te weten vóór 1 februari van het daarop volgende jaar, kunnen worden gedeponereerd. [eisers] heeft betoogd dat de overschrijding van de publicatietermijn heeft plaatsgevonden wegens onvoldoende liquiditeiten en daarom slechts een gering verzuim oplevert. Kennelijk had de gefailleerde wel voldoende liquide middelen om de jaarrekeningen te laten vaststellen. Verder heeft de curator onweersproken aangevoerd dat aan publicatie van vastgestelde jaarrekeningen geen kosten zijn verbonden. Dit leidt tot de slotsom dat [eisers] niet heeft voldaan aan de publicatieplicht en dat overschrijding van de publicatietermijn geen onbelangrijk, gering verzuim betreft.”

Naar reeds volgt uit rov. 3.26 en 3.27 (onbestreden) van het arrest zijn [eisers] er niet in geslaagd

het aldus geactiveerde vermoeden van art. 2:248 lid 2 BW te ontzenuwen, omdat, kort gezegd, door [eisers] zelfs niet een andere oorzaak (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) van het faillissement van [A] aannemelijk is gemaakt, laat staan een andere belangrijke oorzaak (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) van dat faillissement. Tegen die achtergrond bezien, brengt het hof in rov. 3.27, derde zin van het arrest (“Er is sprake van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en er is geen sprake van een onbelangrijk verzuim”), te lezen in verbinding met het overigens in rov. 3.27 van het arrest overwogene (waaronder het niet aannemelijk zijn geworden van andere belangrijke oorzaken van het faillissement van [A]), tot uitdrukking dat de hier aan de orde zijnde onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur (dus [eisers], die het geactiveerde vermoeden van art. 2:248 lid 2 BW niet hebben kunnen ontzenuwen, waarover hiervoor) naar aard en ernst, in de zin van art. 2:248 lid 4, eerste zin BW, dus geen aanleiding geeft tot matiging op de voet van art. 2:248 lid 4 BW. Daarbij valt, naast het voorgaande, ook te bedenken dat de wetgever deze verbinding tussen art. 2:248 lid 2 BW en art. 2:394 BW heeft aangebracht omdat die publicatieverplichting wordt gezien als een “zeer fundamentele”, “elementaire” verplichting van het bestuur⁶¹ en het niet voldoen daaraan, gelet op het gewicht dat aan de nakoming daarvan toekomt, erop wijst dat het bestuur zijn taak ‘ook voor het overige’ niet behoorlijk vervult.⁶² Ik wijs in dit

61 Zie o.a. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 14, 22, 27: “Bij onbehoorlijk bestuur gaat het om gedragingen die als schuldige verwaarlozing van de bestuurstaak kunnen worden aangemerkt. Het meest sprekende voorbeeld wordt in de wet zelf genoemd, namelijk het niet bijhouden van een boekhouding of het verwaarlozen van de verplichting tot het openbaar maken van de jaarrekening”, en over: een “zeer fundamentele verplichting van het bestuur” en “elementaire verplichtingen voor het bestuur van de vennootschap. Verwaarlozing ervan moet dan ook gelden als een onweerlegbaar bewijs van onbehoorlijke taakvervulling.”

62 Zie o.a. *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, 3, p. 4 en *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 18 en 38, waaronder: “De vaststelling van de onbehoorlijke taakvervulling is gegrond op de constatering door de curator, dat het bestuur in gebreke is gebleven ten aanzien van een belangrijke verplichting, die tot het bijhouden van

een behoorlijke boekhouding of die tot tijdige publicatie van de jaarstukken. Resultaat van deze bepaling zal zijn, dat er ten aanzien van deze fundamentele bestuursverplichtingen meer ernst wordt betracht, wat in het algemeen de mogelijkheid van onbehoorlijk bestuur doet verminderen. Immers een nauwgezette naleving van deze verplichtingen dwingt de bestuurders er toe zich stelselmatig rekenschap te geven van de financiële toestand van de vennootschap en haar reilen en zeilen in het algemeen.” Zie ook p. 39, waar o.a. staat dat art. 2:248 BW bedoelt “een stimulans te geven tot verantwoordelijk gedrag van bestuurders en de bescherming van de rechtspersoonlijkheid te doorbreken in geval van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling”, waarbij geldt “dat een bestuurder van een vennootschap moet instaan voor het bezitten van bepaalde kwaliteiten die van hem kunnen worden verwacht.” Zie ook o.a. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 9, p. 22: “Met weglating van alle details gaat het er immers om dat de wet duidelijk maakt dat de bescherming door rechtspersoonlijkheid toekomt aan rechtspersonen en hun bestuurders indien het handelen van het bestuur van die rechtspersonen aan redelijk te stellen eisen voldoet en wegvalt wanneer zulks niet het geval is”; en *Kamerstukken I* 1985/86, 16631, 27b, p. 12, waar de bestuursverplichtingen van art. 2:10 BW en art. 2:394 BW worden aangemerkt “als fundamenteel en van wezenlijke betekenis voor het bestaan van een goede vennootschappelijke orde. En dus ook van wezenlijke betekenis voor de preventie van misbruik, dat door die vennootschappelijke orde niet kan worden getolereerd.” Ik wil niet verhelelen dat er in de literatuur kritiek bestaat op deze verbinding tussen art. 2:248 lid 2 BW en art. 2:394 BW, maar dat laat het voorgaande onverlet, alsook dat die verbinding nog steeds geldend recht vormt. Zie o.a. HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189, NJ 2013/401, rov. 3.5.2 en HR 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1099, NJ 2021/375, rov. 3.2: “Art. 2:248 lid 2 BW bepaalt dat indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit art. 2:10 BW of art. 2:394 BW, het zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het niet voldoen aan deze verplichtingen wijst erop dat het bestuur zijn taak ook voor het overige niet behoorlijk vervult.” Zie verder o.a. Huijink 2019, art. 2:248 BW, aant. 21.3: “Een contra-indicatie voor matiging geeft al evenzeer het niet of niet tijdig openbaar maken door de bestuurders van de jaarrekening of het openbaar maken van een jaarrekening, waarin door middel van onvoldoende of onjuiste vermelding van gegevens het kennelijk onbehoorlijke beleid is bemanteld. Hadden de crediteuren op het

verband ook op rov. 3.22 van het arrest, waarin het hof aandacht besteedt aan art. 2:248 leden 1-3 BW.

– *Het niet aannemelijk zijn geworden van andere belangrijke oorzaken van het faillissement*

b. Het hof overweegt in rov. 3.26 van het arrest dat door [eisers], in het kader van de weerlegging van het in art. 2:248 lid 2 BW bedoelde vermoeden (dat onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de gefailleerde vennootschap, zie ook onder 3.4 hiervoor) dat is geactiveerd door hetgeen het hof overweegt in rov. 3.25 van het arrest, gewezen is op andere omstandigheden die volgens hen een belangrijke oorzaak van het faillissement van [A] zijn. Daarop laat het hof volgen:

“3.26. (...) Ze wijst allereerst op algemene (nadeelige) ontwikkelingen in de groothandelsbranche in de jaren 2012 tot en met 2016 en stelt dat ook [A] last heeft gehad van deze algemene trends. Vanaf 2012 waren de vaste bedrijfslasten van [A] hoger dan haar omzet waardoor liquiditeitstekorten zijn ontstaan, aldus [eisers] onderbouwt dit onder meer door de hoogte van het verlies over de jaren heen, de omzetten, de oplopende crediteurenstand en haar vaste lasten over 2015 en 2016 te vermelden, onder overlegging van jaarrekeningen, maar zij licht niet toe hoe deze cijfers zich verhouden tot (haar verkopen aan) haar exclusieve afnemer en groepsvennootschap TTGro. De inkoop van [A] was immers afgestemd op de afname door TTGro, waardoor haar inkoopkosten beperkt zouden moeten zijn gebleven tot datgene wat TTGro afnam en deze inkoopkosten (met marge, waarvan [eisers] stelt dat deze ondanks de slechte jaren altijd goed is gebleven) geen grote schulden hadden moeten opleveren als TTGro regulier betaalde. Van de hoge vaste bedrijfslasten die [eisers] vermeldt, is zonder nadere toelichting ook niet zonder meer duidelijk waarom die voor

voorgeschreven moment over de juiste informatie kunnen beschikken, dan hadden zij maatregelen kunnen nemen om het verder oplopen van de schade te voorkomen. Of en in welke mate zij dat hadden kunnen doen, is een vraag, waarvan het speculatief karakter voor rekening dient te komen van hen, die in verzuim zijn. Dit verzuim is een vorm van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en wel een, die op grond van haar 'aard en ernst' weinig matiging rechtvaardigt.”

rekening van [A] kwamen. [A] was immers een kleine inkooporganisatie die volgens de toelichting van [eisers] in haar memorie van grieven uitsluitend verkocht aan TTGro, die volgens de producties bij de processtukken bovendien was gevestigd in hetzelfde bedrijfspand aan de Bellstraat 3 te Tiel. Waarom dus alle in- en verkoopkosten, personeelskosten, managementkosten, autokosten en dergelijke bij [A] berussten, zoals [eisers] schrijft in haar memorie van grieven (randnummer 8.68), is onduidelijk. Uit de overgelegde jaarrekening van [A] over 2016 blijkt bovendien dat in 2015 en 2016 de grootste actiefpost van [A] bestond uit een zeer aanzienlijke, snel oplopende rekening-courantvordering op TTGro ter hoogte van € 286.552,= in 2015 en € 438.950 = in 2016. [eisers] heeft in eerste aanleg aangevoerd dat TTGro met chronische liquiditeitstekorten kampte en dat dit de reden is dat de rekening-courantvordering op TTGro is opgelopen en [A] daardoor ook met liquiditeitstekorten kampte. [eisers] is evenwel via [Groep] B.V. ook middellijk aandeelhouder en bestuurder van TTGro en had daarmee invloed op zowel het betaalgedrag van TTGro als het debiteurenbeleid van [A]. [eisers] heeft in hoger beroep niet toegelicht hoe een en ander zich verhoudt tot elkaar en wat zij heeft gedaan om TTGro alsnog te laten betalen aan [A], dan wel waarom [A] niet is gestopt met inkopen en leveren aan TTGro. Daarmee is ook niet duidelijk dat dit een van buiten komende oorzaak van het faillissement van [A] zou zijn. Gelet op het voorgaande heeft [eisers] onvoldoende aannemelijk gemaakt dat hier sprake is van andere feiten en omstandigheden die een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement van [A] en die niet aan [eisers] zijn toe te rekenen.”

Voorts overweegt het hof in rov. 3.27 (onbestreden) van het arrest dat door [eisers] verder als belangrijke oorzaken van het faillissement van [A] is aangevoerd dat klanten overstapten naar meer innovatieve groothandels, alsmede dat klanten wegbleven doordat [betrokkene 3] en [betrokkene 4] weggingen en eerstgenoemde een concurrerende technische groothandel begon. Het hof overweegt daaromtrent dat dit niet concreet (cijfermatig) door [eisers] is toegelicht en onderbouwd en dat daarnaast zonder nadere toelichting eveneens onduidelijk is waarom die oorzaken betrekking hadden op [A], dat maar een afnemer had (TTGro) en in zoverre geen last kan hebben gehad van wegblijvende klanten. Gelet daarop

komt het hof tot de conclusie dat [eisers] ook hiermee onvoldoende aannemelijk hebben gemaakt dat sprake is van een andere belangrijke oorzaak van het faillissement van [A].⁶³ 's Hof

63 In rov. 3.28 van het arrest zet het hof nog uiteen dat het evenmin volgt de stelling van [eisers] dat zij adequate maatregelen hebben getroffen om het faillissement van [A] af te wenden. Rov. 3.28 van het arrest luidt als volgt: “3.28 Het treffen van betalingsregelingen met crediteuren is geen structurele oplossing voor een structureel liquiditeitstekort. Dat getracht is om extra omzet te realiseren en kosten te reduceren is in het licht van het bovenstaande, met name het onduidelijke debiteurenbeleid met betrekking tot TTGro [zie rov. 3.26 van het arrest, A-G], onvoldoende. Zeker nu maatregelen zoals kosten delen door medewerkers zowel werkzaam te laten zijn voor [A] als voor INIQ (een andere groepsvennootschap) en INIQ een deel van de bedrijfsruimte te laten gebruiken tegen een vergoeding, geen liquiditeit opleverden voor [A] omdat alle facturen volgens [eisers] in rekening-courant werden geboekt. Ook van de tijdelijke leningen die door INIQ en andere groepsvennootschappen zouden zijn verstrekt, is zonder nadere toelichting hoe een en ander zich verhoudt tot de hoge kosten van [A], de snel oplopende rekening-courantvordering van TTGro en de verrekeningen in rekening-courant, onduidelijk in hoeverre dat een adequate maatregel is geweest. Gelet op het voorgaande is het argument dat er sprake was van een ‘redelijk perspectief’ bij [A] bovendien eveneens onvoldoende gemotiveerd. Het hof is dan ook van oordeel dat [eisers] hoofdelijk aansprakelijk is voor het tekort in het faillissement van [A].” Daarmee respondeert het hof nog op het betoog van [eisers] dat zij hebben gevoerd voor het geval de curator zou menen, kort gezegd, dat [eisers] hebben nagelaten het intreden van de door hen genoemde andere belangrijke oorzaken van het faillissement van [A] (de aannemelijkheid waarvan het hof dus niet aanneemt, zie rov. 3.26 en 3.27 (onbestreden) van het arrest) te voorkomen en dit onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur oplevert, alsmede hun betoog dat er, kort gezegd, ondanks de moeilijke omstandigheden bij [A] sprake was van een redelijk perspectief en dat het verwijt dat geen redelijk handelend bestuurder in dezelfde omstandigheden de onderneming niet zou hebben laten voortbestaan derhalve niet terecht is. Zie de memorie van grieven, nr. 8.57 e.v., 8.64 e.v. Gelet op rov. 3.25-3.27 (onbestreden) van het arrest komt hetgeen het hof nog overweegt in rov. 3.28 van het arrest, te onderscheiden van zijn oordeel in rov. 3.25-3.27 (onbestreden) van het arrest (rov. 3.28 van het arrest ziet kenbaar op iets anders), mij, behoudens rov. 3.28,

analyse in rov. 3.26 van het arrest komt erop neer dat het door [eisers] ter zake aangevoerde reeds erop stukloopt dat het, bij gebreke aan afdoende toelichting door [eisers], te veel onduidelijkheden bevat voor het hof om op basis van de daartoe door hen gestelde feiten en omstandigheden een oorzaak van het faillissement van [A] anders dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur te kunnen aannemen, laat staan een andere belangrijke oorzaak (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) van dat faillissement, waaraan het hof nog toevoegt – bij die gegeven stand van zaken: welbeschouwd ten overvloede – dat ook niet duidelijk is dat dit een “van buiten komende” oorzaak van het faillissement van [A] zou zijn, aldus dat de daaraan ten grondslag liggende feiten en omstandigheden evenmin aan [eisers] als (indirect) bestuurders van [A] zijn te relateren (“toe te rekenen”).⁶⁴ ’s Hof’s analyse in rov. 3.27 (onbestreden) van het arrest komt erop neer dat het verder door [eisers] aangevoerde aan feiten en omstandigheden omtrent andere belangrijke oorzaken van het faillissement van [A] onvoldoende concreet (cijfermatig) is toegelicht en onderbouwd, met inbegrip dat onduidelijk is waarom deze oorzaken betrekking hebben op [A], waaruit volgt dat ook hier door [eisers] zelfs niet een andere oorzaak (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) van het faillissement van [A] aannemelijk is gemaakt, laat staan een andere belangrijke oorzaak (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) van dat faillissement. In rov. 3.27, vierde zin van het arrest, specifiek “Het is niet aannemelijk geworden dat er andere belangrijke oorzaken van het faillissement zijn geweest” en te lezen in verbinding met het overigens in rov. 3.27 van het arrest overwogene, valt het hof terug op deze bevindingen in rov. 3.26 en 3.27

slotzin van het arrest (hiervoor geciteerd), voor als ten overvloede.

64 Dat hier in de zienswijze van het hof sprake is van twee te onderscheiden stappen die door [eisers] gezet moeten worden, kan worden afgeleid uit de slotzin van rov. 3.26 van het arrest: “Gelet op het voorgaande heeft [eisers] onvoldoende aannemelijk gemaakt dat hier sprake is van andere feiten en omstandigheden die een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement van [A] [dus andere feiten en omstandigheden dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, zie ook rov. 3.22 van het arrest, A-G] en die niet aan [eisers] zijn toe te rekenen [die dus ‘van buiten komen’, A-G].”

(onbestreden) van het arrest, waarmee het hof dus duidelijk maakt dat hier geen sprake is van een of meer andere oorzaken (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) van het faillissement van [A] in de zin van art. 2:248 lid 4, eerste zin BW die aanleiding geven tot matiging op de voet van art. 2:248 lid 4 BW, wat in lijn ligt met het oordeel ter zake van de rechtbank in rov. 4.20 van het vonnis (geciteerd onder 2.9 hiervoor) waarbij het hof dus ook aansluit in rov. 3.27 van het arrest (“Evenals de rechtbank”, etc.).

– *Geen aanwijzingen dat de boedel door de curator onjuist is afgewikkeld*

c. Het hof zet in rov. 3.4 van het arrest uiteen wat [eisers] volgens het hof hebben aangevoerd ten aanzien van de handelwijze van de curator, waaronder het hof daar reeds verstaat het verwijt dat de belangen van de boedel niet optimaal zijn behartigd door de curator:

“3.4 Grief 3 richt zich tegen het oordeel van de rechtbank dat de curator (pro se en q.q.) niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens [eiser 1]. [eisers] verwijt de curator, zo begrijpt het hof, dat deze 1) aan [eiser 1] verpande roerende zaken heeft verkocht terwijl zij van het rechtsgeldige pandrecht van [eiser 1] op de hoogte was en dit had moeten erkennen, 2) de verpande zaken voor een veel te lage prijs heeft verkocht op basis van een onjuiste biedingsprocedure en een onjuiste taxatie, waarbij zij 3) de rechter-commissaris meermaals onvolledig heeft geïnformeerd. De curator heeft daardoor de belangen van de boedel niet optimaal behartigd, aldus [eisers] Verder verwijt [eisers] de curator dat zij geen boedelbeschrijving ex artikel 94 Fw heeft opgemaakt en dat zij niet direct na het uitspreken van het faillissement de sloten van de bedrijfsruimte van [A] heeft vervangen om toegang voor werknemers en de onderhuurder daartoe onmogelijk te maken.” Het hof volgt in rov. 3.5-3.9 van het arrest (over de pandrechten van [eiser 1]) niet de stelling van [eisers] dat de curator de rechtsgeldigheid van het pandrecht van [eiser 1] op de bedrijfsvoorraden had moeten erkennen. Het overleggen van twee pandlijsten op 8 november 2016 was daarvoor niet voldoende. Hoewel uit de producties blijkt dat de communicatie tussen de curator en [eisers] niet optimaal was, heeft de curator meermaals duidelijk medegedeeld dat zij ook de onderliggende overeenkomst nodig had om de rechtsgeldigheid te kunnen beoordelen. [eisers] hebben een

e-mail van 24 november 2016 aangevoerd, waarmee zij de pandakte aan de curator hebben gestuurd. Volgens het hof past dit niet logisch in de daaraan voorafgaande en daarna volgende e-mailcorrespondentie. Gelet op de e-mailcorrespondentie en het faillissementsverhoor van na 24 november 2016, hebben [eisers] onvoldoende onderbouwd dat de curator de e-mail en de daarbij meegestuurde pandakte vanaf dat moment kende. Het was aan [eiser 1] als pandhouder om de curator de benodigde informatie toe te sturen of haar concreet te wijzen op de desbetreffende e-mail van 24 november 2016.

Het hof volgt in rov. 3.10-3.12 van het arrest (over de verkoop van de voorraden van [A]) evenmin het standpunt van [eisers] dat de curator geen reden had om tot de snelle verkoop van de bedrijfsvoorraden op 16 december 2016 over te gaan, omdat de gehuurde bedrijfsruimte pas medio februari 2017 hoefde te worden opgeleverd, en dat zij de rechter-commissaris onjuist heeft voorgelicht. De huurovereenkomst was op 11 november 2016 opgezegd, zodat de ruimte op 11 februari 2017 diende te worden opgeleverd. Uit de stukken blijkt dat de biedende partijen acht weken nodig hadden om de voorraden vanuit de bedrijfsruimte te verkopen. Vanwege die (niet ongebruikelijke en niet onredelijke) termijnen had de faillissementsboedel er belang bij dat de voorraden medio december 2016 werden verkocht, zodat het pand op tijd kon worden opgeleverd en geen nieuwe boedelvorderingen na datum faillissement zouden ontstaan. Niet is komen vast te staan dat de curator op het moment van de verkoop de pandakte kende en de pandrechten inhoudelijk had kunnen beoordelen, zodat niet is gebleken dat zij ten onrechte en in weerwil van de rechtsgeldige pandrechten de voorraden heeft verkocht. De curator heeft voldoende rekening gehouden met de (mogelijke) rechten van [eisers] door meermaals te vragen om de verpandingsstukken over te leggen en door aan te bieden om afspraken te maken over de verdeling van de opbrengst mocht later alsnog een rechtsgeldig pandrecht komen vast te staan. [eisers] hebben daarvan geen gebruik gemaakt. Gelet daarop heeft de curator de rechter-commissaris ook niet onjuist voorgelicht. Het hof volgt in rov. 3.13-3.17 van het arrest (over de taxatie, het biedingsproces en de waarde van de voorraad) evenmin de stellingname van [eisers] dat de uitgevoerde taxatie van de bedrijfsvoorraden en het biedingsproces ondeugdelijk zijn ge-

weest, en dat de curator de voorraden voor een veel te laag bedrag heeft verkocht en daardoor de boedel heeft benadeeld. Van een ondeugdelijke wijze van verkoop of een ondeugdelijk biedingsproces is niet gebleken. Dat de taxatie niet op de gebruikelijke (en meer wenselijke) wijze is uitgevoerd door een opnemering ter plaatse is in dit geval minder relevant, nu dit geen invloed heeft gehad op de ontvangen biedingen en het accepteren daarvan. Dat de curator wist of had moeten weten dat de voorraden een veel hogere waarde hadden, is niet komen vast te staan. Dat zij op een andere wijze een (veel) hogere opbrengst had kunnen realiseren, is niet nader gemotiveerd en onderbouwd door [eisers], zodat ook in zoverre niet gebleken is van een onjuist boedelbeheer of anderszins onrechtmatig handelen door de curator (q.q. of pro se) met betrekking tot de verkoop van de inventaris en voorraden.

Het hof volgt in rov. 3.18 van het arrest evenmin de stelling van [eisers] dat de curator de showroomkeukens van [A] voor een te lage waarde heeft verkocht, nu zij dat onvoldoende hebben onderbouwd. Er zijn geen stukken overgelegd waaruit blijkt welke keukens bij [A] aanwezig waren en dat die keukens bij een derde waren gekocht en volledig betaald, terwijl ook niets is overgelegd waaruit blijkt in hoeverre Atag al dan niet een eigendomsvoorbehoud had. Hetzelfde lot treft de stellingen van [eisers] dat de curator geen boedelbeschrijving in de zin van art. 94 Fw heeft opgemaakt en de sloten van het bedrijfspand pas 24 dagen na het intreden van het faillissement heeft vervangen, waardoor de boedel onjuist is beheerd. Met betrekking tot de sloten hebben [eisers] niet concreet gemotiveerd dat er in die periode daadwerkelijk activa van [A] zijn verdwenen uit de bedrijfsruimte, zodat van schade of benadeling van de boedel niet is gebleken. [eisers] hebben evenmin gemotiveerd waarom de boedelbeschrijving uit de door de curator opgestelde faillissementsverslagen in dit geval onvoldoende was en in hoeverre dat nadelig is geweest voor de boedel of onrechtmatig. Op dat voorgaande duidt het hof in rov. 3.27, vierde zin van het arrest, specifiek met “er zijn evenmin aanwijzingen dat de boedel onjuist is afgewikkeld door de curator” en te lezen in verbinding met het overigens in rov. 3.27 van het arrest overwogene, waarmee het hof vaststelt dat hier dus niet aan de orde is een wijze van afwikkeling van het faillissement van [A] in de zin van art. 2:248 lid 4, eerste zin BW die

aanleiding geeft tot matiging op de voet van art. 2:248 lid 4 BW.

3.18. Door aldus te oordelen, en gegeven het limitatieve karakter van de in art. 2:248 lid 4 BW vervatte matigingsgronden, respondeert het hof (ook) in de door het subonderdeel bestreden rov. 3.27 van het arrest afdoende gemotiveerd en begrijpelijk op de stellingen van [eisers] zoals bedoeld in het subonderdeel onder (i) t/m (iv),⁶⁵ die ik nu langsloop.

– (i) *Er zijn andere oorzaken voor het faillissement*
In de memorie van grieven, nr. 8.77 is door [eisers] op dit punt het volgende aangevoerd:

“8.77. (...)
(...)”

– Zoals in de 4de grief is omschreven, zijn er andere oorzaken van het faillissement. Tussen deze oorzaken en het faillissement bestaat een direct causaal verband, wat ontbreekt bij de onbehoorlijke taakvervulling uit hoofde van de schending van de publicatieverplichting. Doordat er duidelijk andere oorzaken van het faillissement zijn aan te voeren, dan de onbehoorlijke taakvervulling, dient de veroordeling tot het boedeltekort gematigd te worden.
(...)”

Deze stelling van [eisers] knoopt dus uitdrukkelijk aan bij de “andere oorzaken van het faillissement” van [A] die [eisers] hebben genoemd in grief 4, welke volgens hen in “een direct causaal verband” zouden staan tot “het faillissement” van [A]. Het hof bespreekt en verwerpt in rov. 3.26 en 3.27 (onbestreden) van het arrest op goed navolg-

65 Dit sluit in dat het hof zich welbeschouwd niet beperkt tot een afwijzing van het beroep van [eisers] op matiging ex art. 2:248 lid 4 BW in enkel “algemene bewoordingen”. Daarbij valt dus te bedenken dat in het onderhavige geval zich de bijzonderheid voordoet dat voordat het hof te oordelen heeft in het kader van art. 2:248 lid 4 BW (waarop rov. 3.27 van het arrest ziet), het hof al onder meer te oordelen heeft in het kader van de vragen naar aansprakelijkheid van de curator (q.q. en pro se) jegens [eisers] (zie met name rov. 3.4-3.18 van het arrest) en het aannemelijk zijn geworden van een of meer andere belangrijke oorzaken (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) van het faillissement van [A] (zie met name rov. 3.26-3.27 (onbestreden) van het arrest), welke vragen het hof dus ontkenkend beantwoordt, zoals mede uiteengezet onder 3.17 hiervoor.

bare wijze die daar door [eisers] genoemde andere oorzaken,⁶⁶ zoals samengevat onder 3.17 sub b hiervoor, waarop het hof kenbaar mede terugvalt in rov. 3.27, vierde zin van het arrest en waarmee het hof afdoende duidelijk maakt dat, anders dan [eisers] aanvoeren in de memorie van grieven, nr. 8.77, hier dus geen sprake is van andere oorzaken van het faillissement van [A] in de zin van art. 2:248 lid 4, eerste zin BW die aanleiding geven tot matiging op de voet van art. 2:248 lid 4 BW, zoals ook uiteengezet onder 3.17 sub b hiervoor. Niet valt in te zien, en het subonderdeel legt verder ook niet uit, waarom het hof door te overwegen in rov. 3.27 van het arrest zoals het doet ten onrechte niet, althans niet op voldoende kenbare en/of begrijpelijke wijze, respondeert op de in het subonderdeel onder (i) bedoelde stellingen van [eisers] Dat doet het hof in totaliteit bezien dus wel, voor zover daartoe aanleiding bestond; ook als ervan wordt uitgegaan, met het subonderdeel, dat de rechter het afwijzen van een beroep op matiging op grond van art. 2:248 lid 4 BW iets zwaarder zal moeten motiveren dan in het algemeen is vereist. Daarbij betrek ik:

– dat het hof in rov. 3.26 van het arrest met, kort gezegd, “een van buiten komende oorzaak”⁶⁷ in het kader van art. 2:248 lid 2 BW een te strenge eis

66 Het subonderdeel verwijst nog naar de memorie van grieven, nr. 8.18 t/m 8.57. Die passages worden niet genoemd in de memorie van grieven, nr. 8.77. Zij bevatten, kort gezegd, de opmerking dat [eisers] daarin alle omstandigheden volledig zullen beschrijven, waarop [eisers] vervolgens ingaan: branche omstandigheden (nr. 8.24 e.v.); de financiële situatie van [A] (nr. 8.31 e.v.); en de oorzaken van het faillissement van [A], waarbij [eisers] achtereenvolgens bespreken: de achterblijvende omzet (nr. 8.38 e.v.), de liquiditeit (nr. 8.42 e.v.), het wegvallen van de omzet in september en oktober 2016 (nr. 8.46 e.v.), en de veranderende markt (nr. 8.54 e.v.). Het hof zet in rov. 3.26 en 3.27 (onbestreden) van het arrest uiteen welke andere oorzaken volgens hem door [eisers] zijn aangevoerd in grief 4 en behandeling vergen, waarover in cassatie niet wordt geklaagd. ’s Hof’s uitleg van de gedingstukken ter zake is m.i. ook niet onbegrijpelijk.

67 Oftewel de aannemelijkheid van feiten en omstandigheden die niet alleen een belangrijke oorzaak van het faillissement van [A] opleveren anders dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, maar ook niet aan [eisers] zijn toe te rekenen. Zie rov. 3.26, slotzin van het arrest.

stelt aan succesvolle ontzenuwing van het daarin vervatte vermoeden, bovenop de eis van het aannemelijk zijn van andere feiten en omstandigheden dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur als belangrijke oorzaak van het faillissement van [A], voor zover het hof eerstgenoemde eis daar stelt (zie onder 3.4 hiervoor),⁶⁸

– en dat het hof, voor zover het in rov. 3.27, vierde zin van het arrest voor doeleinden van de in art. 2:248 lid 4, eerste zin BW vervatte matigingsgrond “de andere oorzaken van het faillissement” ook zo’n “van buiten komende oorzaak” vergt bovenop het kunnen aannemen van een of meer andere oorzaken van het faillissement van [A] dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, tevens een te strenge eis stelt aan het kunnen aannemen van die matigingsgrond in art. 2:248 lid 4 BW (zie onder 3.9 hiervoor),

– maar dat het hof met de daaraan voorafgaande overwegingen in rov. 3.26 van het arrest waarop het evenzeer voortbouwt in rov. 3.27 van het arrest, erop neerkomend dat het door [eisers] ter zake aangevoerde reeds erop stukloopt dat het, bij gebreke aan afdoende toelichting door [eisers], te veel onduidelijkheden bevat voor het hof om op basis van de daartoe door hen gestelde feiten en omstandigheden een oorzaak van het faillissement van [A] anders dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur te kunnen aannemen, laat staan een andere belangrijke oorzaak (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) van dat faillissement (zie onder 3.17 sub b hiervoor), hoe dan ook al zelfstandig dragend en afdoende gemotiveerd uiteenzet – niet alleen in rov. 3.26 van het arrest, maar voortbouwend daarop ook in rov. 3.27 van het arrest, in zoverre tevens responderend op het beroep op matiging van [eisers] ex art. 2:248 lid 4 BW – waarom hier enige andere oorzaak van het faillissement van [A] dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan te nemen valt,

– waaraan naar de aard niet afdoet hetgeen het hof overigens overweegt in rov. 3.26 van het arrest, noch een eventueel voortbouwen ook daarop door het hof in rov. 3.27 van het arrest.⁶⁹

Zie ook onder 3.22 hierna.

– (ii) *De curator heeft de belangen van de boedel niet optimaal in acht genomen en zij heeft de opbrengsten voor de boedel niet gemaximaliseerd, waardoor het boedeltekort groter is geworden*

In de memorie van grieven, nr. 8.77 is door [eisers] op dit punt het volgende aangevoerd “8.77. (...)”

(...)

– De afwikkeling van het faillissement krijgt geen schoonheidsprijs. Zoals in paragraaf 3 en grief 3 is omschreven, heeft de curator de belangen van de boedel niet optimaal in acht genomen en heeft zij de opbrengsten voor de boedel niet gemaximaliseerd. Hierdoor is het boedeltekort groter geworden, wat een grond oplevert voor matiging. (...)

Deze stelling van [eisers] knoopt dus uitdrukkelijk aan bij de stellingname van [eisers] in die paragraaf 3 en grief 3 dat “de curator de belangen van de boedel niet optimaal in acht genomen [heeft] en zij de opbrengsten voor de boedel niet gemaximaliseerd [heeft]”, waardoor het boedeltekort groter is geworden.⁷⁰ Het hof bespreekt en verwerpt in rov. 3.4-3.18 van het arrest op goed navolgbare wijze die stellingname van [eisers], zoals samengevat onder 3.17 sub c hiervoor, waarop het hof kenbaar terugvalt in rov. 3.27, vierde zin van het arrest en waarmee het hof afdoende duidelijk maakt dat, anders dan [eisers] aanvoeren in de memorie van grieven, nr. 8.77, hier dus geen sprake is van een wijze van afwikkeling van het faillissement van [A] in de zin van art. 2:248 lid 4, eerste zin BW die aanleiding geeft tot matiging op de voet van art. 2:248 lid 4 BW, zoals ook uiteengezet onder 3.17 sub c hiervoor. Niet valt in te zien waarom het hof door te over-

zaak (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) van het faillissement van [A] aannemelijk is gemaakt, laat staan een andere belangrijke oorzaak (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) van dat faillissement.

⁷⁰ In het subonderdeel wordt ook verwezen naar de memorie van grieven, nr. 7.1 t/m 7.93, hoewel deze niet worden genoemd in de memorie van grieven, nr. 8.77. De stellingen van [eisers] op dit punt die behandeling vergen vat het hof samen in rov. 3.4 van het arrest, waarover in cassatie niet wordt geklaagd. ’s Hof’s uitleg van de gedingstukken ter zake is m.i. ook niet onbegrijpelijk.

⁶⁸ Hierover wordt in cassatie hoe dan ook niet geklaagd door [eisers]

⁶⁹ Zoals uiteengezet onder 3.17 sub b hiervoor, volgt uit rov. 3.27 (onbestreden) van het arrest dat volgens het hof ook hier door [eisers] zelfs niet een andere oor-

wegen in rov. 3.27 van het arrest zoals het doet ten onrechte niet, althans niet op voldoende kenbare en/of begrijpelijke wijze, respondeert op de in het subonderdeel onder (ii) bedoelde stellingen van [eisers] Dat doet het hof in totaliteit bezien dus wel, voor zover daartoe aanleiding bestond; ook als ervan wordt uitgegaan, met het subonderdeel, dat de rechter het afwijzen van een beroep op matiging op grond van art. 2:248 lid 4 BW iets zwaarder zal moeten motiveren dan in het algemeen is vereist. Daarbij teken ik aan dat waar het subonderdeel onder (ii) nog betoogt dat het hof die stellingname van [eisers] deels zou zijn gevolgd “door te oordelen dat de wijze waarop de taxatie van de voorraden heeft plaatsgevonden op basis van de foto’s niet de schoonheidsprijs verdient” (rov. 3.16 van het arrest), het subonderdeel ten onrechte negeert dat het hof in rov. 3.16 en 3.17 van het arrest juist oordeelt dat dit niet wil zeggen dat de curator daarmee onrechtmatig heeft gehandeld of de boedel heeft benadeeld, dat van een ondeugdelijke wijze van verkoop of een ondeugdelijk biedingsproces niet is gebleken en dat in dit geval minder relevant is dat de taxatie niet op de gebruikelijke (en meer wenselijke) wijze is uitgevoerd door een opnemings ter plaatse, nu dit geen invloed heeft gehad op de ontvangen biedingen en het accepteren ervan, met als slotsom dat “niet gebleken is van onjuist boedelbeheer of anderszins onrechtmatig handelen door de curator (q.q. of pro se) met betrekking tot de verkoop van de inventaris en voorraden.” Zie ook onder 3.22 hierna.

– (iii) *De vennootschappen van het concern zijn de grootste gedupeerden van het faillissement*

In de memorie van grieven, nr. 8.77 is door [eisers] op dit punt het volgende aangevoerd: “8.77. (...)”

– De vennootschappen van het concern, zijn de grootste gedupeerde van het faillissement. [eiser 1], INIQ, IQ Projecten, Recria en Donkervoort moeten alleen hun rekening-courantvorderingen door het faillissement afschrijven, terwijl veel van het door hen verleende kapitaal is aangewend om de crediteuren te kunnen betalen. Deze omstandigheid is een reden om de veroordeling tot het faillissementstekort te matigen.”

[verschrijving in origineel, A-G]

Zoals uiteengezet onder 3.26 hierna, bij de behandeling van (de derde alinea van) subonderdeel

1.6, behoefde het hof nader te responderen op deze stelling van [eisers] in het kader van rov. 3.27 van het arrest (of elders in het arrest) wat betreft de vraag naar matiging van het boedeltekort waarvoor [eisers] aansprakelijk zijn op de voet van art. 2:248 lid 4 BW.⁷¹ Dit geldt tevens als ervan wordt uitgegaan, met het subonderdeel, dat de rechter het afwijzen van een beroep op matiging op grond van art. 2:248 lid 4 BW iets zwaarder zal moeten motiveren dan in het algemeen is vereist. Dat behoeft hier geen verdere toelichting (want zie dus nader onder 3.26 hierna).

– (iv) *Er is voldaan aan de boekhoudplicht van art. 2:10 BW en niet is gebleken dat de administratieplicht door [eisers] is geschonden*

In de memorie van grieven, nr. 8.77 is door [eisers] op dit punt het volgende aangevoerd:

“8.77. (...)”

– Indien uw gerechtshof meent dat er sprake is van onbehoorlijke taakvervulling door de schending van de publicatieverplichting, is deze schending en het daarmee vaststaande onbehoorlijke bestuur niet van dien aard, dat zij het faillissement heeft veroorzaakt. Van een ernstige onbehoorlijke taakvervulling is dan ook geen sprake. Dit levert derhalve een grond op voor matiging. (...)”

Een stelling van [eisers] van de strekking zoals deze thans in het subonderdeel onder (iv) wordt aangevoerd, is niet aangevoerd door [eisers] voor het hof in het kader van een beroep op matiging ex art. 2:248 lid 4 BW. Dit staat niet in dat nr. 8.77 van de memorie van grieven. Dat het hof dit niet heeft gelezen in nr. 8.17 van de memorie van grieven⁷² (waarnaar dat nr. 8.77 van de memorie van grieven ook niet verwijst) “in combinatie” met dat nr. 8.77 van de memorie van grieven, is geenszins onbegrijpelijk. Daarbij komt dat het hof in

71 Dit geldt ook als daarbij wordt betrokken de verwijzing in het subonderdeel naar nr. 8.63 onder 8 van de memorie van grieven, welke passage luidt: “8.63. Op basis van maatregelen die genomen zijn ter voorkoming van het faillissement, kan de volgende conclusie worden getrokken (...) 8. [eiser 2] is via zijn vennootschappen de grootste gedupeerde schuldeiser van het faillissement van [A].”

72 Zie noot 58 hiervoor. Zoals daaruit blijkt, heeft nr. 8.17 van de memorie van grieven betrekking op weerlegging van het vermoeden van art. 2:248 lid 2 BW.

rov. 3.27 van het arrest hoe dan ook niet eraan voorbijziet dat – zoals het daaraan voorafgaand concludeert, in rov. 3.24 van het arrest – niet is gebleken dat hier de administratieplicht van art. 2:10 BW is geschonden, maar wat betreft de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur in de zin van art. 2:248 lid 4, eerste zin BW kenbaar van oordeel is dat, niettegenstaande die conclusie inzake de niet-schending (naleving) van de administratieplicht van art. 2:10 BW, gegeven de in rov. 3.25 van het arrest bedoelde herhaalde schending over de jaren 2014 en 2015 van de publicatieplicht van art. 2:394 BW (“er is geen sprake van een onbelangrijk verzuim”) en de daaruit voortvloeiende onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur (dus [eisers])⁷³ (in cassatie onbestreden), welke herhaalde schending bovendien ziet op een volgens de wetgever “zeer fundamentele”, “elementaire” verplichting van het bestuur en erop wijst dat het bestuur zijn taak ‘ook voor het overige’ niet behoorlijk vervult, die matigingsgrond in art. 2:248 lid 4, eerste zin BW als zodanig hier geen aanleiding geeft tot matiging op de voet van art. 2:248 lid 4 BW, anders dan door [eisers] is betoogd in dat nr. 8.77 van de memorie van grieven. Zie ook onder 3.17 sub a hiervoor. Niet valt in te zien, en het subonderdeel legt verder ook niet uit, waarom het hof door te overwegen in rov. 3.27 van het arrest zoals het doet ten onrechte niet, althans niet op voldoende kenbare en/of begrijpelijke wijze, respondeert op de in het subonderdeel onder (iv) bedoelde stellingen van [eisers] Dat doet het hof in totaliteit bezien dus wel, voor zover daartoe aanleiding bestond; ook als ervan wordt uitgegaan, met het subonderdeel,

73 Daarbij zij opgemerkt dat [eisers] het daaraan ex art. 2:248 lid 2 BW gekoppelde vermoeden dat onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement van [A] volgens het hof niet hebben weten te ontzenuwen, reeds omdat zij, naar volgt uit rov. 3.26-3.27 (onbestreden) van het arrest (in cassatie onbestreden) en kort gezegd, zelfs niet een andere oorzaak (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) van dat faillissement aannemelijk hebben kunnen maken, laat staan een andere belangrijke oorzaak (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) van dat faillissement. Zie ook ’s hofs vaststelling in rov. 3.27, vierde zin van het arrest dat het niet aannemelijk is geworden dat er andere belangrijke oorzaken van het faillissement zijn geweest.

dat de rechter het afwijzen van een beroep op matiging op grond van art. 2:248 lid 4 BW iets zwaarder zal moeten motiveren dan in het algemeen is vereist.

3.19. Hierop stuit het subonderdeel af.

3.20. *Subonderdeel 1.3* klaagt dat het hof heeft miskend dat bij beoordeling van de omstandigheid in subonderdeel 1.2 onder (i) het hof niet enkel de oordelen kon overnemen zoals opgenomen in rov. 3.26-3.28 van het arrest. Hierdoor heeft het hof twee verschillende toetsingskaders vermengd en daarmee blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. De toets van art. 2:248 lid 2 BW, waarbij een bestuurder het vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur kan weerleggen door andere omstandigheden aan te voeren die volgens hem een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement, betreft immers een andere toets dan of er andere oorzaken zijn aan te wijzen voor het faillissement(stekort) in de zin van art. 2:248 lid 4 BW.

3.21. *Subonderdeel 1.4* klaagt dat het hof heeft miskend dat bij beoordeling van de omstandigheid in subonderdeel 1.2 onder (ii) het hof niet enkel de oordelen kon overnemen zoals opgenomen in rov. 3.4-3.19 van het arrest. Hierdoor heeft het hof twee verschillende toetsingskaders vermengd en daarmee blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. De toets bij de vraag of een curator q.q. of pro se aansprakelijk is, betreft immers een andere toets dan of er aanwijzingen zijn dat de wijze waarop het faillissement wordt afgewikkeld tot een toename van het tekort heeft geleid in de zin van art. 2:248 lid 4 BW.

3.22. De subonderdelen 1.3 en 1.4 lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Zij falen, gelet op het volgende. De vraag of er een of meer andere belangrijke oorzaken zijn van het faillissement van de vennootschap dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur komt aan bod in het kader van art. 2:248 lid 2 BW als, kort gezegd, sprake is van schending van de verplichtingen in art. 2:10 BW en/of art. 2:394 BW (behoudens een onbelangrijk verzuim) en door de aangesproken bestuurder(s) wordt getracht het alsdan geactiveerde vermoeden in art. 2:248 lid 2 BW (dat onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement) te ontzenuwen. Zie onder 3.4 hiervoor. Dit laatste is ook in de onderhavige zaak het geval, mede gelet op rov. 3.25-3.27 (onbestreden) van het arrest, waaruit reeds volgt dat [eisers] er volgens het hof

niet in zijn geslaagd dat hier geactiveerde vermoeden van art. 2:248 lid 2 BW te ontzenuwen. Zie onder 3.17 sub b en 3.18 sub (i) hiervoor. De matigingsgrond “de andere oorzaken van het faillissement” in art. 2:248 lid 4, eerste zin BW maakt het mogelijk dat de rechter bij de collectieve matigingsvariant van art. 2:248 lid 4 BW rekening houdt met het aandeel van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur in het totaal van de oorzaken die tot het faillissement van de vennootschap hebben geleid. Zie onder 3.2 en 3.5-3.9 hiervoor. Art. 2:248 lid 4, eerste zin BW eist ter zake dan ook niet een of meer andere *belangrijke* oorzaken (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) van het faillissement, zoals art. 2:248 lid 2 BW wel doet, maar een of meer andere oorzaken (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) van het faillissement. Daarin schuilt dus een verschil tussen art. 2:248 lid 2 BW en art. 2:248 lid 4 BW, dat ook verklaarbaar is door de verschillende, te onderscheiden functies van die bepalingen. Zie onder 3.2-3.5 hiervoor. M.i. bevat art. 2:248 lid 4 BW ter zake ook niet de eis, net zo min als art. 2:248 lid 2 BW overigens (zie onder 3.4 hiervoor), dat het bij zo’n andere (belangrijke) oorzaak (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) van het faillissement ook nog eens moet gaan om een van buiten komende oorzaak, oftewel, en kort gezegd, een oorzaak die ook geen betrekking heeft op handelen of nalaten van een of meer bestuurders dat op zichzelf beschouwd geen onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur oplevert (en waarvan dus niet gezegd kan worden dat geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld). Zie onder 3.9 en 3.18 sub (i) hiervoor. Met rov. 3.27, vierde zin van het arrest, specifiek “Het is niet aannemelijk geworden dat er andere belangrijke oorzaken van het faillissement zijn geweest”, brengt het hof tot uitdrukking dat het wat betreft de matigingsgrond “de andere oorzaken van het faillissement” in art. 2:248 lid 4, eerste zin BW, en het daarop door [eisers] gedane beroep, voortbouwt op zijn bevindingen in rov. 3.26 en 3.27 (onbestreden) van het arrest. Zie onder 3.17 sub b en 3.18 sub (i) hiervoor. Zoals daar uiteengezet, volgt uit die overweging in rov. 3.27, vierde zin van het arrest dat naar ’s hofs oordeel die matigingsgrond zich hier al niet voor toepassing leent en het beroep daarop door [eisers] dus ongegrond is, nu, gelet op rov. 3.26 en 3.27 (onbestreden) van het arrest:

– het door [eisers] ter zake aangevoerde reeds erop stukloopt dat het, bij gebreke aan afdoende toelichting door [eisers], te veel onduidelijkheden bevat voor het hof om op basis van de daartoe door hen gestelde feiten en omstandigheden een oorzaak van het faillissement van [A] anders dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur te kunnen aannemen, laat staan een andere belangrijke oorzaak (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) van dat faillissement (rov. 3.26 van het arrest),

– en [eisers] ook wat betreft het verder door hen aangevoerde zelfs niet een andere oorzaak (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) van het faillissement van [A] aannemelijk hebben kunnen maken (rov. 3.27 (onbestreden) van het arrest),

– zodat van een of meer andere oorzaken van het faillissement van [A] dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet gesproken kan worden.

Hieruit blijkt niet van een onjuiste rechtsopvatting zoals bedoeld in subonderdeel 1.3. Het hof kon aldus, zoals het dus doet, in rov. 3.27, vierde zin van het arrest wat betreft de matigingsgrond “de andere oorzaken van het faillissement” in art. 2:248 lid 4, eerste zin BW voortbouwen op zijn bevindingen in rov. 3.26 en 3.27 (onbestreden) van het arrest (dit eerste ligt ook in het logisch verlengde van dit laatste), waaraan niet afdoet dat die bevindingen aldaar betrekking hadden op de vraag of [eisers] erin zijn geslaagd het geactiveerde vermoeden van art. 2:248 lid 2 BW te ontzenuwen, te meer niet nu [eisers] wat betreft hun beroep op die matigingsgrond juist terugverwezen naar hun betoog inzake de ontzenuwing van het geactiveerde vermoeden van art. 2:248 lid 2 BW. Zie onder 3.17 sub b en 3.18 sub (i) hiervoor. Anders gezegd: van een ontoelaatbare vermenging van twee toetsingskaders, te weten (ontzenuwing van het geactiveerde vermoeden in) art. 2:248 lid 2 BW en de matigingsgrond “de andere oorzaken van het faillissement” in de zin van art. 2:248 lid 4, eerste zin BW, geeft dit oordeel van het hof geen blijk. Het voorgaande draagt zelfstandig ’s hof oordeel in rov. 3.27, vierde zin van het arrest dat die matigingsgrond zich hier niet voor toepassing leent. Gelet daarop biedt subonderdeel 1.3 evenmin soelaas voor [eisers], voor zover het hof in rov. 3.27, vierde zin van het arrest ervan uitgaat dat toepassing van de in art. 2:248 lid 4, eerste zin BW vervatte matigings-

grond “de andere oorzaken van het faillissement” ook zo’n “van buiten komende oorzaak” vergt bovenop het kunnen aannemen van een of meer andere oorzaken van het faillissement van [A] dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, én voor zover subonderdeel 1.3 daarover klaagt. Daarmee zou het hof weliswaar een te strenge eis stellen aan het toepassing kunnen geven aan die matigingsgrond in art. 2:248 lid 4, eerste zin BW, en aldus blijken geven van een onjuiste rechtsopvatting, maar als het hof al in die zin oordeelt in rov. 3.27, vierde zin van het arrest kan dat niet leiden tot cassatie, en hebben [eisers] dus geen belang bij deze klacht, nu dat voorgaande, wat door subonderdeel 1.3 zonder vrucht wordt bestreden, dus reeds zelfstandig dragend is voor ’s hofs oordeel ter zake in rov. 3.27, vierde zin van het arrest dat die matigingsgrond zich hier niet voor toepassing leent. Daarop strandt subonderdeel 1.3. Subonderdeel 1.4 strandt eveneens, in het voetspoor van subonderdeel 1.3. Art. 2:248 lid 4, eerste zin BW bepaalt dat de rechter het bedrag waarvoor het bestuur aansprakelijk is kan verminderen indien dit hem bovenmatig voorkomt, gelet op de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, de andere oorzaken (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) van het faillissement en de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld. Ten aanzien van laatstgenoemde matigingsgrond is door [eisers] zelf aangeknoopt bij hun stellingen in paragraaf 3 van en grief 3 in de memorie van grieven ter zake de (q.q. en pro se) aansprakelijkheid van de curator, daarbij slechts kort en zeer algemeen opmerkend, onder generieke verwijzing naar die vindplaatsen, dat de belangen van de boedel niet optimaal zijn behartigd en het tekort is toegenomen. Zie onder 3.17 sub c en 3.18 sub (ii) hiervoor. Zoals daar uiteengezet, stelt het hof in rov. 3.4-3.18 van het arrest vast dat de door [eisers] aan de curator gemaakte verwijten ongegrond zijn, in welk verband het hof onder meer oordeelt:

- welke verwijten [eisers] aan de curator maken (rov. 3.4 van het arrest);
- wat het toetsingskader hier onder meer inhoudt (rov. 3.5 van het arrest);
- dat het hof niet meegaat in de stelling van [eisers] dat de curator de rechtsgeldigheid van de pandrechten van [eiser 1] op de bedrijfsvoorraden van [A] had moeten erkennen (rov. 3.5-3.9 van het arrest);

- dat het hof niet meegaat in de stelling van [eisers] dat de curator geen reden had om medio december 2016 tot de verkoop van de bedrijfsvoorraden over te gaan, omdat de gehuurde bedrijfsruimte pas medio februari 2017 hoefde te worden opgeleverd, en zij dus met die verkoop had moeten wachten (rov. 3.10 van het arrest);
- dat niet is komen vast te staan dat de curator op het moment van de verkoop van de bedrijfsvoorraden de pandakte kende en de pandrechten van [eisers] inhoudelijk had kunnen beoordelen, zodat niet is gebleken dat zij ten onrechte en in weerwil van rechtsgeldige pandrechten de bedrijfsvoorraden van [A] heeft verkocht (rov. 3.11 van het arrest);
- dat de curator bovendien voldoende rekening heeft gehouden met de (mogelijke) rechten van [eisers] door meermaals te vragen om de onderliggende verpandingsstukken over te leggen, door de verkoop van de voorraden eveneens meermaals aan te kondigen en door per e-mail aan te bieden om afspraken met [eisers] te maken over de verdeling van de opbrengst van de voorraden, mocht later alsnog komen vast te staan dat [eisers] een rechtsgeldig pandrecht hebben, van welke uitnodiging [eisers] geen gebruik hebben gemaakt (rov. 3.11 van het arrest);
- dat het hof evenmin inziet dat de curator de rechter-commissaris onjuist heeft voorgelicht bij het vragen van toestemming voor de voorgenomen verkoop (rov. 3.12 van het arrest);
- dat het hof niet meegaat in de stelling van [eisers] dat de uitgevoerde taxatie van de bedrijfsvoorraden en het biedingsproces ondeugdelijk zijn geweest en dat de curator de voorraden voor een veel te laag bedrag heeft verkocht (rov. 3.13-3.17 van het arrest);⁷⁴

74 Daarbij mede betreffend:

- dat de curator zes opkopers heeft uitgenodigd om de aangeboden zaken te bezichtigen en een bod te doen;
- dat slechts twee partijen daadwerkelijk zijn komen kijken;
- dat uiteindelijk ook slechts twee partijen een bod hebben uitgebracht;
- dat de curator de inventaris en voorraden vervolgens heeft verkocht aan de hoogsteieder, wat in het belang van de boedel was (zeker nu dezeieder de bedrijfsruimte ook leeg en bezemschoon zou opleveren voor het einde van de huurovereenkomst waarmee extra boedelkosten konden worden voorkomen);

– dat [eisers] onvoldoende hebben onderbouwd hun verwijt aan de curator dat zij de showroomkeuken van [A] voor een te lage waarde heeft verkocht (rov. 3.18 van het arrest);

– dat de curator op dat moment niet beschikte over recente, betrouwbare voorraadlijsten, maar slechts over de verouderde pandlijsten, zodat zij goede reden had om die lijsten niet te verstrekken aan kopers in het kader van de biedingsprocedure;

– dat [eisers] verder niet concreet hebben gemotiveerd welke andere opties de curator had voor verkoop en waarom die opties tot een (veel) hogere opbrengst zouden hebben geleid die wellicht meer in de buurt lag van de volgens [eisers] werkelijke waarde van de voorraden;

– dat de curator nota bene TTGro, een concernvenootschap van [eiser 1] en [A] en de exclusieve handelspartner van [A] (die bij uitstek op de hoogte zou moeten zijn van de waarde van de voorraden), in een e-mail aan [eiser 2] heeft uitgenodigd om ook een bod uit te brengen op de inventaris en voorraden, maar dat TTGro dat niet heeft gedaan;

– dat de curator de inventaris en voorraden “open” heeft aangeboden en opkopers heeft gevraagd om een bod uit te brengen, en dat de opkopers die dat wilden ter plaatse de zaken konden komen bekijken, op welk aanbod de curator dus maar twee biedingen heeft ontvangen;

– dat de taxateur de curator na ontvangst van de biedingen bovendien heeft geadviseerd het hoogste bod te accepteren, de curator heeft het hoogste bod dus ook laten toetsen voordat zij dit accepteerde;

– dat gelet op het voorgaande van een ondeugdelijke wijze van verkoop of een ondeugdelijk biedingsproces niet is gebleken;

– dat het feit dat de taxatie van de voorraden niet op de gebruikelijke (en meer wenselijke) wijze is uitgevoerd door een opneming ter plaatse (maar (alleen) op basis van foto's van de curator) in dit geval minder relevant is, nu dit (de taxatie/waarde) geen invloed heeft gehad op de ontvangen biedingen en het accepteren ervan;

– dat niet is komen vast te staan dat de curator wist of had moeten weten dat de voorraden een veel hogere waarde hadden en dat door [eisers] niet nader is gemotiveerd en onderbouwd dat de curator op een andere wijze een (veel) hogere opbrengst had kunnen realiseren, zodat ook in zoverre niet is gebleken van onjuist boedelbeheer of anderszins onrechtmatig handelen door de curator (q.q. of pro se) met betrekking tot de verkoop van de inventaris en voorraden.

– dat het hof, tot slot, evenmin meegaat in de stelling van [eisers] dat de curator geen boedelbeschrijving in de zin van art. 94 Fw heeft opge maakt en dat zij de sloten van het bedrijfspand pas 24 dagen na het intreden van het faillissement heeft vervangen en daardoor de boedel onjuist heeft beheerd (rov. 3.18 van het arrest).⁷⁵

Met rov. 3.27, vierde zin van het arrest, specifiek “en er zijn evenmin aanwijzingen dat de boedel onjuist is afgewikkeld door de curator”, brengt het hof tot uitdrukking dat het wat betreft de matigingsgrond “de wijze van afwikkeling van het faillissement” in art. 2:248 lid 4, eerste zin BW, en het daarop door [eisers] gedane beroep, voortbouwt op zijn bevindingen in rov. 3.4-3.18 van het arrest. Zie onder 3.17 sub c en 3.18 sub (ii) hiervoor. Zoals daar uiteengezet, volgt uit die overweging in rov. 3.27, vierde zin van het arrest dat naar 's hofs oordeel die matigingsgrond zich hier niet voor toepassing leent en het beroep daarop door [eisers] dus ongegrond is, nu op de wijze van afwikkeling van het faillissement van [A] door de curator op basis van hetgeen daartoe door [eisers] is aangevoerd dus geen relevante aanmerkingen – ook niet omtrent benadeling van de boedel, met inbegrip van toename van het boedeltekort – te maken zijn, naar de voorgaande samenvatting van rov. 3.4-3.18 van het arrest ook laat zien. Hieruit blijkt niet van een onjuiste rechtsopvatting zoals bedoeld in subonderdeel 1.4. Het hof kon aldus, zoals het dus doet, in rov. 3.27, vierde zin van het arrest wat betreft de matigingsgrond “de wijze van afwikkeling van het faillissement” in art. 2:248 lid 4, eerste zin BW voortbouwen op zijn bevindingen in rov. 3.4-3.18 van het arrest (dit eerste ligt ook in het logisch verlengde van dit laatste), waaraan niet afdoet dat die bevindingen

75 Daarbij betreffend:

– met betrekking tot de sloten dat [eisers] niet concreet hebben gemotiveerd dat er in die periode daadwerkelijk activa van [A] zijn verdwenen uit de bedrijfsruimte, zodat van enige schade of benadeling van de boedel niet is gebleken;

– met betrekking tot de boedelbeschrijving dat de curator faillissementsverslagen heeft opgesteld waaruit een beschrijving van de boedel volgt, dat zij ook de inventaris en de voorraden heeft gefotografeerd, en dat [eisers] evenmin hebben gemotiveerd waarom dat in dit geval een onvoldoende boedelbeschrijving is geweest en in hoeverre dat nadelig is geweest voor de boedel of onrechtmatig.

aldaar betrekking hadden op de vraag of de curator (q.q. of pro se) aansprakelijk is jegens [eisers], te meer niet nu [eisers] wat betreft hun beroep op die matingsgrond juist terugverwezen naar hun betoog inzake de aansprakelijkheid van de curator (q.q. of pro se) jegens hen. Zie onder 3.17 sub c en 3.18 sub (ii) hiervoor. Anders gezegd: van een ontoelaatbare vermenging van twee toetsingskaders, te weten de aansprakelijkheid van de curator (q.q. of pro se) jegens [eisers] en de matingsgrond “de wijze van afwikkeling van het faillissement” in de zin van art. 2:248 lid 4, eerste zin BW, geeft dit oordeel van het hof geen blijk. Hierop stuiten de subonderdelen af.

3.23. *Subonderdeel 1.5* klaagt dat nu het hof de matingsbevoegdheid ex art. 2:248 lid 4 BW ambtshalve kon toepassen,⁷⁶ het in mindere mate van belang is welke concrete feiten en omstandigheden in het kader van het beroep op de matiging in feitelijke instanties zijn aangevoerd.⁷⁷ De volgende feiten en omstandigheden hadden – ook buiten het beroep op matiging van [eisers] in nr. 8.76-8.78 van de memorie van grieven – voor het hof aanleiding moeten geven om tot matiging over te gaan:

– (v) Door het faillissement is de voorraad minder waard geworden. Deze voorraad is door de curator op 16 december 2016 verkocht voor € 20.750,- (inclusief showroomkeukens die deels van een derde waren die daarvoor een nettobedrag (dus verminderd met de boedelbijdrage) van € 3.750,- van de opbrengst heeft ontvangen) (rov. 3.13 van het arrest), terwijl de voorraad op 31 mei 2016 nog een bedrag van € 152.033,67 waard was.⁷⁸ Weliswaar heeft het hof geoordeeld

dat er geen sprake is geweest van een ondeugdelijke wijze van verkoop of een ondeugdelijk biedingsproces niet is gebleken (rov. 3.17 van het arrest), dit betekent echter nog niet dat deze volledige waardedaling (gevolgschade van het faillissement) aan de bestuurders kan worden toegerekend door hun tot vergoeding van het gehele boedeltekort te veroordelen.

– (vi) Matiging is ook aangewezen als de rechter wel vast kan stellen dat andere oorzaken hebben bijgedragen aan het faillissementstekort, maar niet in welke mate deze oorzaken hebben bijgedragen. Het hof heeft in rov. 3.27 (onbestreden) van het arrest geoordeeld dat [eisers] niet concreet cijfermatig hebben toegelicht en onderbouwd dat een belangrijke oorzaak van het faillissement was dat klanten overstapten naar meer innovatieve groothandels⁷⁹ en dat klanten wegble-

raadlijst meer afgedrukt, maar werden de voorraadmutaties wel bijgehouden in Syntess. De voorraadlijst die als bijlage bij de pandlijst d.d. 28 september 2016 is bijgevoegd (productie 4 bij procesinleiding), is een afdruk van de laatst afgedrukte voorraadlijst (d.d. 31 mei 2016), en daarmee een weergave van de voorraadwaarde op 31 mei 2016. 3.40. Door het verkrijgen van toegang tot het Syntess Systeem, is het mogelijk om de voorraadwaarde te achterhalen zoals deze op datum van faillissement was bijgewerkt. Hieruit blijkt een voorraadwaarde van € 158.208,52. De bijbehorende voorraadlijst is een afdruk van de geregistreerde voorraad, zoals die tot datum faillissement is bijgewerkt. Vergelijking met de voorraadwaarde lijst d.d. 31 mei 2016 laat duidelijk zien dat er mutaties hebben plaatsgevonden. Dit laat dus zien dat de voorraad steeds is bijgewerkt aan de hand van de verkopen. Daarnaast blijkt dit ook uit het verschil in waarde (152.033 en 158.208,52).”

79 Het subonderdeel verwijst daarbij, in noot 14 aldaar, naar de memorie van grieven, nr. 8.54, dat luidt: “8.54. Een oorzaak die ook heeft bijgedragen aan het faillissement, is de innovatie van de branche. Zoals [eisers], ook in eerste aanleg heeft betoogd, speelden diverse partijen in op nieuwe bestelmogelijkheden. Als productie 41 in eerste aanleg is daarvan een voorbeeld van de Technische Unie overgelegd. Via dat bestelplatform worden de bedrijfsauto's van monteurs 's nachts beleverd en aangevuld. Hierdoor is over voor de installatiebedrijven veel tijdswinst te behalen, nu de bedrijfsbussen niet eerst aangevuld moeten worden, voordat de monteur aan een klus kan beginnen. [A] had niet de middelen om dergelijke investeringen te doen, waardoor klanten overstapten naar anderen

76 Het subonderdeel vermeldt daarbij, in noot 11 aldaar: “Zie TK 1983-1984, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 29, laatste alinea: ‘De bepaling is zo geformuleerd dat de rechter haar ambtshalve kan toepassen, doch zulks sluit niet uit dat de gedaagde bestuurder in een conclusie gronden kan aanvoeren die matiging rechtvaardigen.’ Vgl. GS Rechtspersonen, art. 2:248 BW, aant. 21.1; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/464.” [g cursiveerd in origineel, A-G]

77 Het subonderdeel verwijst daarbij, in noot 12 aldaar, naar: “Conclusie van A-G De Bock van 16 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:927, onder 3.45.”

78 Het subonderdeel verwijst daarbij, in noot 13 aldaar, naar productie 18 bij en nr. 3.38-3.40, 4.58 van de memorie van grieven. Ik volsta hier met het citeren van nr. 3.39-3.40: “3.39. Na 31 mei 2016 is er geen voor-

ven doordat [betrokkene 3] en [betrokkene 4]⁸⁰ weggingen en [betrokkene 3] een concurrerende technische groothandel begon.⁸¹ De cijfermatige

(innovatieve) groothandels.” [verschrijving in origineel, A-G]

80 Het subonderdeel verwijst daarbij, in noot 15 aldaar, naar de memorie van grieven, nr. 8.50, 8.53 en 8.65, welke luiden: “8.50. Een andere oorzaak waardoor de omzet is stilgevallen is het vertrek van [betrokkene 4] eind september 2016. Hiermee vertrokken en er binnen een maand twee mensen, waardoor alleen [eiser 2] en [betrokkene 5] nog over bleven om de werkzaamheden uit te voeren. Voor [eiser 2] was het onmogelijk om én de klanten die nog kwamen te bedienen én om de verkopen te stimuleren en potentiële klanten te bezoeken. Deze twee belangrijke werkzaamheden waren onmogelijk te combineren. Daar komt bij dat [eiser 2] rond die tijd al kampte met de klachten van een burn out zoals later is vastgesteld door de huisarts van [eiser 2] (zie productie 2). (...) 8.53. Kortom, uit bovenstaande blijkt dat de omzet in september en oktober volledig is stilgevallen door het vertrek van [betrokkene 3] en [betrokkene 4] en dat [betrokkene 3] veel klanten heeft overgenomen door middel van zijn concurrerende groothandel. Deze klap is [A] niet meer te boven gekomen. (...) 8.65. Uit voorgaande opsomming van feiten en omstandigheden komt het beeld naar voren dat [A] een redelijk perspectief had om de moeilijke situatie door te komen. Dit perspectief veranderde in de maand september 2016, doordat de omzet grotendeels wegviel, [betrokkene 3] en [betrokkene 4] vertrokken en [eiser 2] er nagenoeg alleen voor kwam te staan. [eiser 2] heeft de nijpende situatie die eind september 2016 ontstond met VBA Accountants besproken. Op dat moment waren er al diverse aanzeggingen gedaan van faillissementsaanvragen. Dit heeft [eiser 2] doen besluiten om geen verweer te voeren tegen de faillissementsaanvraag van [betrokkene 4] die medio 10 oktober 2016 was ingediend. Doordat het perspectief binnen een maand compleet veranderde, zag [eiser 2] geen mogelijkheden meer om een faillissement te voorkomen. Derhalve heeft [eiser 2] dan ook berust in het faillissement, wat betekent dat hij de grootste gedupeerde van [A] zou worden.” [verschrijving in origineel, A-G]

81 Het subonderdeel verwijst daarbij, in noot 16 aldaar, naar de memorie van grieven, nr. 3.14 en 3.15, 4.18-4.23 en 8.47-8.49, 8.53, 8.65. Ik volsta hier met het citeren van nr. 8.47-8.49: “8.47. Het wegvallen van de omzet in september en oktober 2016 is grotendeels veroorzaakt door het vertrek van [betrokkene 3]. Zoals in randnummer 4.22 en 4.23 is beschreven, heeft

onderbouwing van andere oorzaken is uitermate complex en een bestuurder zal over het algemeen niet althans moeilijk kunnen aantonen in welke mate de andere oorzaken hebben bijgedragen aan het faillissementstekort. Een rechter kan ook schatten in welke mate welke oorzaak aan het tekort heeft bijgedragen. Zelfs als voor de rechter onduidelijk is of andere oorzaken aan het faillissementstekort hebben bijgedragen, kan nog tot matiging worden overgegaan. In het licht hiervan had het hof het oordeel nader moeten motiveren.⁸²

3.24. Het subonderdeel faalt, gelet op het volgende. Ten aanzien van het onder (v) aangevoerde, wat veronderstelt dat de enkele waardedaling van de voorraad door het faillissement van [A] (“gevolgschade van het faillissement”) valt binnen de

[betrokkene 3] in juli 2016 te kennen gegeven de samenwerking te beëindigen en zijn management-overeenkomst op te zeggen. Hierdoor viel een belangrijke basis weg bij [A]. [betrokkene 3] was als manager verantwoordelijk voor het reilen en zeilen van de onderneming en onderhield veel klantrelaties. Met het vertrek van [betrokkene 3] valt enerzijds de capaciteit weg om klanten te bedienen en de onderneming aan te sturen, maar anderzijds vallen ook veel klanten weg, omdat [betrokkene 3] de contactpersoon c.q. accountmanager was van veel klanten. 8.48. Tot overmaat van ramp start [betrokkene 3] in september 2016 een concurrerende technische groothandel, onder de naam [D]. [betrokkene 3] schrijft deze naam in, in de Kamer van Koophandel als handelsnaam van zijn holding [betrokkene 3] Holding. Doordat [betrokkene 3] tijdens zijn werkzaamheden voor [A] klanten via zijn eigen telefoon benaderde en klanten hem ook direct via dat nummer benaderden, ving [betrokkene 3] veel klanten af, zodat die uiteindelijk bij de [D] gingen bestellen. [betrokkene 3] had uit hoofde van zijn functie als manager bij [A] veel kennis over inkoopkanalen, marge, prijzen en alle andere aspecten van de bedrijfsvoering. 8.49. Zoals uit randnummer 4.22 en 4.23 blijkt, heeft [eiser 2] [betrokkene 3] daarop aangesproken, welke alles heeft ontkend. Feit is echter dat diverse klanten van [A] hebben aangegeven via [betrokkene 3] zaken te doen, en veelal niet wisten dat [betrokkene 3] vanuit zijn eigen technische groothandel, optrad. Hierdoor is de omzet volledig stilgevallen.”

82 Het subonderdeel verwijst daarbij, in noot 17 aldaar, naar: “T.V.J. Bil & J.F. Fliek, De matigingsbevoegdheid van artikel 2:248 lid 4 BW, *Tvl* 2019/19, p. 153 t/m 155.”

kaders van de matigingsgronden als vervat in art. 2:248 lid 4 BW, loopt het subonderdeel reeds erop vast dat deze veronderstelling onjuist is, zoals uiteengezet onder 3.9 hiervoor: een dergelijk aspect valt daarbuiten, ook wat betreft de matigingsgrond “de wijze van afwikkeling van het faillissement” in de zin van art. 2:248 lid 4, eerste zin BW.⁸³ Daaruit volgt dat het onder (v) aangevoerde, wat er verder van zij, het hof geen aanleiding gaf om tot matiging over te gaan op de voet van art. 2:248 lid 4 BW of zijn oordeel ter zake in rov. 3.27 van het arrest nader te motiveren, waarbij ik nog in herinnering breng, kort gezegd, dat de in art. 2:248 lid 4 BW vervatte matigingsgronden limitatief zijn en dat aan art. 6:109 BW niet wordt toegekomen los van art. 2:248 lid 4 BW (waarover het subonderdeel ook niet klaagt).^{84, 85}

Zie onder 3.2-3.9 en 3.13 hiervoor. Ten aanzien van het onder (vi) aangevoerde, wat veronderstelt dat het hof in rov. 3.27 van het arrest alleen oordeelt dat [eisers] niet concreet cijfermatig hebben toegelicht en onderbouwd dat een belangrijke oorzaak van het faillissement van [A] was dat klanten overstapten naar meer innovatieve groothandels en dat klanten wegbleven doordat [betrokkene 3] en [betrokkene 4] weggingen en [betrokkene 3] een concurrerende technische groothandel begon, loopt het subonderdeel reeds erop vast dat deze veronderstelling onjuist is. Het hof overweegt daar immers dat naast dat [eisers] dit laatste “niet concreet (cijfermatig) heeft toegelicht en onderbouwd”, zonder nadere toelichting eveneens onduidelijk is “waarom deze oorzaken

83 Een dergelijk aspect heeft naar de aard evenmin van doen met de andere matigingsgronden in art. 2:248 lid 4 BW, kort gezegd: de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, de andere oorzaken (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) van het faillissement, en de tijd gedurende welke de aangesproken bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaatsvindt.

84 Ik laat dan nog daar dat A-G De Bock zich in haar conclusie (ECLI:NL:PHR:2016:927) voor HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2575, *RvdW* 2016/1155, onder 3.45 bepaald genuanceerder uitlaat dan het subonderdeel het doet voorkomen: “3.45. Zoals gezegd kan de rechter in het kader van art. 248 lid 4 BW ook ambtshalve matigen. Hij is daarbij gebonden aan de in lid 4 genoemde matigingsgronden: bovenmatigheid van het bedrag waarvoor aansprakelijkstelling plaatsvindt, in verband met de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling, de andere oorzaken van het faillissement, of de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld. Als ervan wordt uitgegaan dat het hof ook ambtshalve kan matigen, is minder van belang welke concrete feiten en omstandigheden [eisers] c.s. in dit kader in feitelijke instanties hebben aangevoerd. Dan nog geldt echter dat matiging een discretionaire bevoegdheid van de rechter is, zodat het al dan niet gebruik maken van die bevoegdheid in cassatie slechts beperkt kan worden getoetst. In ieder geval zou dan in cassatie moeten worden verwezen naar vaststaande feiten en omstandigheden, die voor het hof aanleiding hadden moeten zijn voor matiging. (...)”

85 Ik laat dan ook nog daar: dat het subonderdeel onder (v) een beroep doet op de verkoopprijs van de voor-

raad, door het hof genoemd in rov. 3.13 van het arrest, en op de beweerde omstandigheid dat de voorraad op 31 mei 2016 nog een bedrag van € 152.033,67 waard was; dat het hof evenwel in rov. 3.14 van het arrest overweegt dat de pandlijst van 28 september 2016, waar het subonderdeel onder (v) ook naar verwijst bij de genoemde waarde, (te) oud is om als betrouwbare opgave van de aanwezige voorraden per datum faillissement te kunnen dienen; dat in de vindplaatsen waarop het subonderdeel onder (v) wijst, niet te lezen valt dat de voorraad door het faillissement vanaf dat bedrag van € 152.033,67 in waarde zou zijn gedaald; en dat het subonderdeel onder (v) ook niet wijst op andere in feitelijke instanties aangevoerde stellingen, dan wel overwegingen van de rechtbank of het hof, waaruit die waardedaling wel zou volgen. Zie ook de betwisting door de curator in de memorie van antwoord dat de voorraadjisten een weergave zouden zijn van de voorraad per datum faillissement, o.a. op p. 33-34: “Met betrekking tot het dispuut terzake de waarde van de voorraad zoals door de Curator aangehouden, herhaalt [eisers] wederom een aantal stellingen in de nummer 8.9 en 8.10 van de Memorie van Grieven. Feit is dat de Curator na visuele inspectie, het fotograferen van de activa, het op basis daarvan vragen aan Troostwijk van een taxatie en het biedingenproces, een verkoopprijs heeft kunnen bedingen zoals zij gedaan heeft. De Curator heeft dan ook weldegelijk op deze wijze een boedelbeschrijving opgemaakt en dat geen aansluiting kan worden gevonden tussen de inventarisatie van Curator en de vermeende voorraadjist waarop [eisers] doelt, heeft dan ook simpelweg te maken met het feit dat die vermeende voorraadjist volstrekt onjuist is en logischerwijs niet overeenstemt met de feitelijk door de Curator op de faillissementsdatum aangetroffen voorraad.”

betrekking hebben op [A], die maar één afnemer had, namelijk TTGro en in zoverre zelf geen last kan hebben gehad van wegblijvende klanten”, waaraan het subonderdeel onder (vi) ten onrechte voorbijgaat. Daaruit volgt dat het (wel) onder (vi) aangevoerde, wat er verder van zij en voor zover dat al feitelijke grondslag heeft, het hof evenmin aanleiding gaf om tot matiging over te gaan op de voet van art. 2:248 lid 4 BW of zijn oordeel ter zake in rov. 3.27 van het arrest nader te motiveren, ook niet op grond van de matigingsgrond “de andere oorzaken van het faillissement” in de zin van art. 2:248 lid 4, eerste zin BW, waarbij ook weer zij aangetekend, kort gezegd, dat de in art. 2:248 lid 4 BW vervatte matigingsgronden limitatief zijn en dat aan art. 6:109 BW niet wordt toegekomen los van art. 2:248 lid 4 BW (waarover het subonderdeel ook niet klaagt).⁸⁶ Zie onder 3.2-3.9 en 3.13 hiervoor. Hierop stuit het subonderdeel af.

3.25. *Subonderdeel 1.6* klaagt dat het hof heeft miskend dat de rechter bij de beoordeling van de vraag of er voldoende gronden bestaan voor matiging op grond van art. 2:248 lid 4 BW (dus of hij het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn zal verminderen, omdat hem dit bovenmatig voorkomt) onder meer moet letten op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur en de andere oorzaken van het faillissement. Althans heeft het hof miskend dat het in kader van de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling moest letten op de in subonderdeel 1.2 onder (iv) genoemde omstandigheid, en dat het in het kader van de andere oorzaken van het faillissement(stekort) moest letten op de in subonderdeel 1.2 onder (i) genoemde omstandigheid en subonderdeel 1.5 onder (vi) genoemde omstandigheid. Het hof heeft voorts miskend dat bij de beoordeling van de vraag of er voldoende gronden bestaan voor matiging op grond van art. 2:248 lid 4 BW van belang is, althans kan zijn, dat de door het kennelijk onbehoorlijk bestuur veroorzaakte schade (veel) geringer is dan het boedeltekort en dat het hof ook in het kader daarvan rekening had moeten houden met de in subonderdeel 1.2 onder (ii) en subonderdeel 1.5 onder (v) en (vi) genoemde omstandigheden. Met art. 2:248 lid 4 BW is immers juist (mede) beoogd de rechter de bevoegdheid te geven tot matiging van het bedrag waarvoor de bestuurders aanspra-

kelijk zijn tot het bedrag van de schade die door het kennelijk onbehoorlijk bestuur is veroorzaakt.⁸⁷ De in art. 2:248 BW geregelde (bijzondere) aansprakelijkheid is een aansprakelijkheid jegens de boedel die aanmerkelijk verder gaat dan die voor door eigen gedragingen veroorzaakte schade en de waarborg tegen onredelijke consequenties daarvan ligt nu juist (onder meer) in de aan de rechter in art. 2:248 lid 4 BW toegekende matigingsbevoegdheid.⁸⁸ Het hof heeft ten slotte miskend dat bij de beoordeling van de vraag of er voldoende gronden bestaan voor matiging op grond van art. 2:248 lid 4 BW van belang is, althans kan zijn, dat de bestuurder geen voordeel heeft getrokken uit de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, maar daardoor juist nadeel heeft geleden, en dat het hof in het kader daarvan rekening had moeten houden met de in subonderdeel 1.2 onder (iii) genoemde omstandigheid.⁸⁹ Dat alles heeft het hof niet (kenbaar) in zijn oordeel betrokken, terwijl het hof daarbij het gestelde “in grief IV in combinatie met grief IV-IV ‘matiging’” (inhoudelijk) in het kader van het beroep op matiging geheel niet heeft besproken, hetgeen, indien het hof dat wel had gedaan, tot een ander oordeel had moeten leiden, aldus het subonderdeel.

3.26. Het subonderdeel faalt, gelet op het volgende. De klacht in de eerste alinea van het subonderdeel loopt erop vast dat, naar reeds blijkt uit rov. 3.27 van het arrest alsmede de behandeling van de subonderdelen 1.1-1.5 onder 3.10-3.24

87 Het subonderdeel vermeldt daarbij, in noot 18 aldaar: “Zie Kamerstukken II, 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 5: ‘Dit tekort kan de schade die door het onbehoorlijk bestuur is veroorzaakt overtreffen. Het is niet redelijk de bestuurder aansprakelijk te stellen voor een hoger bedrag dan de schade die door het onbehoorlijke bestuur kan zijn ontstaan.’ Vgl. ook Kamerstukken II, 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 41.” [gecursiveerd in origineel, A-G]

88 Het subonderdeel verwijst daarbij, in noot 19 aldaar, naar: “HR 7 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB9949, r.o. 3.2”.

89 Het subonderdeel vermeldt daarbij, in noot 20 aldaar: “Vgl. *Kamerstukken II*, 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 42, waarin wordt opgemerkt dat niet voor de hand lijkt te liggen dat de rechter minder reden tot matiging ziet indien blijkt dat het bestuur van zijn onverantwoordelijk gedrag in hoge mate heeft geprofiteerd. Het omgekeerd geldt dan uiteraard ook.” [gecursiveerd in origineel, A-G]

86 Zie ook noot 84 hiervoor.

hiervoor (welke subonderdelen rov. 3.27 van het arrest zonder vrucht bestrijden), en kort gezegd, het hof niet miskent dat bij de beoordeling in een concreet geval van de vraag of er voldoende gronden bestaan voor matiging op grond van art. 2:248 lid 4 BW onder meer gelet moet worden op de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur en de andere oorzaken (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) van het faillissement (zie ook onder 3.2-3.9 en 3.13 hiervoor), wat het hof hier dus doet, en het hof daarbij afdoende rekening houdt met het door [eisers] aangevoerde zoals bedoeld in subonderdeel 1.2 onder (i) en (iv) en subonderdeel 1.5 onder (vi). Het (herhaalde) beroep daarop in de eerste alinea van het subonderdeel maakt dit niet anders. Wat deze klacht aanvoert, brengt (dus) evenmin mee dat het hof zijn oordeel in het arrest nog weer nader had moeten motiveren. Dit behoeft geen verdere toelichting. De klacht in de tweede alinea van het subonderdeel loopt vast op het volgende. Naar besloten ligt in rov. 3.27 van het arrest miskent het hof niet, anders dan het subonderdeel in de tweede alinea veronderstelt, dat bij de beoordeling in een concreet geval van de vraag of er voldoende gronden bestaan voor matiging op grond van art. 2:248 lid 4 BW van belang is, althans kan zijn, dat de door de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur veroorzaakte schade (veel) geringer is dan het boedeltekort (zie ook onder 3.2-3.9 en 3.13 hiervoor), want onderkent het hof daar dit aspect, maar komt het daaraan in het onderhavige geval naar zijn oordeel aldaar verder niet toe, gegeven 's hofs oordeel culminerend in rov. 3.27 van het arrest (zie specifiek de derde en vierde zin), en met inachtneming ook van het ter zake door [eisers] aangevoerde (zie mede onder 2.12 en 3.17-3.18 hiervoor), dat de matigingsgronden “de andere oorzaken van het faillissement” (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) en “de wijze van afwikkeling van het faillissement” in de zin van art. 2:248 lid 4, eerste zin BW zich hier niet voor toepassing lenen⁹⁰ (te onderscheiden van de

90 Daartoe valt enig deel van het boedeltekort hier dan logischerwijs dus ook niet te herleiden. Zoals onder meer uiteengezet onder 3.22 hiervoor, volgt uit rov. 3.4-3.18 van het arrest dat volgens het hof op de wijze van afwikkeling van het faillissement van [A] door de curator op basis van hetgeen daartoe door [eisers] is aangevoerd geen relevante aanmerkingen

matigingsgrond “de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur” zoals daar bedoeld, die zich naar 's hofs oordeel evenmin voor toepassing leent) en het beroep daarop door [eisers] dus ongegrond is. Zoals volgt uit de behandeling van de subonderdelen 1.1-1.5 onder 3.10-3.24 hiervoor, is rov. 3.27 van het arrest door die voorgaande klachten niet met vrucht bestreden. Zoals daarin uiteengezet, houdt het hof daarbij afdoende rekening met het door [eisers] aangevoerde zoals bedoeld in subonderdeel 1.2 onder (ii) en subonderdeel 1.5 onder (vi), en kan het aangevoerde in subonderdeel 1.5 onder (v) naar de aard niet afdoen aan 's hofs oordeel culminerend in rov. 3.27 van het arrest. Het (herhaalde) beroep daarop in de tweede alinea van het subonderdeel maakt dit niet anders. Ook hier geldt dat wat deze klacht aanvoert (dus) niet meebrengt dat het hof zijn oordeel in het arrest nog weer nader had moeten motiveren. Daarmee valt de bodem weg onder deze klacht; het overigens in de tweede alinea van het subonderdeel opgemerkte, dat voortbouwt op het daaraan voorafgaande in deze alinea, behoeft bij deze stand van zaken geen verdere behandeling. Ook de klacht in de derde alinea van het subonderdeel loopt vast. Ik citeer eerst A-G Timmerman, waar hij in een conclusie uit 2018 ingaat op art. 2:248 lid 4 BW, waaronder:⁹¹

– ook niet omtrent benadeling van de boedel, met inbegrip van toename van het boedeltekort – te maken zijn, en met name uit rov. 3.26 en 3.27 (onbestreden) van het arrest dat volgens het hof door [eisers] zelfs niet een andere oorzaak (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) van het faillissement van [A] aannemelijk is gemaakt, laat staan een andere belangrijke oorzaak (dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur) van dat faillissement. Daarbij wijs ik er nog op dat door [eisers] in het kader van grief 4 inzake matiging, geciteerd onder 2.12 hiervoor, alleen wat is gezegd over “het boedeltekort” in het kader van de stelling dat de curator de belangen van de boedel niet optimaal in acht heeft genomen en de opbrengsten voor de boedel niet heeft gemaximaliseerd: hierdoor zou het boedeltekort groter zijn geworden, wat een grond voor matiging zou opleveren. In die stelling van [eisers] is het hof, blijkens rov. 3.27 van het arrest in verbinding met rov. 3.4-3.18 van het arrest, dus niet meegegaan.

91 A-G Timmerman in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2018:1139) voor HR 21 december

“3.10. Ik maak enkele opmerkingen over de aard van het matigingsrecht in de zin van art. 2:248 lid 4 BW. De eerste zin van art. 2:248 lid 4 BW regelt *collectieve* matiging (voor het bestuur), terwijl de tweede zin van art. 2:248 lid 4 BW ziet op *individuele* matiging (voor een afzonderlijke bestuurder). De matigingsgronden zijn limitatief. De gronden voor collectieve matiging zijn: (i) de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur; (ii) de andere oorzaken van het faillissement; en (iii) de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld. Bij individuele matiging is gedacht aan de situatie dat de tijd gedurende welke de bestuurder in functie is geweest en de periode waarin het onbehoorlijk bestuur plaatsvond elkaar niet of slechts gedeeltelijk overlappen. Die situatie doet zich in de onderhavige casus niet voor, uitsluitend de eerste zin van art. 2:248 lid 4 BW is in casu van toepassing. [eiser] vormt, na het vertrek van [betrokkene 1] (vgl. nr. 1.8), als enig overgebleven bestuurder het bestuur (zie ook rov. 3.4.7 van het bestreden arrest). Van de drie genoemde matigingsgronden in de eerste zin van art. 2:248 lid 4 BW doet de laatste, de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld, in casu niet ter zake.

(...)

De eigen precaire financiële situatie van [eiser], evenmin als de omstandigheid dat hij kennelijk geen bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering heeft (...) biedt geen zelfstandige grond voor matiging in de zin van art. 2:248 lid 4 BW. Zoals hiervoor opgemerkt zijn de matigingsgronden limitatief. Dit wordt ook in de rechtspraak onderkend. (...)

Overigens wijs ik er nog op dat, anders dan in subonderdeel 3.3 wordt geklaagd, de omstandigheid dat [eiser] zelf niet heeft geprofiteerd, maar nadeel heeft ondervonden, van het onbehoorlijk bestuur op zichzelf geen grond is voor matiging. Uit de parlementaire geschiedenis volgt weliswaar dat het volgens de minister voor de hand ligt dat de rechter minder reden tot matiging ziet indien blijkt dat het bestuur van zijn onverantwoordelijke gedrag in hoge mate heeft geprofiteerd. Anders dan in subonderdeel 3.3 wordt betoogd (...) kan uit die opmer-

king van de minister mijns inziens niet het omgekeerde worden afgeleid.”⁹²

[gecursiveerd in origineel, onderstreping toegevoegd, zonder verwijzing in origineel, A-G]

Dit komt ook mij juist voor, waarbij ik mede betrek dat waar het aanmerken van de omstandigheid dat een bestuurder (het bestuur) voordeel heeft getrokken uit de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur als “contra-indicatie” wat betreft het toepassen van art. 2:248 lid 4 BW ermee strookt dat art. 2:248 BW strekt tot bescherming van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde vennootschap.⁹³

92 In een noot (noot 65) bij de eerste onderstreepte zin schrijft de A-G: “Aldus ook Van Schilfgaarde 1986, p. 62.” In een noot (noot 66) bij de tweede onderstreepte zin schrijft de A-G: “*Kamerstukken II 1983/84, 16631, nr. 6, p. 42*” [gecursiveerd in origineel, A-G], ook geciteerd onder 3.7 hiervoor, wat tevens laat zien dat de weergave van deze uittaling door de minister in noot 20 bij het subonderdeel niet klopt (“dat niet voor de hand lijkt te liggen”, etc.). Ik wijs nog op hetgeen aan deze uittaling door de minister voorafgaat in *Kamerstukken II 1983/84, 16631, 6, p. 42*: “*Zoals ik hiervoor reeds heb betoogd in mijn antwoord op de opmerkingen van de fractie van D’66, zie ik geen reden om het genoten voordeel van de bestuurders met zoveel woorden in de wetbepaling als element van onbehoorlijk bestuur op te nemen. De vraag of de bestuurders of anderen voordeel hebben genoten is van minder belang; het gaat om de belangen van de schuldeisers die zijn geschaad. Om die reden zie ik ook geen aanleiding om dit element te introduceren in de bepaling over het matigingsrecht.* Overigens lijkt het voor de hand te liggen, dat de rechter minder reden tot matiging ziet indien blijkt dat het bestuur van zijn onverantwoordelijk gedrag in hoge mate heeft geprofiteerd.” [cursivering toegevoegd, A-G]

93 Zie ook onder 3.3 hiervoor. Dit laatste is in wezen ook wat de minister benadrukt in o.a. *Kamerstukken II 1983/84, 16631, 6, p. 42*. Zie onder 3.7 hiervoor en de vorige noot. Dit valt te lezen als een aspect dat de rechter kan betrekken in het kader van zijn discretionaire bevoegdheid ter zake waar op zich, gezien de in art. 2:248 lid 4 BW vervatte matigingsgronden, grond voor matiging aan te wijzen zou zijn, dus als correctief daarop. Wat de minister daar in elk geval niet zegt of impliceert, is dat in het kader van art. 2:248 lid 4 BW (mede) een grondslag voor matiging gevonden kan worden in de omstandigheid dat de bestuurder (het bestuur) geen voordeel heeft getrokken uit, maar nadeel heeft geleden door de onbehoorlijke taakvervul-

2018, ECLI:NL:HR:2018:2370, NJ 2019/31, onder 3.10, 3.29.

het omgekeerde – het aanmerken van de omstandigheid dat een bestuurder (het bestuur) geen voordeel heeft getrokken uit, maar nadeel heeft geleden door de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur als “pro-indicatie” wat betreft het toepassen van art. 2:248 lid 4 BW – logischerwijs niet zo opgaat, in welk verband verder relevant is dat zulk nadeel van de bestuurder (het bestuur) dan juist het gevolg is van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur en dat in de systematiek van art. 2:248 BW aan art. 2:248 lid 4 BW eerst wordt toegekomen als art. 2:248 leden 1-3 BW reeds gepasseerde stations zijn.⁹⁴ Bij deze stand van zaken zie ik onvoldoende aanleiding mee te gaan met de – in wezen op een “a contrario” uitleg van de parlementaire geschiedenis van art. 2:248 lid 4 BW gebaseerde – stelling in de derde alinea van het subonderdeel dat bij de beoordeling in een concreet geval van de vraag of er voldoende gronden bestaan voor matiging op grond van art. 2:248 lid 4 BW van belang is, althans kan zijn, dat de bestuurder geen voordeel heeft getrokken uit de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, maar daardoor juist nadeel heeft geleden, laat staan met de daarop voortbouwende stelling in de derde alinea van het subonderdeel “dat het hof in het kader daarvan rekening had moeten houden met de in subonderdeel 1.2 achter iii genoemde omstandigheid” (de stellingname ter zake van [eisers] in feitelijke instanties).⁹⁵ Daaraan doet niet af dat het niet in de rede

ling door het bestuur; daaruit valt niet af te leiden dat een voor zo'n matiging vereiste grondslag zich langs die weg laat 'aanvullen' (buiten de in art. 2:248 lid 4 BW genoemde matigingsgronden om), terwijl van een correctief in genoemde zin hier naar de aard geen sprake kan zijn.

94 Zie ook onder 3.2 hiervoor. Vgl. bijv. ook Huizink 2019, art. 2:248 BW, aant. 21.3, die enkel de situatie benoemt dat een bestuur heeft geprofiteerd van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur en daarbij spreekt, kort gezegd, van een “contra-indicatie” wat betreft het toepassen van art. 2:248 lid 4 BW.

95 Dit nog daargelaten dat die omstandigheid (stellingname) in ieder geval naar de letter niet zo'n stelling bevat als thans betrokken in de derde alinea van het subonderdeel. Daarbij wijs ik er nog op dat van de daar bedoelde “vennootschappen van het concern” niet zijnde [A] (naast [eiser 1] zijn dat “INIQ, IQ Projecten, Recria en Donkervoort”) alleen [eiser 1] bestuurder was van [A]. Ten aanzien van [eiser 2], de

ligt het toepassingsbereik van ieder van de in art. 2:248 lid 4 BW vervatte matigingsgronden in onevenredig vergaande mate te beperken via een in algemene zin geldende, zo restrictief mogelijke invulling daarvan, al zijn deze gronden daar dus uitputtend opgesomd (zie onder 3.9 en 3.13 hiervoor). Van zo'n beperking is hier immers geen sprake, wel van (het bevorderen van) een afgewogen toepassing van art. 2:248 lid 4 BW, met oog niet alleen voor de gerechtvaardigde belangen van de aangesproken bestuurder(s), maar ook voor die van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde vennootschap (welke art. 2:248 BW dus beoogt te beschermen), in lijn met de tekst, strekking en parlementaire geschiedenis van art. 2:248 lid 4 BW alsmede de gebondenheid van de rechter aan de daarin genoemde matigingsgronden. Gegeven het voorgaande, en hetgeen het hof overweegt in rov. 3.27 van het arrest (waaruit volgt dat de in art. 2:248 lid 4, eerste zin BW vervatte matigingsgronden zich hier niet voor toepassing lenen), gaf die omstandigheid (stellingname), waaraan het hof niet voorbijziet en zo al juist, hem evenmin aanleiding zijn oordeel in het arrest nog weer nader te motiveren. Dit wordt, in het verlengde daarvan en naar de aard, niet anders als die omstandigheid (stellingname) naar de letter wordt gezien, erop neerkomend dat “de vennootschappen van het concern”⁹⁶ de grootste gedupeerden zijn van het faillissement van [A], nu zij als schuldeisers van [A] “rekening-courantverdringen door het faillissement [moeten] afschrijven terwijl veel van het door hen verleende kapitaal is aangewend om de crediteuren te kunnen betalen” waardoor “alle bedrijfskosten alsnog ten laste van voornoemde vennootschappen ko-

indirect bestuurder van [A] (via [eiser 1]), bevat subonderdeel 1.2 onder (iii) slechts een indirecte verwijzing, via nr. 8.63 onder 8 van de memorie van grieven, welke passage luidt: “8.63. Op basis van maatregelen die genomen zijn ter voorkoming van het faillissement, kan de volgende conclusie worden getrokken (...) 8. [eiser 2] is via zijn vennootschappen de grootste gedupeerde schuldeiser van het faillissement van [A].” [eiser 2] was dan dus niet zelf, direct, schuldeiser van [A].

96 Waarmee, naast [eiser 1], dus bedoeld wordt op “INIQ, IQ Projecten, Recria en Donkervoort”. Zie ook de vorige noot.

men.⁹⁷ Daarvoor is art. 2:248 lid 4 BW (dus) niet geschreven. Zie ook onder 3.2-3.9, 3.13 en 3.18 sub (iii) hiervoor. Gegeven dit een en ander behoeft het overigens in de derde alinea van het subonderdeel opgemerkte, dat ook uitgaat van een onjuiste lezing van het arrest en daarmee feitelijke grondslag mist (nu het hof, voor zover relevant, bij beantwoording in rov. 3.27 van het arrest van de vraag of aanleiding bestaat tot matiging op de voet van art. 2:248 lid 4 BW van het boedeltekort waarvoor [eisers] aansprakelijk zijn, kenbaar mede ‘inhoudelijk’ terugvalt (ook) op zijn daaraan voorafgaande overwegingen inzake grief 4 van [eisers]),⁹⁸ geen verdere behandeling. Hierop stuit het subonderdeel af.

Slotsom

3.27. Daarmee bereik ik de slotsom. Deze luidt dat, nu geen van de klachten tot cassatie kan leiden, het arrest in stand kan blijven. Dit leidt tot de volgende conclusie.

4. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad

(...; red.)

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Bij vonnis van de rechtbank Limburg van 1 november 2016 is [A] B.V. (hierna: [A]) in staat van faillissement verklaard met aanstelling van de curator als zodanig.

(ii) [eiser 1] is enig aandeelhouder en bestuurder van [A].

(iii) [eiser 2] is enig aandeelhouder en bestuurder van [eiser 1].

97 Via welke vennootschappen [eiser 2] “de grootste gedupeerde schuldeiser van het faillissement van [A]” is, aldus [eisers] Zie noot 95 hiervoor.

98 Zie onder 3.2-3.24 hiervoor, waaronder de behandeling van subonderdeel 1.2 onder 3.15-3.19 hiervoor. Ik wijs er tot slot nog op dat het subonderdeel hier slechts generiek rept van “het gestelde in grief IV in combinatie met grief IV-IV ‘matiging’”, zonder enige verdere specificering.

2.2. Voor zover in cassatie van belang heeft de curator in dit geding gevorderd (i) voor recht te verklaren dat [eiser 1] en [eiser 2] hun taak als bestuurder, respectievelijk indirect bestuurder, van [A] kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en aansprakelijk zijn voor de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan (het tekort) in het faillissement van [A], en (ii) [eiser 1] en [eiser 2] hoofdelijk te veroordelen tot betaling van het tekort. De rechtbank heeft deze vorderingen toegewezen.

2.3. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.¹ Over het beroep van [eisers] op matiging op grond van art. 2:248 lid 4 BW overwoog het hof in het eindarrest:

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

3. Beoordeling van het middel

3.1.1. Onderdeel 1.1 van het middel klaagt dat het hof heeft miskend dat de opsomming van de collectieve matigingsgronden in art. 2:248 lid 4, eerste volzin, BW niet limitatief is. Het hof kon daarom niet volstaan met de constatering dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, dat geen sprake is van een onbelangrijk verzuim, dat niet aannemelijk is geworden dat er andere oorzaken van het faillissement zijn geweest en evenmin dat de curator de boedel onjuist heeft afgewikkeld. Het hof was immers ook gehouden om gemotiveerd in te gaan op een aantal in onderdelen 1.2 en 1.5 vermelde omstandigheden, aldus het onderdeel.

3.1.2. Art. 2:248 lid 4, eerste volzin, BW bepaalt dat de rechter het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn, kan verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de aard

1 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2021 («JOR» 2021/133, m.nt. Jansen; red.), ECLI:NL:GHARL:2021:193.

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 plaats vond (art. 2:248 lid 4, tweede volzin, BW).

3.1.3. Zowel uit de tekst als uit de parlementaire geschiedenis² 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. De hiervoor in 3.1.1 genoemde klacht faalt dus.

3.2. De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt [eisers] in de kosten van het geding in cassatie (...; red.).

NOOT

1. De rechter kan het bedrag waarvoor bestuurders in geval van faillissement aansprakelijk zijn, matigen op grond van art. 2:248 lid 4 BW. De Hoge Raad volgt in dit arrest de uitgebreide conclusie van de A-G over het limitatieve karakter van de matigingsgronden genoemd in art. 2:248 lid 4 BW.

2. De A-G begint met een uiteenzetting van de wetsgeschiedenis (3.3 e.v.). In de "Derde misbruikwet" (Stb. 1986, 275) kreeg de curator een sterkere positie tegenover de bestuurder die door verwaarlozing van zijn taak het faillissement heeft veroorzaakt. De bijna onvulbare bewijslast om "grove schuld" of "grove nalatigheid" van het bestuur alsmede de daarmee gepaard

gaande schade aan te tonen, is herzien. Het bestuur werd aansprakelijk voor het faillissementstekort en het verband tussen het onbehoorlijk bestuur en de daaruit voortvloeiende schade hoefde niet meer te worden aangetoond. De wetgever achtte het echter niet redelijk de bestuurder aansprakelijk te stellen voor een hoger bedrag dan de schade die door het onbehoorlijk bestuur is ontstaan, zodat een ambtshalve matiging werd geïntroduceerd (art. 2:248 lid 4 BW). De A-G verwijst naar de noot van Maeijer onder HR 10 september 1993, NJ 1994/272, die de matigingsbevoegdheid een nader geconcretiseerde of gekanaliseerde uiting van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid noemt. De rechter kan het bedrag waarvoor het collectieve bestuur aansprakelijk is, minderen gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling, de andere oorzaken van het faillissement, alsmede de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld. Voorts kan de aansprakelijkheid van de individuele bestuurder worden gematigd afhankelijk van de tijd dat deze in functie was. De individuele matigingsgrond komt in deze zaak slechts summierlijk aan bod, omdat eisers in cassatie hierop geen beroep doen (3.13).

3. De A-G gaat in 3.9 e.v. in op de vraag of de matigingsgronden in art. 2:248 lid 4 BW limitatief zijn opgesomd. Uit de door de A-G aangehaalde wetsgeschiedenis volgt dat de collectieve matigingsvariant steeds wordt toegespitst op de in lid 4 genoemde gronden. De formulering van art. 2:248 lid 4 BW scharniert rond "gelet op" zonder toevoeging van "bijvoorbeeld" of "onder meer"; zodat de matigingsgronden limitatief zijn opgesomd (3.13). Hetzelfde geldt voor de individuele matigingsvariant (noot 39 van de conclusie). De strakke contouren van art. 2:248 lid 4 BW verkleinen de beoordelingsvrijheid van de rechter en verzwaren zijn motiveringsplicht enigszins (noot 24 met verwijzing naar de conclusie van A-G Timmerman van 20 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1139, voor HR 21 december 2018, «JOR» 2019/74, m.nt. Verboom (*Geocopter*)). Dit betekent echter niet dat de rechter hoeft te motiveren waarom andere matigingsgronden dan genoemd in art. 2:248 lid 4 BW al dan niet van toepassing zijn, juist gezien het limitatieve karakter van de matigingsgronden. De Hoge Raad volgt in dit arrest de conclusie van de A-G inzake het limitatieve karakter van art. 2:248 lid 4 BW en doet de overige klachten van het

2 Zie de passages die worden aangehaald in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.6-3.8.

middel af op grond van art. 81 lid 1 RO. Ik noem hierna nog twee andere interessante onderdelen van de conclusie van de A-G.

4. Onlangs heeft de Rechtbank Overijsel in haar uitspraak van 23 februari 2022 (ECLI:NL:RBOVE:2022:580) geoordeeld dat de algemene matigingsbevoegdheid ex art. 6:109 BW ook zou kunnen worden toegepast indien een bestuurder aansprakelijk is gesteld op grond van art. 2:248 BW. De matigingsbevoegdheid van art. 6:109 BW is niet begrensd tot een limitatief aantal gronden en dus minder strak ingekaderd dan art. 2:248 lid 4 BW. Uit de parlementaire geschiedenis zou volgens de rechtbank niet zijn af te leiden dat bestuurders verstoken zouden moeten blijven van de algemene bescherming ex art. 6:109 BW (r.o. 4.26 van het vonnis). De A-G beargumenteert in 3.6 e.v. met een verwijzing naar de heersende literatuur en de parlementaire geschiedenis waarom dit oordeel onjuist is (zie anders T.V.J. Bil & J.F. Fliek, 'De matigingsbevoegdheid van art. 2:248 lid 4 BW', *TvI* 2019/19). Dit lijkt mij een terechte conclusie gezien de door de A-G aangehaalde wetsgeschiedenis. Art. 2:248 lid 4 BW fungeert als een *lex specialis* van art. 6:109 BW. Anders had de wetgever kunnen volstaan met een verwijzing naar art. 6:109 BW.

5. De A-G gaat in op de vraag of het relevant is of de bestuurders (of anderen) voordeel of nadeel hebben getrokken van het kennelijk onbehoorlijk bestuur. De eigen precaire financiële situatie van de bestuurder, het feit dat de bestuurder geen aansprakelijkheidsverzekering heeft afgesloten of vooral zelf door het onbehoorlijk bestuur is benadeeld, doet niet ter zake (3.26 e.v., waarbij de A-G opnieuw verwijst naar de conclusie van A-G Timmerman (ECLI:NL:PHR:2018:1139)). De omstandigheid dat een bestuurder voordeel heeft genoten van de onbehoorlijke taakvervulling geldt echter wel als "contra-indicatie", in welk geval art. 2:248 lid 4 BW minder snel zal worden toegepast (*Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 42).

6. Op de conclusie van de A-G en het arrest van de Hoge Raad valt mijns inziens niets aan te merken. Met dit arrest van de Hoge Raad komt vast te staan dat de matigingsgronden limitatief zijn opgesomd, maar dit betekent niet dat art. 2:248 lid 4 BW restrictief moet worden toegepast. De A-G noemt in dat kader ook andere onderdelen van art. 2:248 BW die ten gunste van de bestuurder gelden (3.13). Art. 2:248 lid 1 BW bevat een

verhoogde aansprakelijkheidsdrempel die inherent is aan het begrip "kennelijk onbehoorlijke taakvervulling"; voor art. 2:248 lid 2 BW wordt een onbelangrijk verzuim niet in aanmerking genomen, het vermoeden van art. 2:248 lid 2 BW heeft een weerlegbaar karakter en art. 2:248 lid 3 BW kent een disculpatiemogelijkheid. Een blik op de jurisprudentie leidt echter tot de conclusie dat een voor de bestuurder geslaagde toepassing van art. 2:248 lid 4 BW weinig voorkomt (zie ook Bil en Fliek, par. 4 e.v.). Het versterken van de positie van de curator lijkt geslaagd. Of art. 2:248 lid 4 BW daarmee nog steeds afdoende fungeert als gekanaliseerde uiting van de corrigerende functie van de redelijkheid en billijkheid, zou bijna vier decennia na de invoering van de Derde misbruikwet geëvalueerd kunnen worden.

mr. C.J. Scholten
advocaat bij Bergh Stoop & Sanders te Amsterdam

198

Persoonlijke aansprakelijkheid bestuurder en mededelingsplicht

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
10 augustus 2021, nr. 200.261.620,
ECLI:NL:GHARL:2021:7734
(mr. Wattel, mr. Sap, mr. Bagheri Ziabari)
Noot prof. mr. E.C.H.J. Lokin

Persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurder. Eerste en tweede categorie Ontvanger/Roelofsen. Beklamelnorm. Geen schending van mededelingsplicht en geen verhaalsfrustratie. Bestuurder is niet aansprakelijk voor schade die wederpartij heeft geleden doordat vennootschap haar verplichtingen uit hoofde van contragarantie niet is nagekomen.

[BW art. 2:8, 6:162]

Het gaat in deze zaak om de vraag of [geïntimeerde] als bestuurder van Viaverde aansprakelijk is voor de schade die Semper Fortuna heeft geleden doordat Viaverde haar verplichtingen niet is nage-