

Meer mogelijkheden voor bestuurders om het bewijsvermoeden in artikel 2:248 lid 2 BW te weerleggen



Nummer: Juridisch up to Date 2021-0139

Auteur(s)

Mr. J. (Juliette) Wareman, Benthem & Keulen advocaten en notariaat te Utrecht
Mr. J. (Jelle) Bruinsma, Benthem & Keulen advocaten en notariaat te Utrecht

Als een vennootschap faillieert, zijn de evidente gedupeerden de werknemers, leveranciers en andere contractpartijen die nog een vordering hebben op die vennootschap die nu niet meer voldaan wordt. De curator gaat immers de bezittingen van de vennootschap op het moment van failleren (de boedel) te gelde maken, en zal uit de boedel een percentage van de schulden voldoen. Vaak vissen concurrente schuldeisers daarbij achter het net. Als kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement, rust op grond van artikel 2:248 BW op het bestuur (iedere bestuurder hoofdelijk) de verplichting om het volledige boedeltekort aan te vullen. Dat is een vergaande consequentie. Het is dan ook niet onlogisch dat curatoren goed onderzoeken of van een dergelijke situatie sprake is. Van kennelijk onbehoorlijk bestuur is echter niet snel sprake. De curator moet daarvoor aantonen dat geen weldenkend bestuurder op dezelfde manier zou hebben gehandeld.¹ De curator wordt bij het bewijzen dat er sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur een handje geholpen door artikel 2:248 lid 2 BW. Heeft het bestuur in de drie jaar voorafgaand aan het faillissement niet voldaan aan de administratieplicht uit artikel 2:10 BW of zijn de jaarrekeningen van de vennootschap niet tijdig gepubliceerd zoals artikel 2:394 BW voorschrijft? In dat geval staat (onweerlegbaar) vast dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt (weerlegbaar) vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW dient te worden weerlegd door als aangesproken bestuurder aannemelijk te maken dat andere feiten en omstandigheden als belangrijke oorzaak van het faillissement gelden. De Hoge Raad heeft in het arrest van 9 juli 2021² geoordeeld dat het bestuur daarbij ook naar het handelen van een medebestuurder kan wijzen, mits dit handelen niet als kennelijk onbehoorlijk bestuur is aan te merken. Hiermee geeft het arrest de bestuurders van een failliete vennootschap meer mogelijkheden zichzelf te verweren tegen een aansprakelijkstelling door de curator.

Bestuurdersaansprakelijkheid na faillissement

Het is aan de curator om aannemelijk te maken dat er een causaal verband bestaat tussen de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling en het faillissement.³ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat dit kennelijk onbehoorlijk bestuur niet de enige oorzaak van het faillissement hoeft te zijn. Het moet hieraan echter wel *in belangrijke mate* hebben bijgedragen.

De strijd tegen het bewijsvermoeden

Als een bestuurder door de curator wordt aangesproken uit hoofde van artikel 2:248 BW, kan de bestuurder verschillende verweren tegen aansprakelijkheid aanvoeren. Hij kan bijvoorbeeld bewijzen dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur niet aan hem te wijten is. Tevens kan de bestuurder vragen om matiging van de aansprakelijkheid. Als een curator op grond van artikel 2:248 lid 2 BW aantoont dat de administratieplicht uit artikel 2:10 BW niet is nageleefd of dat de jaarrekeningen van de vennootschap niet conform artikel 2:394 BW tijdig gepubliceerd zijn, staat onbehoorlijk bestuur vast en wordt dit vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. Een op die grond aangesproken bestuurder kan zich (naast de voorgaande mogelijkheden) verweren door aan te tonen dat het gaat om een onbelangrijk verzuim of door aannemelijk te maken dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur geen belangrijke oorzaak is van het faillissement. Dit laatste vergt dat het bestuur de rechter ervan overtuigt dat andere feiten en omstandigheden de oorzaak waren van het faillissement. Als het bestuur daarin slaagt, ligt de bal weer bij de curator. De curator kan bijvoorbeeld stellen dat er weliswaar andere oorzaken zijn van het faillissement, maar dat het bestuur heeft nagelaten het intreden van die andere oorzaak te voorkomen.⁴ Slaagt de curator hierin, dan komt de spreekwoordelijke bal opnieuw bij het bestuur te liggen. Het bestuur kan dan feiten en omstandigheden naar voren brengen, en zo nodig aannemelijk maken, waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Lukt dit, dan ligt de bal wederom bij de curator die dan kan bewijzen dat (ondanks de andere omstandigheden) het kennelijk onbehoorlijk bestuur mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is.⁵ Ook in het arrest van de Hoge Raad van 9 juli 2021

komt het neer op bestuurders die zich trachten te verweren tegen het bewijsvermoeden dat het (wegens schending van de administratieplicht) vaststaande kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Rechtszaak Mobile Services: het gerechtshof

In de procedure die uiteindelijk voorlag bij de Hoge Raad was sprake van een faillissement van Mobile Services B.V. en diens dochtervennootschappen (hierna: Mobile Services). Mobile Services heeft zich gespecialiseerd in het leggen van snelle internetverbindingen op bijzondere locaties. Op zich in de huidige tijd een lucratieve bezigheid. Binnen het bestuur van Mobile Services is onenigheid ontstaan over het te voeren bedrijfsbeleid en er vinden ook een aantal transacties plaats met (vennootschappen van) een van de bestuurders waarvan achteraf de zakelijkheid in twijfel kan worden getrokken. Uiteindelijk gaan Mobile Services en haar dochtervennootschappen in de eerste helft van 2011 failliet. De curator vordert in rechte een verklaring voor recht dat de administratie vanaf juni 2010 niet voldeed aan de eisen die artikel 2:10 BW daaraan stelt en dat het bestuur van Mobile Services dan ook uit hoofde van artikel 2:248 lid 2 BW aansprakelijk is voor het volledige boedeltekort. De rechtbank wijst de vorderingen van de curator af waarna deze in hoger beroep gaat. Het hof stelt vast dat het bestuur inderdaad niet heeft voldaan aan de administratieplicht van artikel 2:10 BW. Als gevolg van de hiervoor besproken werking van artikel 2:248 lid 2 BW staat daarmee tevens vast dat sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Aan het bestuur van Mobile Services de taak om aannemelijk te maken dat andere feiten en omstandigheden een belangrijke oorzaak zijn geweest van het faillissement. Een aantal aansprakelijk gestelde bestuurders doet dit door te wijzen naar gedragingen van een (vlak voor het faillissement afgetreden) medebestuurder. Zij stellen onder andere dat het faillissement is veroorzaakt door deze medebestuurder, die (zo stellen zij) vrijwel al het werkkapitaal aan de vennootschappen heeft onttrokken. Daarnaast wijzen de bestuurders op het feit dat de medebestuurder een mailing heeft verzonden aan klanten waarin hij stelt dat twee bestuurders uit de onderneming zouden stappen. Het gerechtshof oordeelt echter dat zodra vaststaat dat sprake is geweest van onbehoorlijk bestuur, dit onbehoorlijk bestuur niet beperkt is tot een gebrekkige administratie, maar onbehoorlijk bestuur over de gehele linie betekent door het collectieve bestuur. Als eenmaal vaststaat dat het hele bestuur zich schuldig heeft gemaakt aan kennelijk onbehoorlijk bestuur, over de gehele linie, kan handelen van één van de (andere) bestuurders niet worden aangevoerd als een 'ander feit of omstandigheid', aldus het hof.⁶

Conclusie A-G

Een deel van de bestuurders komt in cassatie op tegen dit oordeel van het hof. In het cassatiemiddel voeren de bestuurders aan dat het weliswaar juist is dat kennelijk onbehoorlijk bestuur over de hele linie vaststaat en niet beperkt is tot de administratieplicht, maar dat het mogelijk is dat daarnaast nog sprake is van handelingen die kwalificeren als ongelukkig of onjuist (maar niet kennelijk onbehoorlijk) bestuur. Als dergelijke andere ongelukkige of onjuiste handelingen een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn, gelden zij als 'ander feit of omstandigheid'. A-G Assink⁷ is van mening dat de Hoge Raad tot op heden uit heeft willen gaan van een redelijke, op de praktijk gerichte uitleg van de ontzenuwing van het bewijsvermoeden uit artikel 2:248 lid 2 BW om een te strenge toepassing tegen te gaan. In lijn daarmee merkt Assink meer in het algemeen op dat het uitgangspunt van artikel 2:248 lid 2 BW dat schending van artikel 2:10 BW en/of 2:394 BW onbehoorlijke taakvervulling over de gehele linie betekent (dus over het handelen van het bestuur in het algemeen) enige relativering behoeft. Dit uitgangspunt zou volgens Assink niet met zich brengen dat op voorhand ook elk specifiek onderdeel van de taakvervulling van het bestuur onbehoorlijk is geweest, los van de schending van artikel 2:10 BW en/of artikel 2:394 BW. Een argument voor die relativering is te vinden in de parlementaire geschiedenis, waar de wetgever opmerkt dat het aan het bestuur is om aan te tonen 'dat het zich voor het overige behoorlijk van zijn taak heeft gekweten'.⁸ Eveneens in lijn met de praktische benadering meent Assink dat een bestuurder in het kader van artikel 2:248 lid 2 BW ook moet kunnen aantonen dat een bestuurder (op onderdelen) ander handelen (dan het onbehoorlijk bestuur) heeft vertoond waarbij dit handelen als een 'ander feit of omstandigheid' kwalificeert dat het faillissement heeft veroorzaakt.

Oordeel Hoge Raad

De Hoge Raad volgt de conclusie van A-G Assink en vernietigt het oordeel van het hof waartegen het cassatiemiddel is gericht. De Hoge Raad oordeelt dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat artikel 2:248 BW niet als doel heeft om het bestuur persoonlijk aansprakelijk te stellen voor het gehele tekort in een faillissement, maar alleen vanwege onbehoorlijk bestuur. Het faillissement moet ook daadwerkelijk het gevolg van dit onbehoorlijk bestuur zijn geweest. De Hoge Raad oordeelt dat bestuurders het bewijsvermoeden uit artikel 2:248 lid 1 BW ook kunnen weerleggen door te wijzen naar het handelen of nalaten van een of meer bestuurders, mits dit handelen of nalaten niet is te

beschouwen als een onbehoorlijke taakvervulling. Gezien de bewoordingen van de Hoge Raad 'een of meer bestuurders', brengt een logische lezing met zich dat ook ruimte wordt gelaten voor bestuurders om naar diens eigen handelen te wijzen om het bewijsvermoeden te ontzenuwen.

De Hoge Raad onderstreept dat onderscheid gemaakt moet worden tussen enerzijds het feit dat met schending van de administratieplicht vaststaat dat (over de hele linie) sprake is geweest van onbehoorlijk bestuur en anderzijds de mogelijkheid voor het bestuur om (desondanks) andere omstandigheden aan te dragen die een belangrijke oorzaak van het faillissement geweest zijn. Als een bestuurder gedragingen van een medebestuurder of van zichzelf kan aandragen die wel onzorgvuldig zijn, maar niet de hoge drempel van onbehoorlijk bestuur halen, moeten die omstandigheden worden meegenomen als ze een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Met andere woorden: als de vennootschap op administratief gebied een puinhoop was, maar die puinhoop zou hebben overleefd, ware het niet voor een paar zeer onzorgvuldige beslissingen van het bestuur (waarvan niet gezegd kan worden dat geen welkdenkend bestuurder deze zou hebben genomen en die dus niet kwalificeren als wanbeleid), dan moet het bestuur zich in het kader van artikel 2:248 lid 2 BW kunnen verweren tegen het bewijsvermoeden. De Hoge Raad verwijst hierbij, in navolging van A-G Assink, naar de parlementaire geschiedenis waarin is opgemerkt dat het bestuur bewijs kan leveren dat het zich voor het overige wel behoorlijk van zijn taak heeft gekweten.⁹ Ook de Hoge Raad ziet derhalve de nuance in het uitgangspunt dat het bestuur diens taak over de gehele linie onbehoorlijk heeft vervuld bij schending van artikel 2:10 BW en/of artikel 2:394 BW. Het is immers blijkbaar nog steeds mogelijk dat een bestuur die de boekhoud- of publicatieplicht heeft geschonden niet aansprakelijk is, omdat zij voor het overige haar taak wel behoorlijk heeft vervuld.

De Hoge Raad verwijst de zaak terug naar het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Dit hof moet beoordelen of het handelen van de medebestuurder is aan te merken als een belangrijke oorzaak van het faillissement. Daarbij zij opgemerkt dat de curator onbetwist heeft gesteld dat de onttrekking van een deel van het werkkapitaal door de medebestuurder geen belangrijke oorzaak van het faillissement kan zijn geweest, omdat andere substantiële bedragen in de onderneming zijn gevloeid.¹⁰ Er resteren enkele andere handelingen van de medebestuurder die het hof nu dient te beoordelen na de terugverwijzing door de Hoge Raad.

Conclusie

Bestuurders van een failliete vennootschap hebben door dit arrest van de Hoge Raad meer middelen tot hun beschikking om zich te kunnen verweren in de *uphill battle* tegen het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW. Bij schending van de boekhoud- of publicatieplicht staat onbehoorlijk bestuur immers vast, terwijl vermoed wordt dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Dat onbehoorlijk bestuur over de gehele linie vaststaat behoeft twee nuanceringen. De eerste, reeds bekende, nuancering vloeit voort uit de wetsgeschiedenis. Daarin is aangegeven dat het bewijsvermoeden kan worden ontzenuwd door aan te tonen dat het bestuur voor het overige haar taak wel behoorlijk heeft vervuld. De tweede nuancering volgt uit het onderhavige arrest van de Hoge Raad. Immers het handelen van een medebestuurder (en onzes inziens ook het handelen van de bestuurder zelf) kan worden aangevoerd om aannemelijk te maken dat andere feiten en omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Een bestuur waarbij over de hele linie (ten aanzien van alle bestuurders) sprake is van onbehoorlijk bestuur is derhalve nog steeds in staat om andere dingen te hebben gedaan die geen onbehoorlijk bestuur opleveren, maar wel het faillissement tot gevolg hebben gehad. Het is vervolgens aan de curator om te bewijzen dat geen weldenkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus zou hebben gehandeld. De praktijkgerichte uitleg van het ontzenuwen van het bewijsvermoeden door de Hoge Raad die door A-G Assink al werd geïdentificeerd, lijkt hiermee door de Hoge Raad wederom te worden doorgezet. Deze ontwikkeling juichen wij toe.

Voetnoten:

1. HR 12 februari 2016, JIN 2016/59 m.nt. A.M. Dumoulin-Siemens.
2. HR 9 juli 2021, [ECLI:NL:HR:2021:1099](#).
3. MvA, Kamerstukken II 16631, 6, p. 26 e.v.
4. HR 24 januari 2014, [ECLI:NL:HR:2014:153](#) (Magista BV).
5. HR 20 oktober 2006, [ECLI:NL:HR:2006:AY7916](#) (Van Schilt); en HR 30 november 2007, [ECLI:NL:HR:2007:BA6773](#) (Blue Tomato).
6. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24 september 2019, [ECLI:NL:GHARL:2019:7801](#), r.o. 4.14.
7. Concl. A-G B.F. Assink, [ECLI:NL:PHR:2020:1012](#), par. 3.12.
8. MvA, Kamerstukken I 1985/86, 16631, nr. 27b, p. 37.
9. HR 9 juli 2021, [ECLI:NL:HR:2021:1099](#), r.o. 3.2.

10. HR 9 juli 2021, [ECLI:NL:HR:2021:1099](#), r.o. 3.4

Datum: 20210827