

LEGAL UPDATE

Hoge Raad wijst arrest over 2:248 lid 2 BW - Weerlegging van vermoeden oorzaak faillissement

Datum: 15 juli 2021

Artikel 2:248 lid 2 BW

De Hoge Raad heeft in haar [arrest van 9 juli 2021](#) het leerstuk bestuurdersaansprakelijkheid verduidelijkt. Deze verduidelijking strekt tot voordeel van bestuurders, die meer mogelijkheden hebben gekregen om zich te verdedigen tegen een aansprakelijkstelling door een curator in een faillissement. Bij een faillissement van een BV heeft de curator de mogelijkheid de bestuurders aansprakelijk te stellen. Hiervoor is vereist dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De lat voor het vaststellen van kennelijk onbehoorlijk bestuur is erg hoog. De curator moet bewijzen dat geen redelijk denkend bestuurder hetzelfde zou hebben gehandeld. Wel geldt dat als één bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk vervult, in principe sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur van het voltallige bestuur. De curator wordt met betrekking tot het bewijzen van kennelijk onbehoorlijk bestuur geholpen door artikel 2:248 lid 2 BW. Uit dit artikel volgt dat als het bestuur niet voldoet aan zijn administratieplicht (artikel 2:10 BW) en/of de verplichting om tijdig een jaarrekening te deponeren (artikel 2:394 BW), onweerlegbaar vaststaat dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Het wordt daarnaast vermoed dat dit onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De betreffende bestuurder kan zich alleen nog verweren, door aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.

Oordeel Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

In de procedure die uiteindelijk voorlag bij de Hoge Raad was sprake van een faillissement waarbij het hof had vastgesteld dat het bestuur niet had voldaan aan de administratieplicht. Daarmee staat vast dat sprake was van onbehoorlijk bestuur. Aan het betreffende bestuur de taak om aannemelijk te maken dat andere omstandigheden een belangrijke oorzaak zijn geweest van het faillissement. Een aantal aansprakelijkgestelde bestuurders doen dit door te wijzen naar gedragingen van een (vlak voor het faillissement afgetreden) medebestuurder. Zij stellen dat het faillissement is veroorzaakt door deze medebestuurder, die het volledige werkkapitaal aan de vennootschappen heeft onttrokken. Het gerechtshof oordeelt dat zodra vaststaat dat sprake is geweest van onbehoorlijk bestuur, dit onbehoorlijk bestuur over de gehele linie betekent, door het collectieve bestuur. Handelen van één van de (andere) bestuurders kan in dat geval niet worden aangevoerd als een 'ander feit of omstandigheid'. Dit oordeel van het hof is niet geheel onbegrijpelijk gezien het eerdere oordeel van de Hoge Raad in een andere zaak dat bij schending van de verplichting uit hoofde van artikel 2:10 BW "zonder meer als vaststaand moet worden aangenomen dat ieder der bestuurders zijn taak ook voor het overige kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld".

Oordeel Hoge Raad

De Hoge Raad vernietigt dit oordeel van het gerechtshof. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat artikel 2:248 BW niet als doel heeft om het bestuur persoonlijk aansprakelijk te stellen voor het gehele tekort alleen vanwege het onbehoorlijk bestuur, maar dat het gevolg van het onbehoorlijk bestuur ook daadwerkelijk het faillissement moet zijn geweest. Het bewijsvermoeden kan niet alleen worden weerlegd door als bestuurder naar van buiten komende oorzaken te wijzen. De Hoge Raad oordeelt dat bestuurders het bewijsvermoeden ook kunnen weerleggen door te wijzen naar het handelen of nalaten van een medebestuurder (en onder omstandigheden zelfs van de aangesproken bestuurder zelf), mits dit handelen of nalaten niet is te beschouwen als een onbehoorlijke taakvervulling.

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 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 ze zou hebben genomen en die dus niet kwalificeren als wanbeleid), dan moet het bestuur zich in het kader van artikel 2:248 BW kunnen disculperen. De Hoge Raad verwijst de zaak terug naar het hof Arnhem-Leeuwarden. Dit hof moet beoordelen of het onttrekken van gelden door de medebestuurder hier geldt als een dergelijke omstandigheid.

Dit is een legal update van Juliette Wareman en Jelle Bruinsma.

Voor meer informatie:

Juliette Wareman

+31 30 25 95 652

julietwareman@vbk.nl

Jelle Bruinsma

+31 30 25 95 616

jellebruinsma@vbk.nl