



Annotatie bij ECLI:NL:HR:2016:233 – Gepubliceerd in JIN 2016/59

De hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurder voor het tekort in de boedel van de gefailleerde vennootschap A staat centraal in deze uitspraak. Wanneer het bestuur niet heeft voldaan aan de boekhoudplicht of aan de publicatieplicht, wordt volgens artikel 2:248 lid 2 BW onweerlegbaar vermoed dat sprake is van onbehoorlijk bestuur en wordt weerlegbaar vermoed dat dit onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De bestuurder, eiser in cassatie, tracht dat vermoeden te weerleggen. Ook moet eiser zich verweren tegen het verwijt van de curator dat hij de door hem aangevoerde (externe) oorzaak van het faillissement niet heeft weten te voorkomen. Het is met name dit laatste aspect dat de zaak interessant maakt. De uitspraak legt de focus op de bewijsperikelen in de verhouding tussen de leden 1 en 2 van artikel 2:248 BW.

Feiten

Twee advocaten, waaronder eiser, oefenen via hun respectievelijke vennootschappen A en B de praktijk uit. De kosten worden gelijkmatig gedeeld via de maatschap die A en B per 1 juli 2007 zijn aangegaan. De maatschap huurt een pand waarin A en B de praktijk uitoefenen. De maatschap wordt op 1 november 2008 ontbonden en komt in liquidatie te verkeren. Vennootschap B staakt dan de uitoefening van de praktijk. Eiser brengt zijn praktijk vanuit vennootschap A onder in een nieuwe vennootschap C en gebruikt de helft van het gehuurde pand voor de uitoefening van de praktijk. De nieuwe vennootschap C betaalt vanaf 1 januari 2009 50% van de contractuele huurprijs. De andere helft van de huurprijs blijft onbetaald. A stelt zich op het standpunt dat zij als maat slechts voor de helft van de huur kan worden aangesproken. In een procedure tussen de verhuurder en A beslist de kantonrechter in januari 2011 dat A aansprakelijk is voor de gehele huurprijs. A wordt uiteindelijk op eigen aangifte op 15 maart 2011 in staat van faillissement verklaard. De curator vordert van eiser betaling van het tekort in de faillissementsboedel onder meer wegens de te late deponering van de jaarrekening voor het jaar 2008.

Kennelijk onbehoorlijk bestuur ex artikel 2:248 lid 1 BW

De bewijslast of sprake is van onbehoorlijk bestuur ligt in beginsel bij de curator.

Volgens de Hoge Raad is (pas) sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus gehandeld zou hebben. Er moet sprake zijn geweest van roekeloos, lichtzinnig, onbezonnen en onverantwoordelijk gedrag. De toevoeging “kennelijk” duidt erop dat in geval van twijfel de bestuurder het voordeel van de twijfel wordt gegund. Zie HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, JOR 2001, 171 (Panmo).

Ook in latere (lagere) rechtspraak wordt de lat hoog gelegd. Gedragingen die als schuldige verwaarlozing van de bestuurstaak kunnen worden aangemerkt, vallen volgens het Hof 's-Hertogenbosch onder de noemer van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Er moet onverantwoordelijk zijn gehandeld met de wetenschap (objectief gezien) dat de schuldeisers daarvan de dupe zouden kunnen worden. Zie Hof 's-Hertogenbosch 3 juli 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX0422 (De Koning qq). Volgens het Hof Den Haag moet het gaan om een in het oog springende onbehoorlijkheid van de taakvervulling, die – in de woorden van de wetgever – als “onverantwoordelijk, roekeloos, verregaand

onnadenkend en onbezonnen” kan worden aangemerkt. Zie Hof Den Haag 18 maart 2014 ECLI:NL:GHDHA:2014:1774, JOR 2014/286 m.nt. Tekstra.

Kennelijk onbehoorlijk bestuur mag in het algemeen niet te gemakkelijk worden aangenomen. De bestuurder moet de beleidsvrijheid hebben de in zwaar weer verkerende vennootschap er weer bovenop te helpen. Het is volgens de wetgever niet de bedoeling dat onjuiste beslissingen en ondoordachte handelingen van een bestuurder zonder meer als kennelijk onbehoorlijk bestuur worden aangemerkt. De regeling is bedoeld om excessen te onderscheiden van onhandig gedrag.

De harde aansprakelijkheid van artikel 2:248 lid 2 BW

Het gegeven dat A de jaarrekening over 2008 vier maanden te laat heeft gedeponereerd en daarmee de verplichting van artikel 2:394 BW heeft geschonden, versterkt de bewijspositie van de curator aanzienlijk. Immers, in dat geval staat volgens lid 2 van artikel 2:248 BW onweerlegbaar vast dat eiser zijn bestuurstaak (ook voor het overige) kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Het dan is aan eiser om het vermoeden dat deze schending een belangrijke oorzaak is van het faillissement, te weerleggen.

Onbelangrijk verzuim

Eiser heeft allereerst tevergeefs getracht de gevolgen van de schending van de verplichting van artikel 2:394 BW ongedaan te maken door te stellen dat sprake was van een onbelangrijk verzuim. Het voeren van dit verweer is van essentieel belang voor eiser. Als het slaagt, treden de rechtsgevolgen van artikel 2:248 lid 2 BW immers niet in. Voor een uiteenzetting wat in de jurisprudentie onder onbelangrijk verzuim wordt verstaan, verwijs ik naar de conclusie van A-G Wuisman bij het onderhavige arrest. Verdere behandeling van dit onderwerp laat ik buiten beschouwing, omdat de Hoge Raad het betreffende cassatieonderdeel op artikel 81 RO heeft afgedaan.

De bewijspositie van partijen

Om het in artikel 2:248 lid 2 BW neergelegde vermoeden te ontzenuwen, heeft eiser aangevoerd dat het achterblijven van de omzet bij vennootschap B en het daardoor voor de helft onbetaald blijven van de aan de verhuurder verschuldigde huur als belangrijke oorzaak van het faillissement moet worden aangemerkt. Uit de overwegingen van de Hoge Raad valt af te leiden dat de curator eiser verweten heeft dat hij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen.

Wat is nu de bewijspositie van eiser en van de curator in het kader van artikel 2:248 BW? Voor het weerleggen van het vermoeden volstaat dat eiser aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Zie HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4508, JOR 2002/4 m.nt. Blanco Fernández (Vlimeta) en HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916, JOR 2006/288 m.nt. Borrius (Van Schilt). Omdat de curator eiser verwijt dat hij heeft nagelaten het achterblijven van de omzet bij vennootschap B te voorkomen, krijgt eiser gelegenheid ook feiten en omstandigheden stellen en eventueel aannemelijk te maken dat dit nalaten geen onbehoorlijk bestuur oplevert. HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773, JOR 2008/29 m.nt. Borrius (Blue Tomato) en Hof Leeuwarden 3 april 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW0725. Wanneer eiser hierin slaagt, is de curator aan de beurt om op de voet van artikel 2:248 lid 1 BW aannemelijk te maken dat desondanks het kennelijk onbehoorlijk bestuur mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

Wuisman geeft in zijn conclusie (paragraaf 2.5) een uitweiding over de noodzakelijk te nemen stappen in het proces van bewijslevering. Ik wijs met name op de overweging van Wuisman dat het onweerlegbaar vermoeden uit artikel 2:394 BW toch vatbaar voor weerlegging kan zijn, wanneer de bestuurder in reactie op een verwijt van de curator aannemelijk mag maken dat er ten aanzien van de door de bestuurder zelf aangevoerde oorzaak van het faillissement geen sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling.

De redelijk handelend bestuurder

Het Hof heeft nagelaten in te gaan op de door eiser aangevoerde disculperende feiten en omstandigheden en lijkt te snel de conclusie te hebben getrokken dat eiser ten aanzien van de teruggelopen omzet en het niet betalen van de helft van de huur het verwijt van kennelijk onbehoorlijk bestuur kan worden gemaakt. Het gedrag van eiser moet, zoals de Hoge Raad in lijn met de jurisprudentie overweegt, worden getoetst aan dat van een redelijk denkend bestuurder. Zoals ik aan de hand van jurisprudentie heb uiteengezet, is dit een zware toets. Eiser heeft in de feitelijke instanties gemotiveerd toegelicht dat hij naar vermogen heeft trachten in te grijpen toen hem bleek van het achterblijven van de omzet bij vennootschap B. Verder heeft eiser onderbouwd dat hij gegronde redenen had om ervan uit te gaan dat vennootschap A slechts 50% van de huurprijs moest betalen. Uit de gepresenteerde feiten lijkt mijns inziens te volgen dat eiser ten aanzien van ieder van beide aspecten wellicht onhandig heeft geacteerd, maar geen “roekeloos, lichtzinnig, onbezonnen en onverantwoordelijk” gedrag kan worden verweten. Daarnaast vraag ik mij af of eiser heeft gehandeld met de wetenschap (objectief gezien) dat de schuldeisers daarvan de dupe zouden kunnen worden. Het is aan het Hof Amsterdam, waarnaar de zaak wordt verwezen, om dit nader te beoordelen.

Tot slot

Het Hof Amsterdam zou bij de verdere behandeling en beslissing ook het arrest Holland Food in haar beoordeling moeten betrekken (HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6017, JOR 2006/61 m.nt. Borrius). In Holland Food concludeerde de Hoge Raad dat het Hof ten onrechte de desbetreffende gedragingen afzonderlijk heeft beschouwd en heeft geoordeeld dat deze telkens op zichzelf genomen geen kennelijk onbehoorlijk bestuur opleverden. Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur moet de rechter volgens de Hoge Raad alle ter zake dienende omstandigheden van het geval in onderling verband en samenhang in zijn beoordeling betrekken. Zoals ik eerder heb aangegeven, meen ik dat de aan eiser verweten gedragingen ieder afzonderlijk nog geen kennelijk onbehoorlijk bestuur behoeven op te leveren. Uit Holland Food lijkt – zoals Borrius terecht opmerkt in zijn noot onder dat arrest – te volgen dat wanneer de (behoorlijke) gedragingen worden gezien in onderling verband en samenhang, toch kennelijk onbehoorlijk bestuur kan worden vastgesteld.

De onderhavige procedure onderstreept weer eens het belang van bestuurders om de publicatieplicht van artikel 2:394 BW (en de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW) strikt na te leven.

Overigens doen bestuurders er verstandig aan kennis te nemen van de Uitvoeringswet richtlijn jaarrekening die op 1 november 2015 in werking is getreden. Deze wet voorziet onder meer in een verkorting van de uiterste termijn waarbinnen de rechtspersoon (haar bestuur) de jaarrekening bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel moet deponeren van dertien naar twaalf maanden. De nieuwe bepalingen gelden voor boekjaren die beginnen op of na 1 januari 2016. Dit houdt in dat de jaarrekening over het boekjaar 2016 uiterlijk op 31 december 2017 moet zijn gedeponerd.

A.M. Dumoulin-Siemens
Steins Bisschop & Schepel Advocaten