

LEGAL UPDATE

Bestuurder verweert zich tegen het verwijt van kennelijk onbehoorlijk bestuur

Datum: 5 februari 2018

Op 30 januari 2018 is [uitspraak](#) gedaan door het Hof Arnhem-Leeuwarden in een zaak waarin een curator de (voormalig) bestuurder onbehoorlijk bestuur verweert. Als de curator kan aantonen dat sprake is geweest van kennelijke onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur van een besloten vennootschap, en tevens dat aannemelijk is dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement, is de bestuurder in beginsel hoofdelijk aansprakelijk tegenover de boedel op grond van artikel 2:248 lid 1 BW. Er wordt voor de aanduiding van de bewijslast die in dergelijke procedures op de curator enerzijds en de bestuurder anderzijds rust ook wel gesproken van een 'ping-pong' constructie. De curator heeft in eerste instantie een zware bewijslast, hij moet aantonen dat geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus gehandeld zou hebben. De curator wordt bij de bewijslevering echter (flink) geholpen door het tweede lid van artikel 2:248 BW dat een bijzondere bewijslastverdeling schept. Indien het bestuur niet heeft voldaan aan de boekhoudplicht of de publicatieplicht met betrekking tot de jaarrekening staat vast dat sprake is van kennelijke onbehoorlijke taakvervulling, en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. De bestuurder verkeert dan in de (moeilijke) bewijspositie dat hij aannemelijk moet maken dat er andere feiten of omstandigheden dat het onbehoorlijke bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Mocht de bestuurder dit bewijs kunnen leveren dan belandt de (ping-pong)bal weer bij de curator, die aannemelijk dient te maken dat desondanks het onbehoorlijk bestuur (ook) een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

In de door het hof Arnhem-Leeuwarden behandelde zaak ging het om een vennootschap die zeilen en zonwering maakte en verkocht. De curator meent dat de bestuurder niet heeft voldaan aan de boekhoudplicht en dat hij de publicatieplicht heeft geschonden. Zowel de rechtbank als het hof laten in het midden of inderdaad onvoldoende boekhouding aanwezig was, en of de publicatieplicht is geschonden. Zelfs als dat het geval is geweest, dan heeft de bestuurder (aldus rechtbank en hof) aannemelijk gemaakt dat andere omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Uit de uitspraak blijkt dat de markt waarin de onderneming optrad zwaar onder druk stond. De ondernemer heeft veel geprobeerd om verandering te brengen in het omzetverlies. Zo heeft hij getracht kosten te besparen middels ontslagen en huurverlaging en met een concurrent gesproken over samenwerking of zelfs overname. Toen ook nog bleek dat de voorraden onjuist waren gewaardeerd (zonder dat dit de bestuurder te verwijten viel) was de bestuurder uiteindelijk genoodzaakt om het faillissement van de vennootschap aan te vragen.

Zoals reeds geschetst staat bij schending van de boekhoud- of publicatieplicht onbehoorlijk bestuur vast. De hiervoor benoemde omstandigheden voerde de bestuurder derhalve aan om aannemelijk te maken dat andere omstandigheden dan het onbehoorlijk bestuur een oorzaak van het faillissement zijn. Daarbij rust op de bestuurder ook de plicht om aan te tonen dat hij niet heeft nagelaten het intreden van deze omstandigheden te voorkomen. Nu de bestuurder geslaagd is in het ontzenuwen van het vermoeden ligt de (ping-pong)bal weer bij de curator. Het ligt op zijn weg om aan te tonen dat ondanks de andere omstandigheden, het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak was van het faillissement. Het hof corrigeert daarin de rechtbank. De rechtbank had geoordeeld dat de curator nu op grond van het eerste lid van artikel 2:248 BW, en los van het bewijsvermoeden van lid 2 onbehoorlijke taakvervulling diende aan te tonen.

VAN BENTHEM & KEULEN

ADVOCATEN | NOTARIAAT

Dit is niet het geval; het onbehoorlijk bestuur blijft vaststaan en de curator kan zich blijven beroepen op het tweede lid van artikel 2:248 BW. De curator dient hiervoor echter aannemelijk te maken dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

Dit is een Legal update van Juliette Wareman.

Voor meer informatie:

Juliette Wareman

+31 30 259 5616

julietwareman@vbk.nl