

Nieuwsbrief - OR Updates

Nummer 16, 2022

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. drs. K.H. Boonzaaijer en mr. E.H. Leemreis.

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2022:2136](#) 30-06-2022

Vernietiging van faillissement van een ontbonden bv

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2022:2099](#) 28-06-2022

Bestuurders van Maastrichtse Autobus Combinatie B.V./Curator. Met wenk.

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:5954](#) 06-07-2022

Curator/Indirect bestuurder van Energie der Nederlanden B.V.

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2022:1971](#) 06-07-2022

Kolkman q.q./Bestuurders beddenhandel

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2022:3353](#) 06-07-2022

Drijber q.q./Bestuurders

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2022:2769](#) 29-06-2022

Geen bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW na verkoop aandelen aan katvanger

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:5039](#) 11-05-2022

Scandica Nederland B.V./Bestuurder, zijn echtgenoot en Four Seasons Interior

Annotatie

[Collectieve externe bestuurdersaansprakelijkheid voor misleidende tussentijdse cijfers](#)

B.J. Hermans

Annotatie

[Weerlegging van het causaliteitsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW](#)

O. Oost

Annotatie

Is de meldingsregeling op haar retour? Of wordt de soep niet zo heet gegeten als zij wordt opgediend?*

M.H. Visscher

ANNOTATIE

Collectieve externe bestuurdersaansprakelijkheid voor misleidende tussentijdse cijfers

B.J. Hermans

Beschouwingen bij een uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 8 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7044.

In deze uitspraak wordt een bestuurder ex artikel 2:249 BW aansprakelijk gehouden voor misleidende tussentijdse cijfers. Het oordeel van de rechtbank bestrijkt een aantal interessante aspecten van artikel 2:249 BW, waaronder de kwalificatie ‘tussentijdse cijfers’, de toe te passen misleidingsnorm en de vraag of een persoonlijk ernstig verwijt moet worden vastgesteld. In deze bijdrage staat de auteur daarbij stil.

1 Inleiding

Artikel 2:139/249 BW verschaft een derde een rechtstreekse vordering op het bestuur van een besloten vennootschap of naamloze vennootschap indien de jaarrekening, de tussentijdse cijfers of het bestuursverslag misleidend zijn en de derde dientengevolge schade heeft geleden. Het bestuur is collectief aansprakelijk. Individuele bestuurders kunnen zich disculperen.

De bepaling geldt – enkel ten aanzien van de jaarrekening – ex artikel 2:150/260 BW ook voor de raad van commissarissen. Artikel 2:139 BW geldt bovendien voor het bestuur van bepaalde verenigingen en stichtingen (artikelen 2:50a en 2:300a BW)[1] en voor coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen (artikel 2:50a jo. artikel 2:53a BW).[2]

Gepubliceerde uitspraken waarin concreet invulling wordt gegeven aan de vereisten voor aansprakelijkheid ex artikel 2:139/249 BW zijn relatief zeldzaam, maar het palet aan beschikbare zaken neemt gestaag toe.[3] Op 8 december 2021 heeft de rechtbank Amsterdam een uitspraak gewezen waarin het een financier is gelukt een bestuurder aansprakelijk te houden ex artikel 2:249 BW voor misleidende financiële overzichten die in het kader van de financieringsaanvraag waren verstrekt.[4] In deze bijdrage sta ik achtereenvolgens stil bij de feiten en omstandigheden van deze zaak (par. 2), de kwalificatie ‘tussentijdse cijfers’ (par. 3),

de misleidingsnorm en de vraag of een persoonlijk ernstig verwijt moet worden vastgesteld (par. 4), in hoeverre tussentijdse cijfers anders worden beoordeeld dan de jaarrekening (par. 5), disculpatie (par. 6) en schade en causaal verband (par. 7). Ik sluit af met een conclusie (par. 8).

Vooraf merk ik op dat ik op enkele punten enkel naar artikel 2:249 BW of enkel naar artikel 2:139 BW zal verwijzen. Dat neemt niet weg dat deze bevindingen van belang zijn voor beide artikelen. Verder zal ik alleen kenmerken van deze specifieke artikelen bespreken. De algemene civiele onderdelen van de uitspraak (waaronder matiging van schade en eigen schuld) laat ik buiten beschouwing.

2 Feiten en omstandigheden

Een holdingvennootschap (hierna: de vennootschap) staat aan het hoofd van een groep vennootschappen die zich bezighouden met de verkoop en verhuur van tenten voor festivals wereldwijd. De vennootschap heeft twee bestuurders. De ene bestuurder houdt zich bezig met de commercie (hierna: de commerciële bestuurder) en de tweede bestuurder met de financiën (hierna: de financiële bestuurder). Een commanditaire vennootschap (hierna: de financier) verstrekt een geldlening aan de vennootschap van EUR 2,5 miljoen.

In het kader van de financieringsaanvraag worden een actuele winst-en-verliesrekening met prognose gedeeld, een prognosebalans, een actueel liquiditeitsoverzicht met prognose, een budget en andere prognoses (r.o. 2.7) (de actuele cijfers hierna: de gerealiseerde cijfers; prognoses/budgetten hierna: de prognosecijfers; de gerealiseerde cijfers en de prognosecijfers gezamenlijk hierna: de financiële overzichten). De gerealiseerde cijfers zien op de periode januari tot en met september 2016. De prognosecijfers zien op de periode oktober tot en met december 2016. Voor zover ik aan de hand van de uitspraak kan beoordelen, waren de gerealiseerde cijfers en prognosecijfers steeds in hetzelfde document opgenomen, waarbij werd gespecificeerd wat de (verwachte) resultaten waren voor het gehele jaar en voor het jaar tot en met september 2016.

De vennootschap en haar groepsmaatschappijen failleren, waardoor de financier haar vordering niet op de vennootschap (en de hoofdelijk aansprakelijke groepsmaatschappijen) kan verhalen. De later opgestelde jaarrekening 2016 wijkt op essentiële punten af van hetgeen in de financiële overzichten was gepresenteerd. De omzet in de jaarrekening 2016 is EUR 3.948.504, in plaats van het in de financiële overzichten weergegeven totaal van EUR 9.338.000, en het resultaat is in de jaarrekening 2016 EUR 1,5 miljoen negatief, in plaats van het positieve totaal van EUR 1.863.446, zoals weergegeven in de financiële overzichten (r.o. 2.8 en 2.15).[5]

De financier stelt zich achteraf op het standpunt dat de financiële overzichten misleidend waren en stelt onder meer de commerciële bestuurder aansprakelijk.[6] Zij doet primair een beroep op artikel 2:249 BW en subsidiair een beroep op artikel 6:162 BW. De rechtbank neemt artikel 2:249 BW als uitgangspunt voor de beoordeling van de vorderingen. Daarvoor moet eerst worden beoordeeld of de gewraakte financiële overzichten onder de categorie ‘tussentijdse cijfers’ vallen. Daar sta ik in de volgende paragraaf nader bij stil.

3 Welke financiële publicaties vallen onder de definitie ‘tussentijdse cijfers’?

3.1 Kwalificatie tussentijdse cijfers

De categorie ‘tussentijdse cijfers’ is begin jaren tachtig aan de wettekst van artikel 2:249 BW (voor de BV) en artikel 2:139 BW (voor de NV) toegevoegd.[7] Van Bekkum merkt op dat – in tegenstelling tot de in de wet gedefinieerde jaarrekening (art. 2:361 lid 1 BW) en het bestuursverslag (art. 2:391 BW) – het begrip ‘tussentijdse cijfers’ geen duidelijke basis heeft in de wet.[8]

Huizink stelt dat in ieder geval de tussentijdse vermogensopstellingen bij het uitkeren van dividend of splitsing onder de definitie van tussentijdse cijfers vallen (zie respectievelijk art. 2:105 lid 4 en 2:334g lid 2 BW).[9] Naar de tussentijdse vermogensopstelling in de zin van artikel 2:105 lid 4 BW wordt immers verwezen in de parlementaire geschiedenis bij de toevoeging van de categorie ‘tussentijdse cijfers’.[10] Voor het gemak noem ik deze vermogensopstellingen de ‘eerste categorie’ tussentijdse cijfers.

Bij een beursgenoteerde naamloze vennootschap valt de (verplichte) tussentijdse financiële verslaglegging onder de reikwijdte van (in dat geval) artikel 2:139 BW, zoals de halfjaarlijkse financiële verslaggeving (art. 5:25d Wft) en de (niet verplichte, maar wel gebruikelijke) tussentijdse verklaringen (kwartaalinformatie).[11] Bij de besloten vennootschap bestond voorheen een wettelijke basis voor de halfjaar- en kwartaalcijfers (art. 2:103 (oud) BW), welke cijfers ook onder de reikwijdte van artikel 2:249 BW vielen.[12] In de Fairstar- en Landis-zaken werden zonder nadere motivering respectievelijk kwartaalcijfers[13] en een halfjaarbericht[14] door de rechtbank Amsterdam onder de reikwijdte van (in dat geval) artikel 2:139 BW gebracht. Het wekt mijns inziens geen verbazing dat wanneer door een (grote, al dan niet beursgenoteerde) vennootschap regelmatig kwartaalcijfers en halfjaarberichten aan beleggers/aandeelhouders worden verstrekt, deze tussentijdse cijfers onder de reikwijdte van artikel 2:139 BW vallen. Voor het gemak noem ik deze cijfers de ‘tweede categorie’ tussentijdse cijfers.

Volgens Strik gaat het niet alleen om tussentijdse vermogensopstelling in de zin van artikel 2:105 lid 4 BW, of halfjaar- en kwartaalcijfers, maar ook om andere tussentijds

verstrekke cijfers aan derden. Als voorbeeld noemt Strik maandrapportages die aan banken worden verstrekt.[15] Ik noem deze laatste (rest)categorie de ‘derde categorie’ tussentijdse cijfers.

Wanneer de cijfers niet in één van deze drie categorieën vallen, is artikel 2:249 BW niet van toepassing en resteert de eiser(es) een beroep op artikel 6:162 BW.

Hoe wordt beoordeeld of tussentijdse cijfers in de derde categorie vallen? In drie eerdere zaken is deze grens voorzichtig verkend.

In een *eerste* zaak overwoog het hof 's-Hertogenbosch dat een met een crediteur gedeelde kolommenbalans niet onder de definitie van tussentijdse cijfers viel. De betreffende kolommenbalans diende als werkdocument voor de jaarrekening en had een voorlopig karakter. De kolommenbalans maakte dus onderdeel uit van de ‘interne boekhouding’. Het hof woog mee dat de kolommenbalans geen toelichting had.[16] In een noot bij dit arrest merkt Bras op dat ter invulling van het begrip ‘tussentijdse cijfers’ kan worden aangesloten bij financiële gegevens die voor wat hun vorm en inhoud betreft een bepaalde mate van gelijkenis vertonen met tussentijdse cijfers zoals die bij invoering van het wetsvoorstel begin jaren tachtig in de wet voorkwamen (waaronder art. 2:105 lid 4 BW).[17] Bras merkt verder op dat het oogmerk van de bestuurder bij het bekendmaken van het stuk van belang is, hetgeen terugkomt in de uitspraak van het hof door het voorlopige karakter van de balans te benoemen en de presentatie daarvan (een papieren hand-out tijdens een bespreking).[18]

In een *tweede* zaak overwoog de rechtbank Noord-Holland dat in verkoopdocumentatie verstrekte balansen als tussentijdse cijfers in de zin van artikel 2:249 BW konden worden gekwalificeerd. De rechtbank overwoog dat de tussentijdse cijfers de koper in staat stelden zich een beeld te vormen van de toestand van de vennootschap en dat zij haar aankoopbeslissing (onder meer) hierop heeft gebaseerd. De rechtbank merkte verder op dat de prognoses niet onder de definitie van tussentijdse cijfers vielen.[19]

In een *derde*, niet-gepubliceerde en geanonimiseerde uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant van 12 februari 2020, die in de wenk bij deze uitspraak[20] wordt aangehaald, overwoog de rechtbank als volgt:

‘De rechtbank stelt voorop dat artikel 2:249 BW in deze zaak niet van toepassing is, omdat de door [X; anonimisering auteur wenk] aan [eiseres] verstrekte gegevens niet kwalificeren als de in artikel 2:249 BW bedoelde stukken. Hier gaat hier niet om stukken die qua vorm en inhoud gelijkenis vertonen met tussentijdse cijfers, zoals die in boek 2 elders in de wet voorkomen (zoals bijvoorbeeld een vermogensopstelling ex artikel 2:105 lid 4 BW). Hierbij geldt dat de cijfers aan [eiseres] wel een beeld beoogden te geven van de financiële stand van zaken van

[de groep/vennootschap], maar niet pretendeerden de toestand van de vennootschap met exactheid weer te geven per een specifieke datum. Verder geldt dat de cijfers alleen bestemd waren voor en zijn verstrekt aan [eiseres] en dat die daarom niet bekend zijn gemaakt als bedoeld in artikel 2:249 BW.’[21]

3.2 Het oordeel van de rechtbank

De in dit artikel behandelde uitspraak van de rechtbank Amsterdam is een *vierde* zaak waarin de grenzen van artikel 2:249 BW verder worden verkend.[22] De rechtbank stelt centraal in hoeverre de cijfers onder de collectieve ‘bestuurlijke verantwoordelijkheid’ vallen, waarbij zij aansluiting zoekt bij de norm van artikel 2:9 lid 2 BW (r.o. 4.11.1). De rechtbank passeert het verweer van de commerciële bestuurder dat het niet-ondertekenen c.q. formeel goedkeuren van de financiële overzichten ertoe moet leiden dat deze evident niet onder de bestuurlijke verantwoordelijkheid vallen en derhalve niet als tussentijdse cijfers gekwalificeerd kunnen worden (r.o. 4.11.4). De vraag of sprake is van tussentijdse cijfers die onder de bestuurlijke verantwoordelijkheid vallen, hangt volgens de rechtbank af van de concrete omstandigheden van het geval (r.o. 4.11.4). Als relevante omstandigheden van het geval merkt de rechtbank aan het doel van de cijfers: het informeren van de financier over de toestand van de vennootschap (r.o. 4.11.2). Uit het oordeel van de rechtbank maak ik op dat (mede) van belang is:

de context van de verstrekking: ten behoeve van een financieringsaanvraag, waarbij de financier voor de beslissing tot het verstrekken van een financiering actuele cijfers moet kunnen inzien (r.o. 4.11.2);

het bij de derde gewekte vertrouwen dat de tussentijdse cijfers geen welbewust scheve voorstelling van de toestand van de vennootschap geven (r.o. 4.11.3-4.11.10); en
de (hiermee verband houdende) wijze van presentatie daarvan: concrete cijfers zonder voorbehouden (r.o. 4.12).

Bij het tweede criterium kijkt de rechtbank vooral naar de rol van het bestuur bij het verstrekken van de cijfers aan de financier, waaronder het feit dat zij de term sheet, waarin naar de cijfers werd verwezen, hadden ondertekend c.q. goedgekeurd (r.o. 4.11.5-4.11.7).

De rechtbank komt dan ook tot de conclusie dat de gerealiseerde cijfers als tussentijdse cijfers kunnen worden gekwalificeerd. De rechtbank laat in het midden of de prognosecijfers als tussentijdse cijfers kwalificeren (r.o. 4.6.12).

3.3 Observaties

De wetgever heeft de categorie tussentijdse cijfers niet expliciet begrensd. Aan de andere kant

vraag ik mij af of het de bedoeling van de wetgever is geweest dat ieder extern gedeeld financieel overzicht als tussentijdse cijfers in de zin van artikel 2:249 BW kan worden gekwalificeerd, met bijbehorende collectieve aansprakelijkheid van het bestuur. De vraag is waar uiteindelijk de grens ligt, vooral binnen de derde categorie. Dat is (nog) niet voldoende duidelijk geworden. Uit de uitspraak van de rechtbank Amsterdam en de hiervoor besproken literatuur en jurisprudentie maak ik in ieder geval op dat een derde categorie tussentijdse cijfers bestaat, en dat rechtbanken een drempel – met wisselende hoogte – hanteren bij de kwalificatie van cijfers als tussentijdse cijfers in de zin van artikel 2:249 BW.

De door de rechtbank Amsterdam in deze specifieke zaak tot uitgangspunt genomen 'bestuurlijke verantwoordelijkheid' vind ik niet direct logisch, omdat tussentijdse cijfers in de zin van artikel 2:249 BW worden verondersteld onder de bestuurlijke verantwoordelijkheid te vallen. Door de bestuurlijke verantwoordelijkheid voor de cijfers als uitgangspunt te nemen en deze vast te stellen aan de hand van de omstandigheden van het geval, kiest de rechtbank naar mijn smaak een te casuïstische en brede benadering. Ik meen dat vooral naar de wet moet worden gekeken en dat de cijfers wat betreft de aard, de vorm/inhoud en het doel zo veel mogelijk moeten aansluiten bij (tussentijdse) cijfers die wel in de wet zijn geregeld, zoals de eerste twee categorieën tussentijdse cijfers en de jaarrekening. De cijfers moeten gelet hierop naar mijn mening:

bestemd zijn voor extern gebruik met als doel als informatiebron voor derden te fungeren om bedrijfsbeslissingen op te baseren.[23] Hiermee wordt beantwoord aan het doel van artikel 2:249 BW: het beschermen van derden tegen misleidende financiële verslaglegging; bestaan uit een balans, winst-en-verliesrekening met toelichtingen en eventueel een kasstroomoverzicht met toelichting. De vorm en inhoud zijn mijns inziens van belang, gelet op de veelheid van manieren waarop financiële gegevens van ondernemingen kunnen worden gedeeld. Voor financiële overzichten die wat vorm en inhoud betreft niet overeenkomen met de eerste twee categorieën tussentijdse cijfers en de jaarrekening, staat de derde een beroep op artikel 6:162 BW ten dienste wanneer deze misleidend zijn; finaal c.q. definitief zijn. Bij een via de e-mail gedeeld Exceloverzicht met daarin tussentijdse cijfers kan daar niet zonder meer van uit worden gegaan. Bij aan (ondertekende) transactiedocumentatie (als bijlage) gehechte tussentijdse cijfers ligt dit mijns inziens anders. Aan de hand van de wijze waarop de cijfers openbaar zijn gemaakt, zal dit dus moeten worden vastgesteld.

Uit de door de rechtbank Amsterdam in overweging genomen feiten en omstandigheden volgen raakvlakken met in de wet geregelde (tussentijdse) cijfers voor wat betreft de aard en het doel van de cijfers. In het oordeel van de rechtbank mis ik wel een nadere duiding van de

vorm en inhoud van de cijfers. Uit het feitencomplex maak ik op dat de gerealiseerde cijfers enkel bestaan uit een winst-en-verliesrekening zonder toelichting (r.o. 2.7). Ik vraag mij af of zo een los overzicht (mogelijk opgenomen in een Exceloverzicht met allerhande andere cijfers) van (alleen) de winsten en verliezen tot en met september als tussentijdse cijfers in de zin van artikel 2:249 BW kan worden gezien. Ik ben het wel eens met het oordeel van de rechtbank dat het niet relevant is of de cijfers zijn ondertekend. Immers, ook voor de jaarrekening geldt dat of deze wel of niet is ondertekend, voor de verantwoordelijkheid voor de opgemaakte jaarrekening van geen betekenis is. Het bestuur is en blijft verantwoordelijk. Deze verantwoordelijkheid wordt benadrukt door ondertekening (maar dat vormt geen constitutief vereiste).[24]

Gelet op de vergaande consequenties van het collectieve aansprakelijkheidsregime, meen ik dat terughoudendheid op zijn plaats is bij de kwalificatie van cijfers als tussentijdse cijfers in de zin van artikel 2:249 BW. Het dient de rechtszekerheid dat voor bestuurders voorspelbaarheid bestaat bij de vraag of zij aan een collectief aansprakelijkheidsregime worden blootgesteld bij het delen van cijfers.

Tot slot sta ik kort stil bij de prognosecijfers, waar de rechtbank verder niet/beperkt op ingaat. In de literatuur wordt door enkele auteurs aangenomen dat prognoses omtrent de toekomst en de verwachte gang van zaken die in het bestuursverslag moeten worden opgenomen, onder de reikwijdte van artikel 2:249 BW kunnen vallen. Daarbij wordt wel gesteld dat de prognoses elke realiteitszin moeten ontberen.[25] Deze gedachtegang gaat niet zonder meer op voor prognoses in het algemeen, aangezien het bestuursverslag als zodanig reeds expliciet onder de reikwijdte van artikel 2:249 BW valt (blijkens de wettekst van art. 2:249 BW) en het bestuursverslag deze toekomstverwachtingen dient te bevatten (art. 2:391 lid 2 BW). Ik zou zeggen dat prognoses als zodanig niet kwalificeren als tussentijdse cijfers. Tussentijdse cijfers zien immers – net als de jaarrekening – naar hun aard primair op het verleden. Ik durf echter wel de stelling aan dat wanneer cijfers als ‘tussentijdse cijfers’ in de zin van artikel 2:249 BW worden gekwalificeerd, de in deze tussentijdse cijfers eventueel opgenomen prognoses wel meegenomen kunnen worden bij de vraag of de tussentijdse cijfers misleidend zijn. Bij de vraag wanneer tussentijdse cijfers misleidend zijn, sta ik in de volgende paragrafen stil.

4 De misleidingsnorm in het algemeen en het persoonlijk ernstig verwijt

4.1 De misleidingsnorm

Volgens de wettekst van artikel 2:249 BW is het bestuur hoofdelijk aansprakelijk wanneer de daarin genoemde financiële verslaglegging misleidend is. In de literatuur is het nodige daarover geschreven.[26] Onder meer De Jong en Pijls signaleren bij de toepassing van de

misleidingsnorm van financiële verslaglegging een analogie met het leerstuk van prospectusaansprakelijkheid. Bij de toepassing van de misleidingsnorm wordt de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone belegger (maatman-gebruiker) als uitgangspunt genomen. Gekeken moet vervolgens worden of het handelen van de (functionarissen van de) verslaggevende vennootschap in voldoende mate op deze maatman-gebruiker was afgestemd en of deze maatman-gebruiker door dit handelen niet op het verkeerde been werd gezet. De vraag of de maatman-gebruiker op het verkeerde been is gezet, wordt onder meer beantwoord aan de hand van een materialiteitsdrempel. Sprake moet zijn van wezenlijke onvolkomenheden die het gedrag van de maatman-gebruiker (hadden) kunnen beïnvloeden. Bij de beantwoording van de misleidingsnorm spelen ook toepasselijke verslagleggingsregels een belangrijke rol.[27] Ik verwijs verder naar het nuttige artikel van Pijls, waarin hij uitvoerig ingaat op de zogeheten ‘civiele misleidingsnorm’.

In de literatuur en jurisprudentie wordt voorts betoogd dat bij het invullen van de misleidingsnorm geen persoonlijk ernstig verwijt hoeft te worden gemaakt bij de vaststelling van aansprakelijkheid ex artikel 2:249 BW.[28] Het misleidend zijn van de gewraakte publicaties is dus voldoende voor collectieve aansprakelijkheid van het bestuur. Onder meer Kroeze kwalificeert artikel 2:249 BW als een ‘(quasi-)risicoaansprakelijkheid’.[29] Kroeze en Beckman menen dat de bewijslast ten aanzien van de schuldvraag wordt omgekeerd.[30]

4.2 Het oordeel van de rechtbank

De rechtbank overweegt dat de tussentijdse cijfers misleidend zijn wanneer deze ‘onwaar’ moeten worden geacht (r.o. 4.14). Zij overweegt verder in lijn met bovenstaande opvatting in de literatuur dat bij de beoordeling of een stuk misleidend is, geen ruimte is voor toetsing aan de mate van verwijtbaarheid van individuele bestuurders (r.o. 4.14.5). In het verlengde daarvan overweegt de rechtbank dat uit de wettekst van artikel 2:249 BW niet volgt dat (aanvullende) schuld in termen van een (al dan niet ernstig) verwijt aan het adres van de individuele bestuurder is vereist; het enkel misleidend zijn van de tussentijdse cijfers impliceert het verwijt (r.o. 4.11.12).

4.3 Observaties

Ik merk allereerst op dat ik de verwijzing naar het begrip ‘onwaar’ ter invulling van de misleidingsnorm ongelukkig vind. De rechtbank verwijst daarbij naar een aantekening van Huizink.[31] In deze aantekening vergelijkt Huizink de tekst van artikel 2:249 BW (‘balansaansprakelijkheid’) met de tekst van artikel 336 Wetboek van Strafrecht (Sr) (‘bedrog in jaarstukken’), waarin respectievelijk van ‘misleidend’ en ‘onwaar’ wordt gesproken. Dit zijn begrippen met dezelfde strekking, aldus Huizink. Daarbij wordt wel opgemerkt dat in de

delictsomschrijving van artikel 336 Sr ‘opzet’ is opgenomen, wat in het kader van artikel 2:249 BW niet is vereist. Door voor de nadere invulling van de misleidingsnorm van artikel 2:249 BW enkel te verwijzen naar de strafrechtelijke tegenhanger (art. 336 Sr), geeft de rechtbank weinig duidelijkheid over de toe te passen misleidingsnorm en de invulling daarvan. Ik meen dat de rechtbank had kunnen volstaan met een verwijzing naar de civiele misleidingsnorm.

Alhoewel ik het oordeel van de rechtbank en de lijn in de literatuur wat betreft het persoonlijk ernstig verwijt op punten kan volgen, plaats ik hier enkele kanttekeningen bij (zeker wanneer de tekst tussen haken in haar oordeel op dit punt wordt weggedacht). Ik heb bovendien moeite met de (onder meer) door Kroeze gehanteerde term ‘(quasi-)risicoaansprakelijkheid’ en vraag mij af of daadwerkelijk geen persoonlijk ernstig verwijt hoeft te worden vastgesteld bij aansprakelijkheid ex artikel 2:249 BW. Ook kan ik mij niet verenigen met de opvatting van Kroeze en Beckman dat de bewijslast ten aanzien van de schuldvraag wordt omgekeerd.

Ik vind dat de literatuur door te benadrukken dat geen persoonlijk ernstig verwijt hoeft te worden gemaakt een verkeerd signaal aan de rechtspraak geeft. In de literatuur wordt immers opgemerkt dat de grondslagen van bestuurdersaansprakelijkheid – die alle gemeen hebben dat een verhoogde schuldgradatie is benodigd – convergent zijn (geraakt).[32] De vraag rijst dan ook of artikel 2:249 BW binnen het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht als een geïsoleerde grondslag moet worden beschouwd die een ‘lichter’ of ander regime inhoudt.[33] Mijns inziens is dat niet zo. Voor een nadere analyse ten aanzien van het karakter van artikel 2:249 BW en de eventuele verwijtbaarheid aan de zijde van de aangesproken bestuurder sta ik stil bij enkele relevante rechtsbronnen, te beginnen bij de wettekst. Vervolgens zal ik de misleidingsnorm en de daarin gelegen verhoogde schuldgradatie nader beschouwen en afsluiten met een korte tussenconclusie.

4.3.1 De wettekst en het rechtskarakter van artikel 2:249 BW

De rechtbank merkt terecht op dat in de wettekst niet is opgenomen dat (aanvullende) schuld in termen van een (al dan niet ernstig) verwijt aan het adres van de individuele bestuurder is vereist. Ik verwijs ter achtergrond ook naar de literatuur van Strik, waarin zij opmerkt dat in de wettekst een koppeling ontbreekt tussen het gedrag van het bestuur (en de schuldgradatie waarmee dat gedrag werd gepleegd) en de misleiding.[34]

Ik vraag mij echter af of een tekstuele analyse van de wettekst ons veel verder helpt. Het wetsontwerp ter introductie van artikel 2:249 BW stamt uit 1910 en is derhalve oud te noemen; het feit dat daarin niet expliciet naar (ernstig verwijtbaar) bestuurshandelen wordt verwezen, betekent mijns inziens niet dat wordt geabstraheerd van bestuurshandelen of dat geen ernstig verwijtbaar bestuurshandelen behoeft te worden vastgesteld. Financiële verslaglegging wordt

immers door of onder leiding van het bestuur opgesteld en door of namens het bestuur openbaar gemaakt; het betreft naar haar aard bestuurshandelen of handelen waarvoor het bestuur nadrukkelijk verantwoordelijk is.

Artikel 2:249 BW is verder te beschouwen als een *lex specialis* van artikel 6:162 BW.[35] Het betreft dan ook primair een aansprakelijkheid op basis van de schuld van de aangesproken bestuurder, die een (zelfstandige) zorgvuldigheidsverplichting heeft jegens de betreffende derde(n).[36] Deze zorgvuldigheidsverplichting bestaat mijns inziens uit het (laten) opstellen en (laten) publiceren van financiële verslaglegging die – kortweg – niet misleidend is.

4.3.2 De parlementaire geschiedenis

Bij de parlementaire geschiedenis bij artikel 2:249 BW zijn in de literatuur de nodige vraagtekens gezet ten aanzien van de schuldgradatie. De wetgever heeft opgemerkt dat sprake moet zijn van een ‘culpose onwaarheid in de balans’.[37] Ik ben het ermee eens dat het onduidelijk is wat de wetgever met ‘culpose onwaarheid in de balans’ bedoelt.[38] Ik vind in de parlementaire geschiedenis in ieder geval geen steun voor de opvatting dat *geen* persoonlijk ernstig verwijt/verhoogde schuldgradatie hoeft te worden vastgesteld, laat staan dat de wetgever in 1910 expliciet een (quasi)risicoaansprakelijkheid heeft beoogd c.q. een aansprakelijkheid waarbij de handelswijze van de aangesprokene niet relevant is.

Ik meen dat bij gebrek aan een nadere wettelijke en parlementaire verduidelijking van artikel 2:249 BW de jurisprudentie zelf, tegen het licht van de huidige tijd, invulling kan geven aan deze aansprakelijkheidsgrondslag en de schuldgradatie.

Verder merk ik op dat bij andere grondslagen van bestuurdersaansprakelijkheid – waaronder artikel 6:162 BW, waar artikel 2:249 BW uit is afgeleid – het vereiste van een persoonlijk ernstig verwijt c.q. verhoogde schuldgradatie in eerste instantie (ook) niet uit de wettekst of de parlementaire geschiedenis volgde, maar – in plaats daarvan – uit de jurisprudentie van de Hoge Raad. In artikel 2:9 BW is het door de Hoge Raad geïntroduceerde begrip ‘ernstig verwijt’ inmiddels gecodificeerd. Hetzelfde geldt voor de ‘kennelijk’ onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:138/248 BW.

4.3.3 De Hoge Raad

De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgelaten over de vraag of een persoonlijk ernstig verwijt moet worden vastgesteld bij aansprakelijkheid ex artikel 2:249 BW.

De Hoge Raad oordeelt tot dusver consequent dat een hoge drempel wordt aangenomen voor aansprakelijkheid van bestuurders. Het betreft een rechtspolitieke keuze die de Hoge Raad

zowel voor interne als voor externe verhoudingen heeft gemaakt bij de invulling van de (open) aansprakelijkheidsnorm om 'bange' bestuurders te voorkomen.[39] Dat zou voor de handelswijze van het bestuur in verband met financiële publicaties niet anders moeten zijn.

De vraag of sprake moet zijn van een persoonlijk ernstig verwijt bij artikel 2:249 BW is wat mij betreft dan ook bepaald geen gelopen race. Ik zie in de wettekst en de parlementaire geschiedenis geen beletsel ook in het kader van artikel 2:249 BW aan te nemen dat sprake moet zijn van een persoonlijk ernstig verwijt. Een andere opvatting zou inhouden dat men afdrijft van vaste rechtspraak van de Hoge Raad. Ook ten aanzien van financiële verslaglegging kunnen wij te maken krijgen met bange bestuurders en mogelijk ook terughoudend zijn in het vrijwillig delen van financiële informatie. Met de toename aan complexe financiële verslagleggingsregels en – zeker in vergelijking met 1910 – de toegenomen schaal van het bedrijfsleven lijkt mij dat onwenselijk. Door de wetgever is bij de introductie van de 'tussentijdse cijfers' begin jaren tachtig in artikel 2:249 BW al erkend dat het op brede schaal delen van financiële informatie van belang is en dat het bestuur hierin niet moet worden ontmoedigd.[40]

4.3.4 De in de misleidingsnorm gelegen verhoogde schuldgradatie

De vraag is echter of, door aan te nemen dat een persoonlijk ernstig verwijt moet worden vastgesteld bij aansprakelijkheid ex artikel 2:249 BW, de aansprakelijkheidsgrondslag van kleur verschiet. De civiele misleidingsnorm – indien correct toegepast – lijkt immers in vele opzichten een met het criterium 'persoonlijk ernstig verwijt' vergelijkbare hoge drempel in te houden, waarbij ruimte is voor bestuurlijke beoordelingsvrijheid en menselijke fouten. Ik trek daarbij een parallel met andere normen van bestuurdersaansprakelijkheid en sta tot slot stil bij de relevantie van mijn betoog.

De Hoge Raad oordeelde bij de Ahold-boekhoudfraude dat niet snel sprake is van een 'onware' jaarrekening in de zin van artikel 336 Sr, wanneer binnen de grenzen van de verslagleggingsnormen is gehandeld:

'Alleen indien de ondernemingsleiding de betrokken post uit de jaarrekening op grond van alle omstandigheden van het geval in redelijkheid niet heeft kunnen presenteren zoals zij heeft gedaan [curs. BJH], moet worden geoordeeld dat de jaarrekening in zoverre geen getrouw beeld geeft van de maatschappelijke werkelijkheid en onwaar is.'[41]

De woorden van de Hoge Raad ten aanzien van de toepassing van het met artikel 2:249 BW samenhangende artikel 336 Sr wijzen op een hoge drempel. De rechtspraak van de Hoge Raad in het kader van artikel 336 Sr, de strafrechtelijke tegenhanger van artikel 2:249 BW, acht ik relevant voor de toepassing van artikel 2:249 BW.

Naast een parallel met artikel 336 Sr, kan een parallel worden gevonden met artikel 2:9 BW. Strik stelt dat indien iemand misleiding te verwijten valt – en hij dus aansprakelijk is op grond van artikel 2:249 BW en zich niet kan disculperen –, hem ook een *ernstig verwijt* kan worden gemaakt in de zin van artikel 2:9 BW.[42] Strik betoogt daarbij dat artikel 2:9 lid 2 en 2:249 BW communicerende vaten (zouden moeten) zijn.

Ook ik zie raakvlakken tussen artikel 2:249 en artikel 2:9 BW. Daarbij zou ik eveneens artikel 2:248 BW willen betrekken. Ik meen dat voornoemde artikelen een op punten soortgelijke systematiek kennen voor wat betreft de vaststelling van aansprakelijkheid en de daarbij te hanteren verdeling van stelplicht en bewijslast.[43] Bij artikel 2:9 en 2:248 BW wordt eerst de ernstig verwijtbare handelswijze (althans: de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling) van het bestuur als collectief vastgesteld (stelplicht ligt in beginsel bij de eiser), waarna een individuele bestuurder zich kan disculperen (stelplicht ligt bij de bestuurder). Mijns inziens kan het persoonlijk ernstig verwijt van het collectieve bestuur bij toepassing van artikel 2:249 BW al worden vastgesteld bij invulling van de civiele misleidingsnorm. Zouden individuele bestuurders die niet waren betrokken bij de verweten handelswijze dan risicoaansprakelijk zijn en wordt de bewijslast ten aanzien van de schuldvraag omgekeerd? Wat mij betreft niet. Ook wanneer een bestuurder zich niet bemoeit met de financiële verslaglegging en/of wanneer hij er niet voor zorgt dat de administratieve organisatie op orde is, handelt de bestuurder (ernstig) verwijtbaar en neemt hij het risico van het publiceren van misleidende financiële verslaglegging op de koop toe.[44] Met andere woorden: de schuld van alle bestuurders is aanwezig bij een misleidende voorstelling en wordt niet verondersteld aanwezig te zijn.

Ik kom tot slot bij de relevantie van mijn betoog. Ik verwijs daarbij naar de literatuur van Beckman, die (ook) van mening is dat artikel 2:249 BW een schuldaansprakelijkheid en niet een risicoaansprakelijkheid in het leven roept. Beckman signaleert echter een neiging van rechters in gevallen van schade vrij snel aan te nemen dat sprake is van een misleidende voorstelling van de toestand van de rechtspersoon in diens jaarrekening – met andere woorden: er worden niet al te zware eisen gesteld aan het bewijzen dat sprake is van een misleidende voorstelling –, waardoor de schuldaansprakelijkheid opschuift in de richting van risicoaansprakelijkheid.[45] Beckman raakt aan de redenen waarom ik stilsta bij de relevantie van het persoonlijk ernstig verwijt (althans: de verhoogde schuldgradatie) in het kader van artikel 2:249 BW. De in het kader van artikel 2:249 BW toe te passen civiele misleidingsnorm dient ter invulling van een verhoogde schuldgradatie, waardoor deze niet mag worden onderschat.

4.3.5 Slotsom

Concluderend, artikel 2:249 BW is een schuldaansprakelijkheid, gericht op de (zorgvuldige) handelswijze van het bestuur in verband met het opstellen en publiceren van financiële - verslaglegging, welke handelswijze tot collectieve aansprakelijkheid kan leiden wanneer de hoge drempel van de civiele misleidingsnorm wordt gehaald. De eiser draagt de stelplicht en bewijslast van een misleidende voorstelling (en de daarin verdisconteerde verhoogde drempel). Bij de toepassing van de misleidingsnorm moet het bestuur – zeker wanneer hij binnen de wet blijft – de nodige beoordelingsvrijheid worden gegund. Na vaststelling van misleiding, waardoor het gehele bestuur ernstig verwijtbaar heeft gehandeld (of in ieder geval sprake is van een verhoogde schuldgradatie), komt het bevrijdende disculpatieverweer per individuele bestuurder aan de orde. Al met al is geen sprake van een (quasi)risicoaansprakelijkheid, omkering van de schuldvraag of anderszins van een van de overige grondslagen van bestuurdersaansprakelijkheid (wezenlijk) afwijkende grondslag.

5 Wanneer is sprake van een misleidende voorstelling bij tussentijdse cijfers?

5.1 De civiele misleidingsnorm bij tussentijdse cijfers

Hoe de civiele misleidingsnorm specifiek ten aanzien van tussentijdse publicaties moet worden toegepast, is nog niet (uitgebreid) in de literatuur besproken. In de parlementaire geschiedenis bij de introductie van de categorie ‘tussentijdse cijfers’ staat onder meer:

‘Al kan van tussentijdse cijfers niet de nauwkeurigheid worden verwacht die de jaarrekening behoort te geven, de lezer moet erop kunnen vertrouwen dat het bestuur zo voorzichtig is, dat de cijfers geen welbewust scheve voorstelling van de toestand der vennootschap geven.’[46]

Van Bakkum signaleert dat in de literatuur op basis van de parlementaire geschiedenis wordt verdedigd dat de foutmarge bij tussentijdse cijfers groter is dan bij de jaarrekening, in die zin dat van tussentijdse cijfers niet dezelfde nauwkeurigheid mag worden verwacht. Hij vraagt zich daarbij wel af of de in de literatuur aangenomen foutmarge in de praktijk leidt tot een wezenlijk andere beoordeling van de jaarrekening dan van tussentijdse cijfers.[47]

De rechtbank Noord-Holland zag aanleiding aan de hand van de parlementaire geschiedenis een – zo lijkt het – strenger criterium toe te passen dan mogelijk voor de jaarrekening zou gelden. De rechtbank overwoog dat weliswaar sprake was van de schending van een garantie in een overnamecontract door een schuld niet in de tussentijdse cijfers op te nemen, maar dat hiermee nog geen ‘welbewuste’ misleiding zou hebben plaatsgevonden.[48] Daarbij lijkt het erop alsof de rechtbank oordeelde dat opzet was vereist. Of de wetgever met ‘welbewust’ een opzetcriterium voor ogen heeft gehad in relatie tot tussentijdse cijfers, vraag ik mij af. Strik en andere auteurs komen ook tot de conclusie dat van opzettelijke misleiding in het kader van artikel 2:249 BW geen sprake hoeft te zijn.[49]

5.2 Het oordeel van de rechtbank

De rechtbank neemt in de zaak die centraal staat in dit artikel geen opzetcriterium tot uitgangspunt, maar weegt – onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis – bij de beantwoording van de misleidingsvraag mee dat van tussentijdse cijfers niet dezelfde kwaliteit als van een jaarrekening kan worden verwacht. Op basis van de verschillen tussen de jaarrekening en de tussentijdse cijfers komt de rechtbank echter vrij snel tot de conclusie dat de financiële overzichten onwaar en dus, volgens de rechtbank, misleidend zijn (r.o. 4.14). Een foutmarge lijkt daarbij geen (extra) gewicht in de schaal te leggen.

5.3 Observaties

De uitspraak van de rechtbank geeft weinig inzicht in de vraag of tussentijdse cijfers op een andere manier moeten worden beoordeeld dan bijvoorbeeld de jaarrekening, en wat de betekenis is van een in de literatuur aangenomen foutmarge. Ik zal hier nader invulling aan proberen te geven en zal eerst naar de toepasselijke wet- en regelgeving kijken, vervolgens beoordelen op welke punten eventueel terughoudendheid moet worden betracht, en daarna deze inzichten naast de uitspraak van de rechtbank Amsterdam leggen, die in dit artikel centraal staat.

5.3.1 Toepasselijke wet- en regelgeving

Voor tussentijdse cijfers bestaat geen algemeen toepasbare wet- en regelgeving ten aanzien van de inrichtingsvereisten. Artikel 2:105 lid 4 BW gaat uit van in het maatschappelijk verkeer aanvaardbare waarderingsmethoden voor de tussentijdse vermogensopstelling bij dividenduitkeringen. Artikel 2:334g lid 2 BW bepaalt dat de tussentijdse vermogensopstelling bij een splitsing wordt opgemaakt met inachtneming van de waarderingsmethoden die in de laatst vastgestelde jaarrekening of andere financiële verantwoording zijn toegepast. Voor specifiek de halfjaarlijkse financiële verslaggeving van beursvennootschappen gelden diverse inrichtingseisen, zoals opgenomen in artikel 5:25d lid 2 t/m 10 Wft. Uit artikel 5:25d Wft volgt dat een verkorte weergave van de cijfers (met toelichting) volstaat, maar dat voor het overige wordt verwezen naar de voor de jaarrekening toepasselijke grondslagen (waaronder titel 9 van Boek 2 BW).[50]

Wanneer geen specifieke regels van toepassing zijn, zoals doorgaans bij de derde categorie tussentijdse cijfers, lijkt het mij logisch – net als bij artikel 2:105 lid 4 BW – de in het maatschappelijk verkeer aanvaardbare waarderingsmethoden als uitgangspunt te nemen. Deze kunnen al dan niet worden ingevuld door eerder door de vennootschap toegepaste financiële verslagleggingsstandaarden. Mijns inziens kan van het bestuur worden gevergd dat hij uitleg geeft waarom bij tussentijdse cijfers andere standaarden worden gehanteerd dan bij

eerdere financiële verslaglegging. Ik merk tot slot op dat in de toelichting bij de tussentijdse cijfers ook kan worden vermeld welke verslagleggingsstandaarden van toepassing zijn.

5.3.2 Terughoudende toets?

Ik kom terug op de vraag in hoeverre tussentijdse cijfers terughoudender beoordeeld moeten worden dan de jaarrekening. Ik meen dat op twee gebieden meer terughoudendheid moet worden betracht bij tussentijdse cijfers dan bij de jaarrekening.

Ten eerste: een rechtbank zal voorzichtig moeten zijn met het vaststellen en meenemen van schendingen van financiële verslagleggingsregels bij de toepassing van de misleidingsnorm, aangezien deze verslagleggingsregels (mogelijk) niet rechtstreeks toepasselijk zijn op de betreffende tussentijdse cijfers. Vooral bij de derde categorie moet het bestuur de ruimte worden gegund andere waarderingsmethoden te gebruiken dan algemeen geaccepteerd (mits een uitleg kan worden gegeven).

Ten tweede: in tussentijdse cijfers worden (doorgaans) meer schattingselementen meegenomen. Ik verwijs ter illustratie naar richtlijn 394 ('tussentijdse berichten') van de Richtlijnen voor jaarverslaggeving van de Raad voor de Jaarverslaggeving (RJ-richtlijnen):

'Bij waardering en resultaatbepaling in het kader van het opstellen van tussentijdse berichten dient de gehele periode tussen de laatst opgestelde jaarrekening en de rapporteringsdatum van het tussentijdse bericht in beschouwing te worden genomen. Dat kan tot gevolg hebben dat in eerdere tussentijdse berichten verwerkte schattingen in een later tussentijds bericht over hetzelfde jaar worden herzien.'

En:

'Alhoewel waarderungen bij zowel de jaarrekening als bij een tussentijds bericht veelal zijn gebaseerd op redelijke schattingen, zal bij een tussentijds bericht in het algemeen meer gebruik worden gemaakt van schattingsmethoden dan bij het opstellen van een jaarrekening.'

Door het bestuur gemaakte inschattingen moeten in het algemeen terughoudend worden getoetst, omdat het bestuur hierbij beoordelingsvrijheid heeft. De redelijkheid van de door het bestuur ten tijde van het delen van de tussentijdse cijfers gemaakte inschattingen staat daarbij voorop en niet het totaal van eventuele verschillen met latere publicaties. Bij het opstellen van tussentijdse cijfers heeft het bestuur doorgaans minder tijd ter beschikking dan voor de jaarrekening, is de accountant veelal niet betrokken en heeft het bestuur misschien minder mogelijkheden om externe adviezen in te winnen ter ondersteuning van te maken inschattingen. Ik meen dan ook dat op het punt van de inschattingen bij tussentijdse cijfers

nog meer beoordelingsvrijheid aan het bestuur moet worden gegund dan bij de jaarrekening.

Of op andere gebieden meer terughoudendheid op zijn plaats is bij het beoordelen van tussentijdse cijfers dan bij het beoordelen van de jaarrekening, vraag ik mij af. De eiser is immers door de kwalificatiehoepel gesprongen. De rechtbank heeft in dat geval vastgesteld dat de tussentijdse cijfers wat betreft aard, vorm/inhoud en doel overeenkomen met in de wet geregelde tussentijdse cijfers (of heeft een andere drempel gehanteerd). Hierdoor kan en mag vervolgens een en ander worden verwacht van de kwaliteit van de betreffende tussentijdse cijfers. Ik meen dan ook dat naast bovenstaande objectieve aanknopingspunten verder beperkt ruimte bestaat voor een terughoudende beoordeling van tussentijdse cijfers in de zin dat daarin makkelijker fouten gemaakt mogen worden dan bijvoorbeeld in de jaarrekening.

5.4 Toepassing op de uitspraak

In de uitspraak van de rechtbank Amsterdam die centraal staat in dit artikel, lijkt de misleiding vooral te worden vastgesteld aan de hand van geconstateerde verschillen tussen de tussentijdse cijfers en de jaarrekening. Ik kan het oordeel van de rechtbank volgen, maar roep – onder verwijzing naar mijn observaties hiervoor – wel op tot voorzichtigheid bij het maken van vergelijkingen tussen de jaarrekening en (eerdere) tussentijdse cijfers.

De tussentijdse cijfers in deze zaak zien op de periode tot en met september 2016 (de gerealiseerde cijfers). Het overige gedeelte betreft een prognose ten aanzien van de periode oktober tot en met december 2016 (de prognosecijfers). De rechtbank kijkt naar het verschil in omzet en constateert dat de omzet in de jaarrekening 2016 al EUR 3,7 miljoen lager is dan de omzet in de periode tot en met september 2016 in de gerealiseerde cijfers (r.o. 4.14.2). Aangezien geen negatieve omzet kan bestaan in het vierde kwartaal, wat dit verschil zou kunnen verklaren, constateert de rechtbank dat de omzet in de gerealiseerde cijfers onjuist moet zijn. Dat geldt hierdoor volgens de rechtbank ook voor de winst.

Ik vermoed dat de winst voor een financier vooral van belang is bij een beslissing op een kredietaanvraag. Door de redenering van de rechtbank blijft in het midden welk onderdeel van het verschil in winst mogelijk te verklaren is door tegenvallers in het vierde kwartaal, een (te verklaren) wijziging van inschattingen van het management over de periode tot en met september 2016 en daadwerkelijke fouten in de periode tot en met september 2016. Enkel de daadwerkelijke fouten in de weergave van de winst moeten langs de lat van de materialiteitsdrempel worden gelegd. Daarbij kunnen wat mij betreft ook prognoses worden betrokken die iedere realiteitszin ontberen (zie par. 3.3).

Het enkele feit dat de verschillen met latere publicaties significant zijn, hetgeen kan wijzen op misleiding, hoeft derhalve niet altijd voldoende te zijn om van misleidende tussentijdse cijfers

te kunnen spreken. Voor de invulling van de misleidingsnorm, die een verhoogde drempel vormt om tot aansprakelijkheid te komen, is van belang dat de tussentijdse cijfers en daarbij ten tijde van het opstellen daarvan gemaakte inschattingen zorgvuldig worden geanalyseerd. Het is alleen goed mogelijk dat een meer genuanceerde invulling van de misleidingsnorm in deze zaak achterwege kon blijven, gelet op het uitblijven van een verklaring van de commerciële bestuurder voor de zeer significante verschillen tussen de jaarrekening en de tussentijdse cijfers. De bewijslast van een misleidende voorstelling ligt bij de eiser (art. 150 Rv),^[51] maar de betreffende bestuurder moet de gestelde feiten en omstandigheden wel gemotiveerd betwisten (art. 149 Rv). De rechtbank had daarbij eventueel een voorshands vermoeden van een misleidende voorstelling kunnen aannemen, waarbij de bestuurder in de gelegenheid zou worden gesteld tegenbewijs te leveren.^[52]

De rechtbank had ook een verzwaarde motiveringsplicht aan de zijde van de commerciële bestuurder kunnen aannemen, waardoor te meer voor de hand zou liggen dat de bestuurder stellingen op dit punt voldoende gemotiveerd had moeten bestrijden in plaats van te volstaan met de (kennelijk) blote betwisting daarvan.

In de praktijk zou het bovenstaande erop neerkomen dat de commerciële bestuurder te rade zou moeten gaan bij de financiële bestuurder. Ik vind dat dit van hem kan worden verwacht. De commerciële bestuurder kan eventueel – bij gebreke aan medewerking – de financiële bestuurder in (processuele) vrijwaring betrekken om via zijn verweren in de vrijwaringszaak informatie te vergaren die hij in de hoofdzaak ter afwering van de vorderingen kan gebruiken.

Meestal zullen de bestuurders gezamenlijk worden gedagvaard (dat was in deze zaak anders). Het kan tot slot op de weg van de betreffende bestuurder liggen een toelichting van de accountant te vragen (voor zover deze betrokken was). Dat laatste zou immers voor een derde lastig zijn, gelet op de geheimhoudingsplicht van de accountant.

6 Disculpatie

6.1 Disculpatiemogelijkheden voor het bestuur

Een eiser hoeft niet per individuele bestuurder aan te tonen dat hij/zij aansprakelijk is voor misleidende financiële verslaglegging in de zin van artikel 2:249 BW, zoals dat voor de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid doorgaans wel het geval is. Hierin schuilt het cruciale (en wat mij betreft enige) verschil tussen aansprakelijkheid ex artikel 2:249 BW en aansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW. Uit de literatuur volgt dat de bestuurders weinig disculpatiemogelijkheden hebben wanneer de gewraakte financiële verslaglegging misleidend is en zij ex artikel 2:249 BW aansprakelijk worden gehouden.^[53]

6.2 Het oordeel van de rechtbank

Bij het vaststellen van de beoordelingsmaatstaf van het disculpatieverweer zoekt de rechtbank aansluiting bij artikel 6:162 BW en de daarin opgenomen maatschappelijke betamelijkheid. De rechtbank stelt centraal hetgeen van een redelijk handelend en redelijk bekwame bestuurder verwacht kan worden, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval (r.o. 4.18). De commerciële bestuurder schopt het binnen dit brede kader niet ver.

De commerciële bestuurder acht zich als commerciële kracht binnen het bedrijf niet of beperkt verantwoordelijk voor de juistheid van de tussentijdse cijfers. Deze verantwoordelijkheid lag volgens de commerciële bestuurder bij de financiële bestuurder, die – in tegenstelling tot de commerciële bestuurder – bij uitstek deskundig was op financieel gebied (met een achtergrond in accounting als RA en de studie Business Administration & Economics).

De rechtbank laat de vraag onbeantwoord of de commerciële bestuurder zich bij een taakverdeling had kunnen disculperen (r.o. 4.23), maar verwijst naar een e-mail in het dossier waaruit volgt dat de commerciële bestuurder zich intern zeer kritisch over de administratieve organisatie en interne beheersing heeft uitgelaten. De rechtbank constateert dat de commerciële bestuurder aan deze kritiek geen opvolging heeft gegeven en bovendien – toen de financiële overzichten daarna aan de financier werden verstrekt – geen nadere controle heeft uitgevoerd, hetgeen onder deze omstandigheden wel voor de hand had gelegen (r.o. 4.24-4.27).

6.3 Observaties

Interessant is dat de rechtbank voor de beoordelingsmaatstaf van het disculpatieverweer aansluiting zoekt bij artikel 6:162 BW en niet (nadrukkelijk) bij bijvoorbeeld artikel 2:9 lid 2 of 2:248 lid 3 BW. De motivering van de rechtbank komt echter wel overeen met het tweede vereiste van artikel 2:9 lid 2 BW:

‘Niet aansprakelijk is echter de bestuurder, die bewijst, dat het feit aan hem niet te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden [curs. BJH].’[54]

Ook wanneer de rechtbank wel op de taakverdeling was ingegaan, zou dit waarschijnlijk geen succesvol beroep op disculpatie met zich hebben gebracht. Gelet op de keuze van de wetgever een collectieve aansprakelijkheid van het bestuur in het leven te roepen ten aanzien van de in artikel 2:249 BW genoemde financiële publicaties, kan een bestuurder zich in het kader van een taakverdeling niet disculperen met de mededeling dat de betreffende financiële

verslaglegging in het algemeen niet onder zijn takenpakket viel.

Ik verwijs ook naar de literatuur van Strik, waarin zij spreekt over de heersende leer in de literatuur die lijkt te zijn dat een taakverdeling geen grond is voor disculpatie van deze aansprakelijkheid, nu financiële verslaggeving een van de kerntaken is van het bestuur.[55] Ik maak uit het betoog van Strik op dat zij wel van mening is dat de taakverdeling een rol *kan* spelen. Strik stelt daarbij dat van een commercieel directeur verwacht mag worden dat hij deelneemt aan de beraadslagingen over de hoofdlijnen van de financiële verslaggeving, maar dat hij het werk van de financieel directeur of de auditcommissie niet over hoeft te doen. Zij merkt op dat een commercieel directeur die zich volstrekt afzijdig houdt van de financiële verslaggeving zijn taak niet behoorlijk vervult.[56] Van dit laatste lijkt, afgezien van de kritische e-mail (waaraan verder geen opvolging is gegeven), in dit geval sprake te zijn.

Het zou echter interessant zijn wanneer de misleiding een gevolg is van een verkeerde invulling van moeilijk te duiden boekhoudkundige principes die een normale (maatman-)commercieel directeur niet zou kunnen en behoren te overzien of andere factoren, zoals fraude van de medebestuurder.[57] Zou in dat geval individuele disculpatie slagen wanneer de bestuurder zich wel in algemene lijnen heeft bemoeid met het opstellen van de financiële verslaglegging en de administratieve organisatie en interne beheersing op orde zijn? Ik zou zeggen dat een bestuurder in een dergelijk geval bonafide is en dat individuele disculpatie zou moeten slagen, omdat anders desalniettemin sprake is van een (quasi)risicoaansprakelijkheid (in plaats van een schuldaansprakelijkheid met verhoogde drempel).

Ten aanzien van de disculpatie geldt mijns inziens dat zowel uit de wettekst als uit de parlementaire geschiedenis niet volgt dat deze beperkt moet worden opgevat, waardoor de slagingskansen van dit bevrijdende verweer ook tegen het licht van de huidige tijd nader kunnen worden ingevuld. Ik zou menen dat de deur voor de bestuurders op dit punt iets verder opengezet zou kunnen worden dan de nagenoeg dichte deur zoals betoogd in de literatuur.

Hopelijk is de door de rechtbank aangelegde brede norm, waarbij wordt uitgegaan van een maatman-bestuurder, een opstap hiervoor. Mogelijk kan bij de invulling van deze brede norm op punten aansluiting worden gezocht bij de wetsgeschiedenis van artikel 2:9 lid 2 en 2:248 lid 3 BW en in het licht van deze artikelen gewezen rechtspraak en in de literatuur gedeelde inzichten.

7 Causaal verband en schade

Tot slot maak ik nog enkele korte opmerkingen met betrekking tot de schade en het causale verband, die in deze zaak snel worden aangenomen.

De schade van de leninggever bestaat uit de volledige leensom van EUR 2,5 miljoen, waarvoor geen verhaal is aangetroffen in de faillissementen (r.o. 4.36). De financier kon door de misleidende cijfers de kredietrisico's niet overzien. Wanneer zij deze wel had overzien, had zij de lening niet verstrekt, zo overweegt de rechtbank. De rechtbank oordeelt dan ook dat een (redelijk) causaal verband bestaat tussen de misleidende financiële overzichten en de schade (r.o. 4.38). Ook hier lijken de significante verschillen tussen de jaarrekening en de financiële overzichten de commerciële bestuurder parten te spelen: de financiering – die was bedoeld als groeilening – was verworpen tot een financiering die een substantieel verlies opvulde. Deze gedaanteverandering is zo wezenlijk dat het (beperkt gemotiveerde) oordeel van de rechtbank goed is te volgen.

Het causaal verband wordt veelal als een lastige horde bij artikel 2:249 BW gezien.[58] Ik vraag mij af of, wanneer de misleidingsnorm wordt toegepast (met de materialiteitstoets die vereist dat de derde door de onjuistheden op het verkeerde been is gezet en zijn gedrag is beïnvloed), de soep zo heet wordt gegeten, althans: of deze horde niet al gedeeltelijk is genomen bij een positieve beantwoording van de misleidingsvraag. Voor nadere achtergrond ten aanzien van het causaal verband verwijs ik naar de literatuur van Strik.[59]

8 Conclusie

De uitspraak van de rechtbank Amsterdam biedt een interessante kijk op diverse criteria in verband met artikel 2:249 BW.

Het begrip 'tussentijdse cijfers' kan diverse categorieën cijfers omvatten, maar niet ieder extern financieel gedeeld overzicht rechtvaardigt het collectieve aansprakelijkheidsregime van artikel 2:249 BW. Rechtbanken oordelen verschillend over de vraag waar de grens ligt. In deze uitspraak kijkt de rechtbank Amsterdam naar de bestuurlijke verantwoordelijkheid voor de cijfers die wordt ingevuld door de concrete omstandigheden van het geval. Een logischer en objectiever uitgangspunt lijkt mij of de cijfers voor wat betreft de aard, vorm/inhoud en het doel bij wettelijk gedefinieerde (tussentijdse) financiële verslaglegging aansluiten.

De vraag of de tussentijdse cijfers misleidend zijn, moet vervolgens worden beantwoord aan de hand van de civiele misleidingsnorm. De misleidingsnorm moet mijns inziens, gelet op het karakter van artikel 2:249 BW als schuldaansprakelijkheid met verhoogde drempel, in het algemeen terughoudend worden toegepast, zeker wanneer binnen de verslagleggingsregels wordt gehandeld. Specifiek bij tussentijdse cijfers geldt dit in versterkte mate, aangezien meer dan bij de jaarrekening sprake is van schattingselementen met bijbehorende bestuurlijke beoordelingsmarge. Rechters moeten daarbij waken voor het maken van een te makkelijke vergelijking tussen de jaarrekening en de (eerder gepubliceerde) tussentijdse cijfers.

Wanneer eenmaal sprake is van een misleidende voorstelling, kan een bestuurder – ook al vervulde deze geen financiële functie maar een commerciële functie – zich lastig onttrekken van aansprakelijkheid. Uit de literatuur tot dusver lijkt te volgen dat disculpatie een theoretische mogelijkheid is. In deze uitspraak neemt de rechtbank een brede maatstaf als uitgangspunt, waarbij alle omstandigheden van het geval kunnen worden meegenomen bij de beoordeling van het disculpatieverweer. Het feitencomplex in deze zaak gaf de rechtbank echter weinig andere keus dan het disculpatieverweer van de hand te wijzen. Wanneer een commercieel bestuurder zich niet of nauwelijks bemoeit met de financiën, is voor disculpatie geen plaats. Mogelijk dient zich in de toekomst nog een zaak met een ander feitencomplex aan en kan de interessante discussie over de disculpatiemogelijkheden van een bestuurder onder artikel 2:249 BW worden voortgezet.

Noten

[1] Het betreft aan de vennootschapsbelasting onderworpen verenigingen en stichtingen en/of verenigingen en stichtingen die bij of krachtens de wet verplicht zijn een financiële verantwoording op te stellen die gelijk of gelijkwaardig is aan een financieel verslag als bedoeld in titel 9 van Boek 2 BW.

[2] Asser/Kroeze 2-I 2021/573.

[3] Zie voor een overzicht van diverse uitspraken J. van Bakkum, Civielrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen vanwege de jaarrekening, in: J.B.S. Hijink e.a. (red.), Handboek Jaarrekeningenrecht (VDHI nr. 164), Deventer: Wolters Kluwer 2020, hoofdstuk 48, par. 2.2.1. Ik verwijs verder naar een uitspraak van de rechtbank Noord-Holland van 4 april 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:2942 en enkele meer recente uitspraken: Hof Amsterdam 3 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:643; Hof 's-Hertogenbosch 28 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1440; Rb. Noord-Nederland 19 augustus 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2860.

[4] Rb. Amsterdam 8 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7044.

[5] Ik ga ervan uit dat het onder r.o. 2.8 genoemde overzicht van resultaten de daadwerkelijke resultaten t/m september 2016 omvat en een prognose voor de resultaten van oktober t/m december 2016.

[6] De financiële bestuurder was in een andere procedure aansprakelijk gesteld door de financier.

[7] Zie de Tweede EEG-richtlijn (PbEG 1977, L 26) en de Aanpassingswet tweede EEG-richtlijn (Stb. 1981, 332).

[8] Van Bekkum 2020, par. 2.2.2.

[9] Huizink, in: GS Rechtspersonen 2017, art. 2:139 BW, aant. 2.

[10] Zie Kamerstukken II 1979/80, 15304, nr. 6, p. 38 (MvA): 'Nu artikel 105 rechtsgevolgen verbindt aan tussentijdse vermogensopstellingen en het verstrekken van tussentijdse cijfers steeds meer ingang vindt, behoort de bestuurdersaansprakelijkheid daarvoor in de wet te worden behandeld op overeenkomstige wijze als voor de jaarrekening. Al kan van tussentijdse cijfers niet de nauwkeurigheid worden verwacht die de jaarrekening behoort te geven, de lezer moet erop kunnen vertrouwen dat het bestuur zo voorzichtig is, dat de cijfers geen welbewust scheve voorstelling van de toestand der vennootschap geven.'

[11] Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 2 augustus 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BV8549, JOR 2012/72, r.o. 8.16.

[12] Huizink, in: GS Rechtspersonen 2017, art. 2:139 BW, aant. 2.

[13] Rb. Amsterdam 30 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6932, JOR 2016/182, r.o. 7.7.

[14] Rb. Amsterdam 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7495, JOR 2015/330, r.o. 4.2.6.

[15] D.A.M.H.W. Strik, Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid. Een maatpak voor de Board Room (diss. Rotterdam; IVOR nr. 73), Deventer: Kluwer 2010, par. 6.1.

[16] Hof 's-Hertogenbosch 2 augustus 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BV8549, JOR 2012/72, r.o. 8.17. Vgl. Van Bekkum 2020, par. 2.2.2.

[17] A.D.M. Bras, annotatie bij Hof 's-Hertogenbosch 2 augustus 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BV8549, JOR 2012/72, par. 4 (hierna: Bras 2012).

[18] Bras 2012, par. 4.

[19] Rb. Noord-Holland 4 april 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:2942, r.o. 4.62.

[20] Rb. Amsterdam 8 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7044, RO 2022/17.

[21] Rb. Oost-Brabant 12 februari 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:996 (niet gepubliceerd), zoals aangehaald in de wenk die is verschenen bij de in dit artikel behandelde uitspraak, te vinden onder RO 2022/17.

[22] Ik sluit evenwel niet uit dat er meer – niet-gepubliceerde – zaken bestaan.

[23] Vgl. H. Beckman & E.A. Marseille, Hoofdlijnen van het jaarrekeningenrecht, Deventer: Kluwer 2013, par. 3.2, waarin zij ten aanzien van de jaarrekening drie doelen vaststellen: (1) het afleggen van rekening en verantwoording aan het rekening-en-verantwoordingsorgaan, (2) voor het gebruik in het kader van het kapitaal- en vermogensbeschermingsrecht, en (3) als informatiebron voor derden. Ik meen dat de onder art. 2:249 BW genoemde publicaties niet beogen het eerste doel na te streven. Het tweede doel wordt vertegenwoordigd door de eerste categorie tussentijdse cijfers. Ten aanzien van de tweede en de derde categorie tussentijdse cijfers moet mijns inziens vooral worden aangesloten bij het derde doel. Ik verwijs ook naar Bras 2012, waarin Bras eveneens het doel van de cijfers relevant acht.

[24] Beckman & Marseille 2013, par. 3.3.

[25] Zie B.J. de Jong, Schade door misleiding op de effectenmarkt (diss. Nijmegen; VDHI nr. 103), Deventer: Kluwer 2010, hoofdstuk 2, par. 2.3.3. Huizink spreekt in GS Rechtspersonen 2017, art. 2:139 BW, aant. 5 van 'onrealistische' prognoses.

[26] Zie onder meer A.C.W. Pijls, Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor misleidende financiële verslaggeving, TvOB 2020, afl. 5, p. 154 e.v.; Van Bakkum 2020, par. 2.2.5; De Jong 2010, par. 2.3.3; Strik 2010, par. 6.4.

[27] Pijls 2020, p. 159 e.v.

[28] Zie onder meer Rb. Midden-Nederland 22 januari 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:116 (Bruil), r.o. 4.7; Rb. Noord-Nederland 19 augustus 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2860, r.o. 5.19; Rb. Amsterdam 9 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2960, r.o. 4.23. In de eerste en de tweede uitspraak verwijst de rechtbank naar de enigszins 'ambigue' parlementaire geschiedenis van deze bepaling en de heersende leer: bijv. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/470; M.J. Kroeze, Bange bestuurders, Ondernemingsrecht 2006/3; D.A.M.H.W. Strik,

Aansprakelijkheid voor financiële verslaglegging in het licht van de Transparantierichtlijn, Ondernemingsrecht 2005/48; B.F. Assink, Slagter. Compendium Ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2013, p. 1096-1097, als aangehaald in r.o. 4.7 en 5.19. Zie verder ook Pijls 2020, p. 166, waarin Pijls stelt dat de eventuele verwijtbaarheid aan de kant van de (functionarissen van de) verslaggevende vennootschap geen rol speelt bij de invulling van de misleidingsnorm.

[29] Kroeze 2006.

[30] Asser/Kroeze 2-I 2021/573.

[31] GS Rechtspersonen 2017, art. 2:249 BW, aant. 9.

[32] Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/441; J.W. Winter, J.B. Wezeman & J.D.M. Schoonbrood, Van Schilfgaarde. Van de BV en de NV, Deventer: Wolters Kluwer 2017, hoofdstuk V, par. 48.

[33] Zie Van Bekkum 2020, par. 2.2.8: 'Op dit punt wijkt art. 2:139/249 BW sterk af van het verdere civielrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheidsrecht waarin voor aansprakelijkheid steeds gekwalificeerde vormen van schuld zijn vereist, te weten een ernstig verwijt. Als er sprake is van een misleidende voorstelling en een derde daardoor schade lijdt, zijn de bestuurders ex art. 2:139/249 BW hoofdelijk aansprakelijk. Dit versterkt de quasi-
risicoaansprakelijkheid voor de bestuurders die niet direct betrokken waren bij het opmaken van de financiële stukken.'

[34] Strik 2010, par. 6.6.

[35] Zie ook r.o. 4.18 en 4.39 van de uitspraak.

[36] H. Beckman, Jaarrekeningenrecht, in: B.F. Assink e.a., De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders' (IVOR nr. 104), Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 6.2.3: 'Door de wijze waarop deze kwalitatieve aansprakelijkheid is geformuleerd, is duidelijk dat de wetgever een misleidende voorstelling van de toestand van de rechtspersoon ook als een eigen onrechtmatige daad van de bestuurders en commissarissen van deze rechtspersoon heeft aangemerkt.'

[37] Pijls 2020, p. 159, voetnoot 33.

[38] Kroeze merkt op dat deze tekst vooral begrepen moet worden als tegenhanger van de 'opzettelijke onwaarheid in de balans', die bij gebreke van een specifieke regeling onder het toen geldende onrechtmatiggedaadsrecht als enige tot aansprakelijkheid zou kunnen leiden. Zie M. Kroeze, Bange bestuurders, in: B.F. Assink e.a., De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders' (IVOR nr. 104), Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 8.3.

[39] L. Timmerman, Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid, in: G. van Solinge e.a., Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen (VDHI nr. 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 2.2.

[40] Zie Kamerstukken II 1979/80, 15304, nr. 6, p. 38 (MvA).

[41] HR 10 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6927, JOR 2006/94 (KPN/Sobi), r.o. 5.5, zoals aangehaald door Pijls, in: Pijls 2020, p. 160.

[42] Strik 2010, par. 6.7 en aldaar aangehaalde literatuur.

[43] Ik laat het specifieke bewijsvermoeden van art. 2:248 lid 2 BW hier buiten beschouwing.

[44] Vgl. L.J. van Eeghen, Aansprakelijkheid voor de jaarrekening en de 'expectation gap', Ondernemingsrecht 2004/222.

[45] Beckman 2017, par. 6.2.3.

[46] Zie Kamerstukken II 1979/80, 15304, nr. 6, p. 38.

[47] Van Bekkum 2020, par. 2.2.5, voetnoot 7.

[48] Rb. Noord-Holland 4 april 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:2942, r.o. 4.72.

[49] Strik 2010, par. 6.4.1 en de aldaar aangehaalde literatuur.

[50] Ter informatie verwijs ik verder naar Standaard 2410 ten aanzien van een eventuele accountantscontrole van tussentijdse financiële informatie, waar mijns inziens geen bijzonderheden uit volgen.

[51] De rechtbank stelt dit ook vast in r.o. 4.7.

[52] Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 2 augustus 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BV8549, JOR 2012/72, r.o. 8.33.

[53] Huizink, in: GS Rechtspersonen 2017, art. 2:139 BW, aant. 6.3. Zie ook r.o. 4.18.

[54] Vgl. art. 2:248 lid 3 BW.

[55] Strik 2010, par. 6.6.

[56] Strik 2010, par. 6.6.

[57] Vgl. A.J.P. Schild & L. Timmerman, Het nieuwe art. 2:9 BW, uitgelegd voor gewone bestuurders, WPNR 2014, afl. 7011, p. 273: 'Hierbij kan men denken aan het geval dat de bestuurder die onbehoorlijk bestuurd heeft waarvan hem een ernstig verwijt gemaakt wordt de andere bestuurders heeft misleid door bijvoorbeeld valse financiële stukken te overleggen. Indien de andere bestuurders dat niet hoefden te onderkennen en dat ook niet konden afwenden, kunnen zij zich ons inziens met succes disculperen.'

[58] Vgl. Y. Borrius e.a., Kroniek bestuurders aansprakelijkheidsrecht 2020, in: G. van Solinge e.a., Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172), Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. I.1.4.6.

[59] Strik 2010, par. 6.5.1.

ANNOTATIE

Weerlegging van het causaliteitsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW

O. Oost

Noot bij HR 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1099.

De recente Mobile Services-uitspraak van de Hoge Raad dat ter ontzenuwing van het causaliteitsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW ook interne oorzaken kunnen worden aangevoerd heeft gevolgen voor de systematiek van dat artikellid. In deze bijdrage wordt die systematiek en de verhouding tot lid 3 besproken.

1 Inleiding

De bestuurder van een failliete besloten vennootschap kan jegens de boedel aansprakelijk zijn voor het boedeltekort wanneer kennelijk onbehoorlijk is bestuurd en dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Aldus bepaalt artikel 2:248 lid 1 BW. In de praktijk speelt denkbeeldig lid 2 van die bepaling een belangrijker rol. Dat artikellid bepaalt dat wanneer de administratieplicht en/of de deponeringsplicht van de jaarrekening zijn geschonden, vaststaat dat kennelijk onbehoorlijk is bestuurd en wordt vermoed dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is. In die context wordt vaak gesproken van de twee vermoedens van artikel 2:248 lid 2 BW: het eerste vermoeden (dat kennelijk onbehoorlijk is bestuurd) is onweerlegbaar en het tweede vermoeden (dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest) is weerlegbaar. In deze bijdrage bespreek ik de systematiek van artikel 2:248 lid 2 BW aan de hand van recente rechtspraak van de Hoge Raad, en probeer ik die rechtspraak in de bredere context van artikel 2:248 BW te plaatsen. Waar ik in het vervolg van deze bijdrage spreek over artikel 2:248 BW, geldt hetzelfde voor artikel 2:138 BW, dat voor de naamloze vennootschap is geschreven.^[1]

2 De werking van artikel 2:248 BW

Iedere bestuurder van een gefailleerde vennootschap is jegens de boedel aansprakelijk voor het boedeltekort in geval van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling die een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest (art. 2:248 lid 1 BW). Er is sprake van kennelijk

onbehoorlijk bestuur wanneer ‘geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben’.[2] In de kern gaat het om een geïntegreerde beoordeling van alle omstandigheden.[3] Zoals steeds bij bestuurdersaansprakelijkheid is terughoudendheid bij de toetsing (door de curator en de rechter) gepast, met name bij de beoordeling van ondernemingsbeslissingen. Beslissingen over aanvaardbare ondernemingsrisico’s behoren bijvoorbeeld niet tot aansprakelijkheid te leiden. Hierover later meer in verband met lid 2 van artikel 2:248 BW.

Het tweede kernelement van artikel 2:248 BW is dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement moet zijn geweest. Voor dit causaliteitsvereiste geldt dat een enkel *condicio sine qua non*-verband tussen het gewraakte bestuurshandelen en het faillissement niet zonder meer voldoende is.[4] Aan de andere kant is ook weer niet vereist dat het kennelijk onbehoorlijk bestuurshandelen de *belangrijkste* oorzaak van het faillissement is.[5] Het is mogelijk dat een faillissement meerdere belangrijke oorzaken kent.[6]

Artikel 2:248 BW gaat in beginsel uit van een collectieve aansprakelijkheid, wat wil zeggen dat elke bestuurder op grond van lid 1 kan worden aangesproken ‘wanneer het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld’.[7] Bovendien is de aansprakelijkheid hoofdelijk, waardoor elke individuele bestuurder (behoudens individuele matiging, vgl. lid 4) die aansprakelijk wordt geacht op de voet van artikel 2:248 BW aangesproken kan worden tot betaling van het gehele boedeltekort. Een aangesproken bestuurder kan zich echter verweren met de stelling 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 (lid 3). Deze mogelijkheid moet niet te licht worden opgevat: een bestuurder kan niet volstaan met te stellen (en bewijzen) dat hij niets wist van de gewraakte handelingen van zijn medebestuurders. Ook een beroep op de eigen onkunde zal doorgaans geen soelaas bieden.[8]

3 De vermoedens van lid 2

3.1 Inleiding

Op de curator rust de bewijslast dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur dat een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. In bepaalde gevallen krijgt de curator een duwtje in de rug. Wanneer de administratieplicht van artikel 2:10 BW niet is nageleefd en/of de jaarrekening niet (op tijd) is gedeponneerd in de zin van artikel 2:394 BW, staat vast dat kennelijk onbehoorlijk is bestuurd en wordt vermoed dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is (art. 2:248 lid 2 BW). Op de bepaling van artikel 2:248 lid 2 BW is in de literatuur veel kritiek geweest vanwege de vergaande gevolgen

voor de bestuurders, die in de ogen van sommige auteurs niet steeds in verhouding staan tot de ernst van het vergrijp.[9] Met name is de vraag gesteld of het, gelet op de aard van dat vergrijp, billijk is zulke vergaande consequenties te verbinden aan de te late deponering van de jaarrekening. In de rechtspraak van de Hoge Raad zijn hier en daar de scherpe kantjes van de bepaling wat verzacht. Hieronder zal ik een van de belangrijkste verweren van de bestuurder bespreken wanneer een beroep wordt gedaan op artikel 2:248 lid 2 BW, namelijk de mogelijkheden om het vermoeden te weerleggen dat kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

3.2 Weerlegging causaliteitsvermoeden

Wanneer vaststaat dat de administratieplicht en/of de deponeringsverplichting zijn geschonden (en geen sprake is van een onbelangrijk verzuim in de zin van de laatste volzin van lid 2), staat de bestuurder voor de taak het vermoeden dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest, te weerleggen. Het meest voor de hand ligt het daarbij om naar een andere belangrijke oorzaak van het faillissement te wijzen. Het is daarbij, anders dan eerder uit de parlementaire geschiedenis was af te leiden,[10] niet vereist dat het faillissement uitsluitend of in overwegende mate is veroorzaakt door deze andere omstandigheden.[11] Slaagt de bestuurder erin het causaliteitsvermoeden te ontzenuwen, dan zal de curator zich verder moeten beroepen op lid 1 van artikel 2:248 BW.[12]

Ter ontzenuwing van het vermoeden dat kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest, kan de bestuurder een andere belangrijke oorzaak aanwijzen. Wanneer de curator de bestuurder vervolgens verwijt dat hij het intreden van die andere oorzaak ten onrechte niet heeft voorkomen, moet de bestuurder feiten en omstandigheden stellen waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Dit laatste moet worden beoordeeld aan de hand van de norm die is geformuleerd in het Panmo-arrest (zie par. 2).[13]

De systematiek van artikel 2:248 lid 2 BW wordt het best duidelijk wanneer men de casus van het Blue Tomato-arrest van de Hoge Raad uit 2007 beziet.[14] In die zaak was het bedrijfspand van Blue Tomato B.V. op 2 februari 1998 door brand verwoest. Brandstichting werd in verschillende rapporten als oorzaak van de brand aangemerkt. Brandverzekeraar UAP weigerde de brandschade te vergoeden op de grond dat er ten tijde van de brand geen inbraakalarm in het pand aanwezig was, hetgeen wel vereist werd door de polisvoorwaarden. Op 9 februari 1999 werd Blue Tomato B.V. in staat van faillissement verklaard. De aangestelde curator stelde de bestuurder aansprakelijk op de voet van artikel 2:248 lid 2 BW, nu de jaarrekening over 1995 pas op 17 april 1997 was gedeponeed en de jaarrekeningen over 1996 en 1997 überhaupt niet waren opgemaakt (en dus ook niet waren gedeponeed). De

bestuurder voerde ter ontzenuwing van het vermoeden dat kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement was, een andere belangrijke oorzaak van het faillissement aan: de brand en de daaropvolgende weigering van UAP om de schade te vergoeden. De Hoge Raad overwoog:

‘Een redelijke uitleg van art. 2:248 lid 2 BW brengt mee dat voor het ontzenuwen van het daarin neergelegde vermoeden volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest (HR 20 oktober 2006, nr. Co5/069, NJ 2007, 2). Stelt de bestuurder daartoe een van buiten komende oorzaak, zoals in dit geval de weigering van de brandverzekeraar de schade van het bedrijf als gevolg van brand te vergoeden, en wordt de bestuurder door de curator verweten dat hij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, dan zal de bestuurder (tevens) feiten en omstandigheden moeten stellen en zonodig aannemelijk maken waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Als hij daarin slaagt, ligt het op de weg van de curator op de voet van het eerste lid van art. 2:248 aannemelijk te maken dat nochtans de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.’

3.3 Moet de andere belangrijke oorzaak een externe oorzaak zijn?

In de literatuur is discussie ontstaan over het antwoord op de vraag of de bestuurder ter ontzenuwing van het vermoeden dat kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is steeds een van buiten komende oorzaak (zoals een economische crisis, problemen in de markt waarin de onderneming van de vennootschap opereert, of ander van buiten komend onheil) moet aanvoeren.^[15] Mag de bestuurder bijvoorbeeld als andere belangrijke oorzaak van het faillissement aanvoeren een ongelukkige investeringsbeslissing die tot het faillissement heeft geleid, maar die niet voldoet aan de hoge norm voor aansprakelijkheid zoals besproken in paragraaf 2?^[16] Het antwoord op deze vraag is uiteraard van groot praktisch belang. De reikwijdte van de speciale regels van lid 2 wordt behoorlijk verkleind wanneer de bestuurder ter ontzenuwing van het vermoeden een interne andere belangrijke oorzaak van het faillissement zou kunnen aanvoeren. Zou de bestuurder daar dan immers in slagen, dan zou de curator hem louter nog kunnen aanspreken op de voet van lid 1 van artikel 2:248 BW. Op de curator rust dan de bewijslast dat sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Lid 2 van artikel 2:248 BW boet dan aan belang in.

De vraag is dus of de bestuurder een interne andere belangrijke oorzaak van het faillissement kan aanvoeren ter ontzenuwing van het vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW. Er bestonden argumenten voor een negatieve beantwoording van die vraag. Zo overwoog de Hoge Raad in een arrest uit 1988 over artikel 2:248 lid 2 BW dat indien het bestuur niet heeft voldaan aan de

in dat artikellid genoemde verplichtingen '(1) zonder meer als vaststaand moet worden aangenomen dat ieder der bestuurders zijn taak ook voor het overige kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en (2) behoudens tegenbewijs door de aangesproken bestuurder voor aannemelijk moet worden gehouden dat dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement'.^[17] Wanneer zonder meer als vaststaand moet worden aangenomen dat ieder der bestuurders zijn taak ook voor het overige kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, is het lastig voorstelbaar dat een bestuurder ter ontzenuwing van het vermoeden dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest, wijst naar iets dat deel uitmaakt van zijn bestuursuitoefening. Die is dan immers, ook voor het overige, kennelijk onbehoorlijk geweest. In een arrest uit 2013 overweegt de Hoge Raad voorts dat het schenden van de verplichtingen genoemd in artikel 2:248 lid 2 BW 'erop wijst dat het bestuur zijn taak ook voor het overige niet behoorlijk vervult'.^[18] In de wetsgeschiedenis zijn ook wel opmerkingen gemaakt van de strekking dat bij een succesvol beroep op lid 2 vaststaat dat de taakuitoefening door het bestuur ook voor het overige kennelijk onbehoorlijk is geweest.^[19] Zo is in de memorie van antwoord het volgende opgemerkt:

'De aan het woord zijnde leden vragen, of in geval van verwaarlozing van de boekhoud- en publicatievereisten met betrekking tot de jaarrekening ook het vermoeden bestaat dat het bestuur zijn taak voor het overige niet behoorlijk vervuld heeft en daartegen geen tegenbewijs open staat. Inderdaad is dat de strekking van het tweede lid van de artikelen 138 en 248.'^[20]

Het is uiteraard van belang om hierbij steeds de context van bovenstaande opmerkingen in ogenschouw te nemen. Zo is niet evident dat de minister hier bedoelt de reikwijdte van een causaliteitsverweer te beperken. Voorts wijst Lennarts erop dat bestuurder Koster in de aangehaalde zaak Koster/Van Nie q.q. had aangevoerd 'dat het ontbreken van een balans en van een boekhouding wel een vermoeden oplevert dat kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement, maar dat het dit nog niet aannemelijk maakt, zoals is vereist op grond van het eerste lid van art. 2:248 BW'.^[21] Bovendien zijn er ook op zichzelfstaande argumenten voor een positieve beantwoording van de hierboven genoemde vraag. Uit de arresten Blue Tomato en The Law is reeds met enige voorzichtigheid af te leiden dat een bestuurder een *interne* andere belangrijke oorzaak van het faillissement mag aanvoeren. Immers, verdedigbaar is dat in Blue Tomato de van buiten komende oorzaak verandert in een interne oorzaak wanneer de curator de bestuurder verwijt het intreden van die oorzaak niet te hebben voorkomen (vgl. par. 3.2). In de zaak die leidde tot het arrest Blue Tomato verschoof de discussie immers van de vraag of de brand en de daaropvolgende weigering om de schade te vergoeden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest, naar de vraag of het in strijd met de polisvoorwaarden niet aanbrengen van een

inbraakalarm kennelijk onbehoorlijk bestuur oplevert. Zou de bestuurder erin slagen aannemelijk te maken dat dit laatste niet het geval is, dan heeft hij, zo begrijp ik althans de redenering van de Hoge Raad in Blue Tomato, het causaliteitsvermoeden van lid 2 succesvol ontzenuwd.

3.4 Ook een interne oorzaak kan leiden tot succesvolle ontzenuwing van het causaliteitsvermoeden

Na Blue Tomato was uiteraard nog verdedigbaar dat de bestuurder hoe dan ook ten eerste een van buiten komende alternatieve oorzaak voor het faillissement moest aanwijzen. De systematiek zoals die is uiteengezet in dat arrest ziet dan alleen op de zeer specifieke situatie dat eerst een van buiten komende oorzaak wordt aangevoerd, waarna de curator de bestuurder verwijt het intreden van die oorzaak niet te hebben voorkomen. Uit het recente Mobile Services-arrest van de Hoge Raad blijkt echter dat het aanvoeren van een interne oorzaak ook in andere gevallen (dus zonder dat eerst een van buiten komende oorzaak is aangevoerd) kan leiden tot een succesvolle ontzenuwing van het causaliteitsvermoeden. In de zaak die tot dat arrest leidde, beriepen de aangesproken bestuurders zich op andere belangrijke oorzaken van het faillissement die samenhangen met de bestuursuitoefening. Interne andere oorzaken dus. De Hoge Raad overweegt dat ‘naast van buiten komende oorzaken, ook handelen of nalaten van een of meer bestuurders dat op zichzelf beschouwd geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert – en waarvan dus niet gezegd kan worden dat geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld – voldoende [kan] zijn voor ontzenuwing van het in art. 2:248 lid 2 BW bedoelde vermoeden’.[22]

Uit een eerdere overweging in het arrest is mijns inziens af te leiden wat dit betekent voor de systematiek van lid 2. De Hoge Raad overweegt dat ‘het niet voldoen aan deze verplichtingen [die uit art. 2:10 en/of 2:394 BW; OO] erop [wijst] dat het bestuur zijn taak ook voor het overige niet behoorlijk vervult’. De systematiek is daarmee mijns inziens als volgt. Bij een succesvol beroep op artikel 2:248 lid 2 BW staat vast dat kennelijk onbehoorlijk is bestuurd. Bovendien wordt vermoed (1) dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur zich uitstrekt over de gehele linie van de bestuursuitoefening en (2) dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Deze systematiek van ‘twee vermoedens’ is ook af te leiden uit het vervolg van het arrest. De Hoge Raad verwijst de zaak naar het gerechtshof ’s-Hertogenbosch en overweegt dat het hof moet beoordelen of de in de context van de ontzenuwing gestelde andere oorzaken andere feiten en omstandigheden opleveren dan onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur.

4 Disculpatie

Zoals aangegeven in paragraaf 2 is de aansprakelijkheid van artikel 2:248 BW collectief in de zin dat een individuele bestuurder aansprakelijk is indien *het bestuur* zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld (en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is). Een aangesproken bestuurder kan zich dan wel disculperen wanneer hij 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 (art. 2:248 lid 3 BW). De vraag is hoe deze disculpatiemogelijkheid van lid 3 zich verhoudt tot de vermoedens van lid 2.

Uit rechtspraak van de Hoge Raad (vgl. het Verify-arrest) blijkt mijns inziens dat disculpatie ook mogelijk is wanneer de curator zich (succesvol) beroept op lid 2 van artikel 2:248 BW.[23] Wat is dan vereist voor een succesvol disculpatieverweer? Dat de bestuurder aantoont dat hem ter zake van de schending van artikel 2:10 en/of 2:394 BW geen verwijt treft? Of dat de bestuurder aantoont dat hem ter zake van het onbehoorlijk bestuur ‘over de hele linie’ (dat dan immers voorshands wordt aangenomen) geen verwijt treft?[24]

In het hierboven ook aangehaalde Verify-arrest overweegt de Hoge Raad dat voor disculpatie bij toepasselijkheid van artikel 2:248 lid 2 BW wegens schending van de publicatieplicht vereist is dat de bestuurder aantoont ‘dat hem ter zake van de te late publicatie geen verwijt treft’.[25] In zijn conclusie voor het Mobile Services-arrest uit 2021 gaat A-G Assink ook in op deze kwestie. Hij wijst erop dat de Hoge Raad in deze overweging verwijst naar een passage in de parlementaire geschiedenis waarin is opgemerkt dat een disculpatieverweer ‘ook [is] toegelaten in geval van het ontbreken van een behoorlijke boekhouding en jaarstukken, *al zal niet gemakkelijk mogen worden aangenomen dat een bestuurder geen verwijt treft ten aanzien van de verwaarlozing van een zo fundamentele bestuursplicht*’ (curs. OO).[26] A-G Assink wijst erop dat in het onderstreepte gedeelte *niet* staat dat het voor een geslaagd disculpatieberoep voldoende is dat de bestuurder aantoont dat hem geen verwijt treft ten aanzien van de verwaarlozing van ‘een zo fundamentele bestuursplicht’ (zijnde de verplichtingen die voortvloeien uit art. 2:10 en 2:394 BW). Er staat slechts dat niet gemakkelijk zal moeten worden aangenomen dat hem daarvan geen verwijt treft.[27] Hoewel het Mobile Services-arrest geen nader uitsluitsel biedt over de verhouding tussen lid 2 en lid 3 van artikel 2:248 BW, sluit ik af met enkele opmerkingen daarover.

Taalkundig is mijns inziens verdedigbaar dat in Verify een voldoende voorwaarde voor disculpatie wordt geformuleerd, wanneer de Hoge Raad overweegt dat ‘blijkens de op art. 2:248 lid 3 BW gegeven toelichting, de individuele bestuurder zich in het geval van het tweede lid van dat artikel kan disculperen door aan te tonen dat hem ter zake van de te late publicatie geen verwijt treft’. Zo’n relatief milde benadering zou ook in lijn zijn met andere rechtspraak van de Hoge Raad waarin de scherpe randjes wat van artikel 2:248 lid 2 BW zijn

afgeschaafd, en zou mijns inziens bovendien niet onredelijk zijn.[28] Het gevolg van die benadering zou immers zijn dat de curator zijn aansprakelijkheidsvordering tegen een bestuurder die zich kan disculperen voor de schending(en) van artikel 2:10 en/of 2:394 BW moet baseren op ander kennelijk onbehoorlijk bestuur dat ook een belangrijke oorzaak van het faillissement is (art. 2:248 lid 1 BW). De route van lid 2 geldt dan niet voor de desbetreffende bestuurder, maar de bestuurder kan nog immer aansprakelijk zijn voor ander onbehoorlijk bestuur dat een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Hierbij heeft bovendien te gelden dat het in de praktijk niet eenvoudig zal zijn zich te disculperen voor deze schendingen van de administratieplicht en/of de deponeringsplicht van de jaarrekening. Met name voor de schending van de administratieplicht is lastig voorstelbaar dat een bestuurder kan aantonen dat hem geen verwijt treft van de verwaarlozing van de administratie en hij bovendien maatregelen heeft getroffen om de gevolgen daarvan af te wenden. Voor de deponeringsplicht van artikel 2:394 BW is dit onder omstandigheden wellicht beter voorstelbaar. De kansen van het disculpatieverweer zullen voorts in belangrijke mate afhangen van het over en weer gestelde ten aanzien van de schending(en) van artikel 2:10 en/of 2:394 BW en eventuele ontzenuwingspogingen van het causaliteitsvermoeden van lid 2 van artikel 2:248 BW.

5 Afronding

Met het Mobile Services-arrest is duidelijk geworden dat bestuurders een interne andere belangrijke oorzaak van het faillissement kunnen aanvoeren ter ontzenuwing van het vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW. In deze bijdrage heb ik gepoogd dit in de systematiek van de eerste drie leden van artikel 2:248 BW te plaatsen.

Noten

[1] Delen van deze bijdrage zijn gebaseerd op mijn annotatie bij HR 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1099, Ondernemingsrecht 2021/132 en op mijn bewerking van een deel van de Groene Serie Faillissementswet.

[2] HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, NJ 2001/454 (Panmo), met verwijzing naar HR 7 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2096, NJ 1996/695 (Drankenhandel van Zoolingen) over aansprakelijkheid van een vergelijkbare bepaling, art. 36 lid 3 IW 1990. Verdedigbaar is dat bovendien vereist is dat de bestuurder wist of behoorde te weten dat zijn handelen zou leiden tot schuldeisersbenadeling. Vgl. HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370 (Geocopter), waaruit echter niet eenduidig afgeleid kan worden of dit steeds vereist is. Zie uitgebreid M.L. Lennarts, (Waar) hoort voorzienbaarheid van benadeling van schuldeisers thuis in het toetsingskader van art. 2:138/248 BW?, TvI 2021/9, afl. 2, p. 65-80 met verwijzingen naar de

verschillende opvattingen.

[3] Vgl. HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6017, JOR 2006/61 (Holland Food). Zie Oost/Wezeman, in: GS Faillissementswet, II.2.2.6 (Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling) voor een opsomming van verschillende situaties waarin van kennelijk onbehoorlijk bestuur sprake kan zijn.

[4] Vgl. HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:153, JOR 2014/122 (Magista).

[5] Kritisch hierop is o.a. Bartman, zie zijn noot in onder meer JOR 2019/101.

[6] Vgl. HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4508, NJ 2002/95 (Mefigro).

[7] Uiteraard is het niet zo dat de curator steeds alle bestuurders tegelijk moet aanspreken.

[8] Vgl. Kamerstukken I 1985/86, 16631, nr. 27b, p. 5-6. Zie voor een catalogus van concrete verweren die wel of geen disculpatie opleverden Oost/Wezeman, in: GS Faillissementswet, II.2.2.9 (Disculpatie).

[9] Zie voor kritiek op art. 2:248 lid 2 BW o.a. P. van Schilfgaarde, Misbruik van rechtspersonen, Deventer: Kluwer 1986, p. 56 en M.J. Kroeze & J.B. Wezeman, De openbaarmakingsplicht en aansprakelijkheid in faillissement, in: M.J. Kroeze e.a. (red.), Verantwoording aan Hans Beckman, Deventer: Kluwer 2006, p. 324-336.

[10] Vgl. Kamerstukken II 1983/84, 16631, nr. 9.

[11] HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4508, NJ 2002/95 (Mefigro).

[12] HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916, NJ 2007/2 (Van Schilt/Jansen q.q.).

[13] HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233, JOR 2016/223 (The Law).

[14] HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773, Ondernemingsrecht 2008/12, m.nt. Wezeman (Blue Tomato).

[15] Zie o.a. A.J.P. Schild, Artikel 2:248 lid 2 BW, quo vadis?, in: B.F. Assink e.a. (red.), De toekomst van het ondernemingsrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2015/26.5 en Y. Borrius in

haar noot bij HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233, JOR 2016/223, nr. 11.

[16] Voorbeeld ontleend aan Schild 2015/26.5.

[17] HR 20 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0329, NJ 1989/676, m.nt. Maeijer & Alkema (Koster/Van Nie q.q.).

[18] HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189, JOR 2013/300, m.nt. Van Andel.

[19] Zie o.a. Kamerstukken II 1983/84, 16631, nr. 6, p. 22 (MvA) en Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 4-5 (MvT).

[20] Kamerstukken II 1983/84, 16631, nr. 6, p. 22 (MvA).

[21] Zie Lennarts 2021, p. 31.

[22] HR 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1099, JOR 2021/264, m.nt. Borrius.

[23] Vgl. HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1079, NJ 2014/7, m.nt. Van Schilfgaarde (Verify). In HR 20 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0329, NJ 1989/676, m.nt. Maeijer & Alkema (Koster/Van Nie q.q.) overwoog de Hoge Raad dat bij 'activering' van lid 2 'zonder meer als vaststaand moet worden aangenomen dat ieder der bestuurders zijn taak ook voor het overige kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld'. O.a. B.F. Assink, Compendium ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2013, p. 1084-1085 heeft eerder wel opgemerkt dat uit de verwijzing naar 'ieder der bestuurders' in plaats van naar 'het bestuur' zou kunnen worden afgeleid dat in zo'n geval disculpatie is uitgesloten, maar geeft ook redenen die tegen zo'n lezing pleiten.

[24] Voor de leesbaarheid laat ik hier steeds het tweede element voor disculpatie, dat de bestuurder aantoont dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het kennelijk onbehoorlijk bestuur af te wenden, achterwege. Uiteraard moet daarvan wel steeds sprake zijn, wil een disculpatieberoep slagen.

[25] HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1079, NJ 2014/7, m.nt. Van Schilfgaarde (Verify).

[26] Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 5, als aangehaald in HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1079, NJ 2014/7, m.nt. Van Schilfgaarde (Verify).

[27] Concl. A-G Assink voor HR 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1099, JOR 2021/264, m.nt. Borrius (Mobile Services), r.o. 3.24, met verwijzingen naar o.a. de annotaties van Van Schilfgaarde en Lennarts in respectievelijk NJ 2014/7 en Ondernemingsrecht 2014/63.

[28] Vgl. bijv. HR 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZCo994, NJ 1993/713 (Brens q.q./Sarper) en de eerder in deze bijdrage aangehaalde rechtspraak.

ANNOTATIE

Is de meldingsregeling op haar retour? Of wordt de soep niet zo heet gegeten als zij wordt opgediend?*

M.H. Visscher

Noot bij HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1976.

In deze bijdrage zal worden ingegaan op een recent arrest van de Hoge Raad over het melden van betalingsonmacht bij pensioenschulden en op de betekenis van dit arrest voor de rechtspraak. Verder zullen enkele actuele ontwikkelingen in de rechtspraak met betrekking tot onbetaalde pensioenbijdragen aan de orde komen.

1 Inleiding

Veel ondernemingen in Nederland zijn aangesloten bij een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds en moeten pensioenpremies afdragen aan zo'n pensioenfonds. Doen zij dat niet, dan krijgt het fonds minder geld, maar is het pensioenfonds in beginsel nog wel steeds gehouden om uit te keren aan de pensioengerechtigde werknemers.^[1] Zolang een enkele onderneming niet betaalt, zullen de financiële gevolgen voor een pensioenfonds en de deelnemers nog niet snel zichtbaar zijn. Worden echter op structurele basis pensioenschulden onbetaald gelaten, dan raakt dat het pensioenfonds en uiteindelijk alle deelnemers. De wetgever heeft de afdracht van pensioenpremies zo belangrijk gevonden dat hij een bestuurdersaansprakelijkheidsregeling heeft ingevoerd, waarbij onder bepaalde omstandigheden bestuurders van rechtspersonen met pensioenschulden door een bedrijfstakpensioenfonds persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld. In deze bestuurdersaansprakelijkheidsregeling heeft de wetgever ook een verplichting opgenomen voor elke bestuurder om namens de rechtspersoon betalingsonmacht te melden.

Op 24 december 2021 wees de Hoge Raad een belangrijk arrest over het melden van betalingsonmacht.^[2] Uit het arrest volgt, kort gezegd, dat een bestuurder niet altijd actief een melding van betalingsonmacht hoeft te doen om aan bestuurdersaansprakelijkheid te ontkomen. In deze bijdrage zal nader worden ingegaan op dit arrest en dan met name op de gevolgen hiervan voor de rechtspraak. Eerst zal aandacht worden besteed aan het ontstaan van de meldingsregeling en aan een aspect van de meldingsregeling dat door de Hoge Raad

onbesproken is gelaten (par. 2). Vervolgens zal het arrest van de Hoge Raad worden besproken in het licht van fiscale rechtspraak die hierover eerder door de Hoge Raad is gewezen (par. 3 en 4). Verder ga ik in op de betekenis van dit arrest voor de rechtspraak en in het bijzonder op de gevolgen van het arrest voor de meldingsregeling die in artikel 23 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000[3] is opgenomen (par. 5). Ik rond af met enkele actuele ontwikkelingen in de rechtspraak over onbetaalde pensioenbijdragen (par. 6).

2 De meldingsregeling: een korte terugblik

De meldingsregeling[4] maakt onderdeel uit van de bestuurdersaansprakelijkheidsregeling die in artikel 23 Wet Bpf 2000 is opgenomen. Op grond van deze regeling kan een bestuurder door een pensioenfonds aansprakelijk worden gesteld voor premieschulden van rechtspersonen[5] als het niet-betalen van deze premieschulden is te wijten aan kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het wetsartikel is een voortzetting van artikel 18b Wet Bpf (oud), dat in het kader van de Tweede Misbruikwet werd ingevoerd.[6] De minister meende dat deze bestuurdersaansprakelijkheidsregeling noodzakelijk was om het om zich heen grijpende euvel van misbruik van rechtspersonen doelmatig aan te pakken.[7] Eenzelfde bestuurdersaansprakelijkheidsregeling als voor pensioenbijdragen werd, eveneens in het kader van de Tweede Misbruikwet, ingevoerd voor bepaalde fiscale schulden en voor premies ter zake van socialeverzekeringswetten.[8]

Om als bestuurder op grond van deze regeling aansprakelijk te kunnen worden gesteld, is kennelijk onbehoorlijk bestuur vereist. In het kader van het bewijs van dit onbehoorlijk bestuur heeft de wetgever een belangrijke rol toegekend aan het (tijdig en op de juiste wijze) melden van het niet kunnen betalen van pensioenpremies. Blijkens de tekst van de aansprakelijkheidsregeling wordt (wettelijk) vermoed dat het onbetaald blijven van pensioenpremies aan een bestuurder is te wijten als er niet tijdig of niet op de juiste wijze een melding van betalingsonmacht is gedaan.[9] Alleen de bestuurder die aannemelijk kan maken dat hem/haar van het niet (rechtsgeldig) melden geen verwijt kan worden gemaakt, wordt toegelaten om het wettelijk vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur te weerleggen.[10] Dit bleek in de praktijk in de regel voor bestuurders een lastig te nemen hobbel.

Het niet voldoen aan de meldingsplicht heeft belangrijke bewijsrechtelijke gevolgen die iedere bestuurder treffen. En ook als wel aan de meldingsplicht is voldaan, kan een bestuurder op grond van deze regeling nog steeds aansprakelijk worden gesteld als aannemelijk is dat het onbetaald blijven van de pensioenbijdragen is te wijten aan kennelijk onbehoorlijk bestuur.[11]

Met deze bestuurdersaansprakelijkheidsregeling wilde de wetgever het eenvoudiger maken

voor pensioenfondsen om bestuurders aansprakelijk te stellen. Daarbij werd aan de meldingsplicht een belangrijke rol toegekend. De wetgever achtte een meldingsregeling wenselijk, omdat het voor pensioenfondsen niet altijd mogelijk zou zijn om wanbetalende rechtspersonen tijdig op het spoor te komen én omdat het voor pensioenfondsen niet altijd eenvoudig zou zijn om een verband tussen de niet-betaling en het onbehoorlijk bestuur aan te kunnen tonen. Met de meldingsplicht is door de wetgever een doelmatige en preventief werkende regeling beoogd die ertoe aanzet dat de bestuurder er voortdurend op bedacht is dat de premieafdracht voorrang heeft, en dat de daarvoor bestemde gelden steeds beschikbaar worden gehouden.[12]

Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de verplichting om namens de rechtspersoon betalingsonmacht te melden niet alleen moet worden gezien als een verplichting die rust op de rechtspersoon, maar ook, en in het bijzonder, als een verplichting die rust op iedere individuele bestuurder. In het ontwerp van de bestuurdersaansprakelijkheidsregeling was aanvankelijk geen bevoegdheid opgenomen voor iedere bestuurder om namens de rechtspersoon betalingsonmacht te melden. Dit was voor Van der Grinten destijds aanleiding om op te merken dat de meldingsplicht niet rechtstreeks een verplichting voor iedere bestuurder zou zijn, maar (enkel) een plicht van de rechtspersoon.[13] In de nota naar aanleiding van het eindverslag is vervolgens nog eens benadrukt dat het woord 'bevoegd' moet worden opgevat als 'vertegenwoordigingsbevoegd', en dat hiermee geenszins is bedoeld dat een bestuurder niet tot melding verplicht zou zijn.[14] Thans staat in de tekst van artikel 23 lid 2 Wet Bpf 2000 opgenomen dat *elke* bestuurder bevoegd is om namens 'het lichaam' aan deze verplichting te voldoen. Daarbij maakt het niet uit dat sprake is van een gezamenlijke vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur. Ook in dat geval is het wettelijk uitgangspunt dat een individuele bestuurder nog steeds bevoegd is om betalingsonmacht te melden.

Dat de wetgever de bevoegdheid om betalingsonmacht te melden ook heeft gezien als een verplichting voor elke bestuurder om dat te doen, blijkt verder uit de grote gevolgen die het niet-rechtsgeldig melden van betalingsonmacht voor iedere bestuurder kan hebben. Bij het niet-rechtsgeldig melden van betalingsonmacht wordt namelijk wettelijk vermoed dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Voor de rechtspersoon zelf heeft het niet melden verder geen gevolgen.[15] In de Tweede Kamer werd bij de invoering van deze bestuurdersaansprakelijkheidsregeling opgemerkt dat het systeem van de meldingsplicht ertoe leidt dat de bonafide bestuurder zich in verband met de verdeling van de voorgeschreven bewijslast gedwongen zal voelen in een zeer vroeg stadium betalingsonmacht te melden.[16] Zoals hierna zal worden toegelicht, lijkt de Hoge Raad in het arrest van 24 december 2021 de verplichting om betalingsonmacht te melden echter wat minder strikt te willen toepassen.[17]

Hoewel de meldingsregeling beoogt te bewerkstelligen dat een bedrijfstakpensioenfonds op een vroeg tijdstip op de hoogte geraakt van de betalingsonmacht van de rechtspersoon,[18] is dat mijns inziens niet de enige reden voor de wetgever geweest om een meldingsregeling in te voeren. Zoals hiervoor uiteen is gezet, is het ook de bedoeling van de wetgever geweest om bestuurders te stimuleren om zorgvuldig te handelen ten aanzien van de afdracht van pensioenbijdragen (gezien het belang daarvan voor werknemers) en om het pensioenfonds een bewijsrechtelijk voordeel te geven in een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure bij het uitblijven van een melding van betalingsonmacht. Zoals de minister het destijds opmerkte, geeft de meldingsplicht een ‘indicatie van de goede of kwade trouw van bestuurders’.[19] Daarmee was de meldingsregeling voor de wetgever (ook) een instrument om de bonafide bestuurders van de malafide bestuurders te onderscheiden.[20]

3 Het arrest van de Hoge Raad van 24 december 2021

In de zaak die leidde tot deze uitspraak van de Hoge Raad was sprake van een onderneming in de thuiszorg met een betalingsachterstand. De advocaat van deze onderneming had aan het pensioenfonds een brief gestuurd over de financiële problemen bij de onderneming. In de periode daarna had het pensioenfonds verschillende facturen verstuurd. Deze werden niet betaald. Vervolgens stelde het pensioenfonds de bestuurder aansprakelijk en werd aan de bestuurder een dwangbevel betekend. De bestuurder stelde verzet in tegen het dwangbevel, maar werd door de kantonrechter en later door het hof in het ongelijk gesteld. Volgens het hof had de bestuurder geen melding van betalingsonmacht gedaan die voldeed aan de eisen van artikel 23 Wet Bpf 2000. De bestuurder stelde zich op het standpunt dat er geen melding van betalingsonmacht hoefde te worden gedaan, omdat het pensioenfonds al op de hoogte zou zijn geweest van de financiële problemen en wist dat de onderneming de facturen niet zou kunnen voldoen.

De Hoge Raad overweegt dat de melding van betalingsonmacht ertoe strekt te bewerkstelligen dat het bedrijfstakpensioenfonds vroegtijdig op de hoogte geraakt van de moeilijkheden waarin de rechtspersoon zich bevindt, zodat het – eventueel met gebruikmaking van de mogelijkheid om op de voet van artikel 23 lid 2 Wet Bpf 2000 nadere inlichtingen of stukken te vragen – in staat is zich te beraden op de opstelling die het ten aanzien van de rechtspersoon zal innemen. Volgens de Hoge Raad strookt het met de strekking van de melding van betalingsonmacht om aan te nemen dat een melding achterwege kan blijven als het bedrijfstakpensioenfonds tijdig op een andere wijze dan door middel van een melding van betalingsonmacht op de hoogte is geraakt van de betalingsonmacht van de rechtspersoon en van de omstandigheden die daartoe hebben geleid. Deze wetenschap moet volgens de Hoge Raad dusdanig zijn dat het bedrijfstakpensioenfonds op basis daarvan in staat is zich een redelijk oordeel te vormen over de oorzaken van de betalingsonmacht en zich te beraden op

de opstelling die het ten aanzien van de rechtspersoon zal innemen. De Hoge Raad volgt daarmee de conclusie van A-G Assink.[21]

4 Toepassing meldingsregeling in fiscale rechtspraak

Het arrest van de Hoge Raad sluit aan bij rechtspraak die de Hoge Raad eerder al wees in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid bij fiscale schulden. Zo overwoog de Hoge Raad in zijn arrest van 28 februari 2014 dat geen melding van betalingsonmacht vereist is als de Ontvanger niet door een melding maar ‘uit anderen hoofde’ op de hoogte geraakt van betalingsonmacht.[22] En ook in eerdere fiscale rechtspraak paste de Hoge Raad de meldingsregeling minder formeel toe. Zo oordeelde de Hoge Raad in zijn arrest van 4 december 1991, in het kader van de voorloper van artikel 36 Invorderingswet 1990 (IW 1990), dat de omstandigheden die speelden in die zaak geen andere gevolgtrekking toelieten dan dat de melding van betalingsonmacht was gedaan.[23] Verder overwoog de Hoge Raad in r.o. 3.4 van laatstgenoemd arrest dat het hof terecht geen betekenis had toegekend aan het ontbreken van een formele schriftelijke mededeling van betalingsonmacht.

Enerzijds valt er wel wat voor te zeggen dat beide bestuurdersaansprakelijkheidsregelingen (art. 36 IW 1990 en art. 23 Wet Bpf 2000), die zijn terug te voeren op dezelfde Tweede Misbruikwet, zo veel mogelijk op dezelfde wijze worden toegepast. De Hoge Raad deed dat immers ook al in zijn arrest van 24 november 2017.[24] In die uitspraak oordeelde de Hoge Raad, kort gezegd, dat een eenmaal gedane melding van betalingsonmacht ook doorwerkt naar toekomstige tijdvakken, tenzij het pensioenfonds heeft laten weten de situatie van betalingsonmacht niet langer aanwezig te achten. De Hoge Raad verwees daarbij expliciet naar zijn arrest van 16 maart 2007, waarin dit door hem al voor vorderingen ex artikel 36 IW 1990 was bepaald.[25] In een eerdere bijdrage voor MvO wees ik ook op andere situaties waarin de rechtspraak van de Hoge Raad op grond van artikel 36 IW 1990 relevant zou kunnen zijn bij bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures in het kader van de Wet Bpf 2000.[26]

Anderzijds werd tot nu toe door diverse schrijvers in de rechtsliteratuur ervan uitgegaan dat de fiscale rechtspraak over het melden van betalingsonmacht op grond van artikel 36 IW 1990 niet zonder meer zou kunnen worden doorgetrokken naar de meldingsregeling bij onbetaalde pensioenpremies, onder meer vanwege de afwijkende positie die een bedrijfstakpensioenfonds inneemt in vergelijking met de Ontvanger.[27] De Hoge Raad trekt in zijn arrest van 24 december 2021 de lijn die in de fiscale rechtspraak al was uitgezet, en waarin ten aanzien van de bestuurdersaansprakelijkheid bij fiscale schulden reeds was bepaald dat een melding van betalingsonmacht onder bepaalde omstandigheden achterwege kan blijven, nu ook door naar de rechtspraak over bestuurdersaansprakelijkheid bij pensioenschulden.

5 Wat betekent de uitspraak van de Hoge Raad voor de rechtspraak?

In de (gepubliceerde) rechtspraak over pensioenschulden werd in de regel strikt vastgehouden aan de tekst van de meldingsregeling, waarbij van de bestuurder een actieve houding werd verwacht om betalingsonmacht te melden.[28] Sinds enige tijd was er echter een tendens waarneembaar bij enkele hoven om de meldingsregeling wat minder strikt toe te passen, waarbij door deze hoven werd overwogen dat een melding van betalingsonmacht onder bepaalde omstandigheden achterwege kon blijven.[29] De Hoge Raad sluit daar in zijn arrest van 24 december 2021 bij aan. Verder zet de Hoge Raad daarmee de lijn in zijn rechtspraak over artikel 23 Wet Bpf 2000 voort, waarbij hij een minder formele (en daarmee minder wettekstvaste) benadering volgt. Deze minder formele benadering is terug te vinden in het arrest van de Hoge Raad van 24 november 2017,[30] waarin hij, kort gezegd, oordeelde dat een eenmaal gedane melding van betalingsonmacht in beginsel ook geldt voor toekomstige tijdvakken, zodat niet telkens weer opnieuw een melding van betalingsonmacht hoeft te worden gedaan.[31] Verder is deze lijn terug te vinden in het arrest van de Hoge Raad van 21 mei 2021,[32] waarin hij overwoog dat bestuurshandelingen ook getoetst mogen worden over de periode nadat er een melding van betalingsonmacht is gedaan. Niet de wettekst, maar de strekking is doorslaggevend. Ik kan mij in deze lijn van de Hoge Raad vinden, aangezien hij hiermee een redelijke uitleg geeft aan de aansprakelijkheidsregeling van artikel 23 Wet Bpf 2000, waar een (te) strikte toepassing van de wet geen recht zou doen aan de ratio achter deze bestuurdersaansprakelijkheidsregeling.[33]

Toch plaats ik bij het arrest van 24 december 2021 een kritische kanttekening. Naar mijn mening is de Hoge Raad in dat arrest namelijk voorbijgegaan aan een belangrijk aspect van de meldingsregeling. Volgens de Hoge Raad hield de strekking van de melding van betalingsonmacht (slechts) in dat het pensioenfonds vroegtijdig op de hoogte geraakt van de moeilijkheden waarin de rechtspersoon zich bevindt, zodat het – eventueel met gebruikmaking van de mogelijkheid om op de voet van artikel 23 lid 2 Wet Bpf 2000 nadere inlichtingen of stukken te vragen – in staat is zich te beraden op de opstelling die het ten aanzien van de rechtspersoon zal innemen. Als ik echter kijk naar de parlementaire geschiedenis lijkt de meldingsregeling ook nog een andere strekking te hebben. De bedoeling van de wetgever lijkt immers (ook) te zijn geweest om met deze aansprakelijkheidsregeling bestuurders ertoe aan te zetten om zorgvuldig gedrag te tonen ten aanzien van de afdracht van pensioenpremies, en om (met het instrument van de meldingsregeling) het actief melden van betalingsonmacht te stimuleren, waarbij de bonafide bestuurders van de malafide bestuurders zouden kunnen worden onderscheiden. De meldingsregeling beoogt daarmee het gedrag van bestuurders te beïnvloeden en er bij bestuurders op aan te sturen om zich voortdurend bewust te zijn van de tijdige betaling van pensioenpremies, en van het melden van betalingsonmacht

indien pensioenpremies niet betaald kunnen worden. Daarmee heeft de meldingsregeling naar mijn mening ook een normerend aspect.

Deze andere strekking die de meldingsregeling naar mijn mening ook heeft, waarbij het uitblijven van een actieve melding van betalingsonmacht een indicatie oplevert van kennelijk onbehoorlijk bestuur, en waarbij wordt uitgegaan van een actief handelend bestuurder die als ‘sanctie’ voor het niet actief melden van betalingsonmacht te maken krijgt met een pensioenfonds dat in zo’n geval een bewijsvoordeel verkrijgt (vanwege het wettelijk vermoeden van aansprakelijkheid), blijft in het arrest van de Hoge Raad echter onderbelicht. Dat is opvallend, gelet op het feit dat deze bestuurdersaansprakelijkheidsregeling in het kader van de Tweede *Misbruikwet* is ingevoerd. De wetgever lijkt daarbij te zijn uitgegaan van een actief handelend bestuurder die zich niet zou moeten kunnen verschuilen achter het eventueel bekend zijn van het pensioenfonds met de financiële situatie van een werkgever. Uit de parlementaire geschiedenis[34] volgt immers dat de meldingsregeling de bestuurder van het lichaam tot actie dwingt wanneer het lichaam in betalingsmoeilijkheden komt te verkeren. Weliswaar beoogt de regeling (ook) te bewerkstelligen dat het pensioenfonds op een vroeg tijdstip op de hoogte geraakt van de moeilijkheden waarin het lichaam verkeert, maar daarbij lijkt de wetgever een actief handelend bestuurder voor ogen te hebben gehad.[35] Deze (andere) strekking van de meldingsregeling blijft in het arrest van de Hoge Raad van 14 december 2021 naar mijn mening ten onrechte onderbelicht, terwijl uitgaande van deze (andere) strekking verdedigd zou kunnen worden dat ondanks eventuele bekendheid van het pensioenfonds, toch formeel nog een actieve melding van betalingsonmacht dient te worden gedaan. De Hoge Raad oordeelt echter anders.

Verder komt naar aanleiding van het arrest de vraag op of het relevant is *hoe* het pensioenfonds van de betalingsonmacht op de hoogte is geraakt. De Hoge Raad laat zich ook hier niet expliciet over uit. Het zou mijns inziens echter in de geest van deze bestuurdersaansprakelijkheidsregeling liggen om aan te nemen dat de bestuurder op zijn minst daarbij wel een (actieve) rol moet hebben gespeeld, en dat het pensioenfonds op de hoogte moet zijn geraakt van de situatie van betalingsonmacht omdat de bestuurders daar zelf bij het pensioenfonds de aandacht op hebben gevestigd.[36]

Hoewel de Hoge Raad de teugels wat lijkt te vieren en niet een al te strikte (formele) toepassing van de meldingsregeling hanteert, verwacht ik niettemin dat de meldingsregeling onverkort relevant zal blijven in aansprakelijkheidsprocedures. De Hoge Raad stelt namelijk wel specifieke voorwaarden aan de situaties waarin een melding van betalingsonmacht achterwege kan blijven.[37] Zo overweegt de Hoge Raad dat een melding achterwege kan blijven indien het bedrijfstakpensioenfonds ‘tijdig’ op andere wijze dan door middel van een melding van betalingsonmacht op de hoogte is geraakt van de betalingsonmacht van de

rechtspersoon en van de omstandigheden die daartoe hebben geleid, ‘en deze wetenschap dusdanig is dat het bedrijfstakpensioenfonds op basis daarvan in staat is zich *een redelijk oordeel te vormen over de oorzaken van de betalingsonmacht* en zich te beraden op de opstelling die het ten aanzien van de rechtspersoon zal innemen’ (curs. auteur).

Het enkele feit dat een pensioenfonds op de hoogte is geraakt van een situatie van betalingsonmacht is volgens de Hoge Raad dus niet voldoende om geen melding van betalingsonmacht meer te hoeven doen. Vereist is dat het pensioenfonds *tijdig* daarvan op de hoogte is geraakt én dat deze wetenschap dusdanig is dat het bedrijfstakpensioenfonds op basis daarvan in staat is zich *een redelijk oordeel te vormen over de oorzaken van de betalingsonmacht* en zich te beraden op de opstelling die het ten aanzien van de rechtspersoon zal innemen. Stelplicht en bewijslast rusten bij de bestuurder. De Hoge Raad volgt hiermee, zoals gezegd, de conclusie van A-G Assink.[38]

Inmiddels blijkt uit een arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, dat in 2021 al werd gewezen in lijn met de conclusie van A-G Assink, en met de nadien in lijn daarmee gewezen uitspraak van de Hoge Raad, dat het voor een bestuurder ook bij het hanteren van een minder strikte leer waar het gaat om het melden van betalingsonmacht, nog niet zo eenvoudig zal zijn om aan aansprakelijkheid te ontkomen als er geen melding van betalingsonmacht heeft plaatsgevonden.[39] Het hof verwees naar de conclusie van A-G Assink en overwoog dat de informatie over de betalingsonmacht waarover het fonds beschikt ten minste zodanig moet zijn dat dit, in termen van duidelijkheid, en in totaliteit bezien, (niet on)vergelijkbaar is met het zicht dat het pensioenfonds op de betalingsonmacht zou hebben gehad indien informatie verschaft was met zo’n melding (dus tijdig en correct gedaan), met inzicht in de omstandigheden die tot de betalingsonmacht hebben geleid. Vervolgens overwoog het hof dat uit de door de bestuurders benoemde informatie waarover het pensioenfonds beschikte deze duidelijkheid niet volgde. Het enkele feit dat partijen procedeerden over verschuldigdheid van eerdere nota’s was daarvoor niet voldoende, en dat werd niet anders in combinatie met het feit dat nieuwe nota’s onbetaald werden gelaten. Uit de onregelmatige betalingen, betalingsregelingen en de mededeling dat de onderneming inmiddels winstgevend was en zij kansen zag om achterstanden recht te trekken, behoefde het pensioenfonds volgens het hof niet te begrijpen dat sprake was van betalingsonmacht. Er had volgens het hof daarom een melding van betalingsonmacht moeten worden gedaan, en dit was ten onrechte niet gebeurd.

Mijn conclusie is dan ook dat met het arrest van de Hoge Raad van 24 december 2021 de soep uiteindelijk niet zo heet gegeten wordt als zij wordt opgediend. Ik verwacht dat in de rechtspraak de bijkomende eisen die de Hoge Raad stelt voor het achterwege kunnen laten van een melding van betalingsonmacht strikt zullen worden toegepast. Mijns inziens zou zo’n strenge toepassing in ieder geval verdedigbaar zijn, gelet op het feit dat de wetgever met deze

bestuurdersaansprakelijkheidsregeling en de daarin opgenomen meldingsregeling bestuurders heeft willen aanzetten tot actief en zorgvuldig gedrag jegens het pensioenfonds, met de meldingsregeling als instrument om bonafide bestuurders te onderscheiden van malafide bestuurders.

6 Actualiteiten

De hiervoor genoemde uitspraak van de Hoge Raad over het melden van betalingsonmacht is niet de enige uitspraak die de Hoge Raad in het kader van onbetaalde pensioenpremies recentelijk heeft gewezen die voor de rechtspraak relevant is.

6.1 Accessoir karakter bestuurdersaansprakelijkheidsvordering

In een recent arrest van 14 januari 2022 heeft de Hoge Raad, in het kader van de vraag of een melding van betalingsonmacht achterwege kon blijven, nog eens verwezen naar het arrest van 24 december 2021.[40] Daarmee heeft de Hoge Raad nog eens bevestigd vast te willen houden aan het standpunt dat onder bepaalde omstandigheden een melding van betalingsonmacht achterwege kan blijven.

Verder heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 14 januari 2022 geoordeeld dat de aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van artikel 23 Wet Bpf 2000 zelfstandig is en niet afhankelijk (*accessoir*) van het bestaan van de aansprakelijkheid van het lichaam. Met andere woorden: de aansprakelijkheid van een bestuurder voor pensioenbijdragen vervalt niet automatisch als de aansprakelijkheid van het lichaam op enig moment komt te vervallen.[41] In de kwestie die leidde tot dit arrest ging het om de vraag of een bestuurder van een rechtspersoon die zijn activiteiten in het kader van een overgang van onderneming had overgedragen nog aansprakelijk kon worden gehouden voor pensioenschulden die bestonden voorafgaand aan de overgang van onderneming. De vervreemdende rechtspersoon kon niet meer door het pensioenfonds aansprakelijk worden gehouden, omdat de wettelijke vervaltermijn die geldt bij een overgang van onderneming inmiddels was verstreken.[42] Met een verwijzing naar de wetsgeschiedenis van artikel 23 Wet Bpf 2000 oordeelde de Hoge Raad dat de regels over hoofdelijkheid uit afdeling 6.1.2 BW in zo'n geval van toepassing zijn. Dit betekent dat ook als de aansprakelijkheid van de rechtspersoon komt te vervallen (of komt te verjaren), de bestuurder nog steeds hoofdelijk aansprakelijk kan zijn jegens het pensioenfonds. Volgens de Hoge Raad kon uit de tekst van artikel 23 lid 1 en 5 Wet Bpf 2000 niet worden afgeleid dat de aansprakelijkheid van een bestuurder eindigt bij het verstrijken van een vervaltermijn die is geschreven voor de rechtspersoon. Ook de ratio achter de wettelijke vervaltermijn bood de bestuurder geen bescherming. De wettelijke vervaltermijn bij een overgang van onderneming moet volgens de Hoge Raad worden gezien als een

belangenafweging tussen enerzijds het belang van de werknemer en anderzijds het belang van de oude werkgever (dus de vervreemdende rechtspersoon). De vervaltermijn is niet bedoeld om de bestuurder van een vervreemdende rechtspersoon te beschermen tegen aansprakelijkheid voor achterstallige pensioenbijdragen. Verder was de aanspraak van het pensioenfonds op betaling van pensioenschulden door de overgang van onderneming ook niet tenietgegaan, maar was deze aanspraak overgegaan op de verkrijgende rechtspersoon.[43] Dit alles maakte dat volgens de Hoge Raad de vordering van het pensioenfonds op de bestuurder als een zelfstandige vordering werd gezien.

Voor pensioenfonds is deze uitspraak goed nieuws, aangezien zij zich in beginsel nog steeds kunnen verhalen op bestuurders, ook als een vordering niet meer kan worden ingesteld tegen de rechtspersoon zelf. Het oordeel van de Hoge Raad over het zelfstandige karakter sluit ook aan bij de doelstelling van de hoofdelijke aansprakelijkheid van artikel 23 Wet Bpf 2000.[44] Wel is voor pensioenfonds van belang om op de juiste wijze hun vorderingen te stuiten. Een stuiting van een vordering jegens de rechtspersoon zal in beginsel niet worden aangemerkt als een stuiting van de vordering jegens de bestuurder, vanwege het zelfstandige karakter van beide vorderingen.

6.2 Rechtspositie bedrijfstakpensioenfonds onder de WHOA

Een andere actuele ontwikkeling in de rechtspraak ziet op de rechtspositie van pensioenfonds in het kader van de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA). Naar aanleiding van een prejudiciële vraag van de rechtbank Amsterdam of vorderingen van bedrijfstakpensioenfonds wegens achterstallige pensioenbijdragen onder het toepassingsbereik van de WHOA vallen, heeft de Hoge Raad inmiddels een uitspraak gewezen.[45] In navolging van A-G De Bock[46] oordeelt de Hoge Raad dat vorderingen van bedrijfstakpensioenfonds wegens achterstallige pensioenbijdragen niet onder het bereik van de WHOA vallen. Voor deze vorderingen geldt volgens de Hoge Raad dezelfde uitzondering die voor werknemers is opgenomen in artikel 369 lid 4 Fw. Ook is de afkoelingsperiode niet van toepassing. Kort gezegd overweegt de Hoge Raad dat een vordering voor achterstallige premies van een bedrijfstakpensioenfonds jegens de werkgever correspondeert met het recht van de werknemer jegens de werkgever op betaling van die premies aan het bedrijfstakpensioenfonds. Dit laatste is een recht dat voortvloeit uit een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW. Als de vordering voor achterstallige premies van een bedrijfstakpensioenfonds zou kunnen worden betrokken in een onderhands akkoord, dan zou daarmee volgens de Hoge Raad afbreuk worden gedaan aan het met die vordering corresponderende recht van de werknemer jegens de werkgever op premiebetaling aan het bedrijfstakpensioenfonds. Afbreuk aan dit recht zou de pensioenopbouw van werknemers in gevaar kunnen brengen. Dat het bedrijfstakpensioenfonds de

pensioenverplichtingen jegens werknemers ook moet nakomen als de werkgever geen premies heeft afgedragen, neemt namelijk niet weg dat een bedrijfstakpensioenfonds wegens een te lage dekkingsgraad als gevolg van niet-afgedragen pensioenpremies kan overgaan tot korting op de pensioenen of het achterwege laten van indexering van de pensioenen, en dat op die wijze alsnog afbreuk zou worden gedaan aan opgebouwde rechten op bedrijfspensioen. Dat zou volgens de Hoge Raad niet stroken met de bedoeling van de wetgever.[47]

Deze uitspraak is in lijn met een eerdere uitspraak van de Hoge Raad,[48] waarbij de rechten van pensioenfondsen in het kader van een overgang van onderneming hetzelfde werden behandeld als de rechten van werknemers. Toch roept de overweging van de Hoge Raad bij mij de vraag op of het probleem dat de Hoge Raad hier signaleert, namelijk het risico van een te lage dekkingsgraad met negatieve gevolgen voor werknemers, wel wordt weggenomen door pensioenfondsen buiten het bereik van de WHOA te houden. Hierdoor wordt de WHOA immers minder effectief als methode om schulden te herstructureren. Voor ondernemers in financiële moeilijkheden die vallen onder een bedrijfstakpensioenfonds, wordt het WHOA-traject onaantrekkelijker indien de veelal hoge schulden bij een bedrijfstakpensioenfonds in het kader van een herstructurering van de schulden niet mee kunnen worden genomen. Ik verwacht dan ook dat ondernemingen die wellicht nog levensvatbaar zouden zijn middels het doorlopen van een WHOA-traject als gevolg van deze uitspraak eerder zullen aansturen op een faillissement. Ook zullen schuldeisers wellicht minder snel geneigd zijn om in te stemmen met een akkoord vanuit de wetenschap dat vorderingen van werknemers en bedrijfstakpensioenfonds ongemoeid worden gelaten. Verder speelt nog de vraag of een succesvol WHOA-traject niet de pas wordt afgesneden door pensioenfondsen die zich van de afkoelingsperiode niets hoeven aan te trekken en tot verhaal van hun vorderingen wensen over te gaan. Een minder effectieve WHOA zal naar verwachting eerder leiden tot faillissementen. Pensioenfondsen zijn op dit moment bij een faillissement slechts concurrent schuldeiser, zodat het voor pensioenfondsen nog maar de vraag is of een faillissement iets oplevert. Ik vraag mij daarom af of er niet eerder sprake zal zijn van lagere dekkingsgraden door faillissementen – als gevolg van een minder effectieve WHOA – dan in de situatie dat bedrijfstakpensioenfonds wel onder het bereik van de WHOA zouden vallen. De praktijk zal het moeten uitwijzen.[49]

Inmiddels heeft de Minister voor Rechtsbescherming – mede namens de Minister van Economische Zaken en Klimaat – naar aanleiding van Kamervragen laten weten dat in het kader van de evaluatie van de WHOA de effectiviteit van de WHOA zal worden onderzocht, waarbij expliciet aandacht zal worden besteed aan de gevolgen van deze uitspraak van de Hoge Raad.[50] De WHOA voorziet in een evaluatiebepaling op basis waarvan de Tweede Kamer uiterlijk eind 2023 door middel van een verslag geïnformeerd dient te worden over de

doeltreffendheid en de effecten van de WHOA-regeling in de praktijk. De minister heeft in de beantwoording van voornoemde Kamervragen laten weten voornemens te zijn om eind 2022 al een start te maken met de voorbereiding van het evaluatieonderzoek.

Hoewel de gevolgen van de uitspraak van de Hoge Raad in de evaluatie van de WHOA zullen worden meegenomen, heeft de minister op 21 februari 2022 ook een wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer.[51] De Hoge Raad verwijst hier ook naar. De bedoeling van het wetsvoorstel is om artikel 369 lid 4 Fw aan te passen en daarin te verduidelijken dat onder de rechten van werknemers zoals bedoeld in dat wetsartikel mede worden verstaan vorderingen van werknemers tot betaling door hun werkgever van premie aan een pensioenuitvoerder.[52]

Met deze uitspraak en het wetsvoorstel lijkt de WHOA een stuk minder aantrekkelijk te worden als instrument om schulden te herstructureren. De praktijk zal moeten uitwijzen of met deze uitspraak van de Hoge Raad sprake is van een pyrrusoverwinning voor pensioenfondsen,[53] met als mogelijk neveneffect dat hiermee het 'kind met het badwater wordt weggegooid'. Immers, om de inperking van de vorderingsrechten van pensioenfondsen te voorkomen, wordt de effectiviteit van de WHOA ingeperkt, met als mogelijk neveneffect meer faillissementen, waardoor de rechten van pensioenfondsen – vanwege hun geringe bescherming bij faillissementen op dit moment – in dat geval alsnog worden ingeperkt. Daarmee lijkt nog geen jaar na het intreden van de WHOA (als 'wondermiddel' om schulden efficiënt mee te herstructureren) de glans er met deze uitspraak van de Hoge Raad wel wat vanaf voor ondernemingen met pensioenschulden.[54]

7 Conclusie

Ik rond af. Wat betekent het arrest van de Hoge Raad van 24 december 2021 nu voor de praktijk? Verliest de meldingsregeling aan kracht? En is met deze uitspraak de meldingsregeling op haar retour? Moet worden nagedacht over een andere regeling voor bestuurdersaansprakelijkheid bij onbetaalde pensioenpremies? Ik verwacht dat het uiteindelijk allemaal wel mee zal vallen. Hoewel uit het arrest volgt dat een melding van betalingsonmacht onder bepaalde omstandigheden achterwege kan blijven, zullen bestuurders in de praktijk wel eerst moeten aantonen dat die omstandigheden zich in concreto hebben voorgedaan. Stelplicht en bewijslast en daarmee dus ook het procesrisico liggen bij de bestuurders. Naast de bijkomende eisen die de Hoge Raad stelt, meen ik dat, als wordt gekeken naar de geest van de wet, het bekend zijn met een situatie van betalingsonmacht alleen aan het pensioenfonds zou moeten kunnen worden tegengeworpen als de bestuurder zelf aan die bekendheid ook daadwerkelijk heeft bijgedragen. Het enkele feit dat een pensioenfonds op de hoogte is geraakt van de moeilijke financiële situatie waarin de vennootschap verkeert, ontslaat een bestuurder in ieder geval nog niet van de verplichting om

melding te maken van betalingsonmacht. Daarmee lijkt de soep uiteindelijk niet zo heet te worden gegeten als zij wordt opgediend.

Noten

[*] Volledigheidshalve merkt de auteur op dat hij betrokken is geweest bij de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 14 januari 2022 waarnaar in deze bijdrage wordt verwezen.

[1] Kamerstukken II 2004/05, 30413, nr. 17, p. 37.

[2] Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1976.

[3] Hierna zal ik het in deze bijdrage steeds hebben over: de Wet Bpf 2000.

[4] Zie art. 23 lid 4 Wet Bpf 2000 en art. 2 Besluit Meldingsregeling Wet Bpf 2000.

[5] Art. 23 Wet Bpf 2000 heeft het over 'een rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam dat volledig rechtsbevoegd is'. Ik zal het in deze bijdrage steeds hebben over 'rechtspersonen'.

[6] Zie over de belangrijke rol van de meldingsregeling ook P. van Schilfgaarde e.a., De nieuwe misbruikwetgeving (IVOR nr. 2), Deventer: Kluwer 1986, p. 41.

[7] Zie hierover P. van Schilfgaarde, Misbruik van rechtspersonen (IVOR nr. 3), Deventer: Kluwer 1986, p. 29-30.

[8] Thans is deze regeling voor bepaalde fiscale schulden opgenomen in art. 36 IW 1990.

[9] Zie art. 23 lid 4 Wet Bpf 2000.

[10] Voor gewezen bestuurders ligt dat anders. Omdat een gewezen bestuurder geen betalingsonmacht kan melden, wordt een gewezen bestuurder sowieso in de gelegenheid gesteld om het wettelijk vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur te weerleggen als er geen melding van betalingsonmacht heeft plaatsgevonden.

[11] Zie art. 23 lid 3 Wet Bpf 2000.

[12] Zie Kamerstukken II 1999/2000, 27073, nr. 3, p. 20 (MvT).

[13] Zie W.C.L. van der Grinten, Het tweede misbruikontwerp, WPNR 1981, afl. 5575, p. 562-563.

[14] Zie ook Van Schilfgaarde 1986, p. 31.

[15] Zie in deze zin ook H. de Groot, Bestuurdersaansprakelijkheid, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 88. De Groot merkt in dit verband op dat de bestuurder weliswaar namens de rechtspersoon meldt, maar tevens een eigen rechtshandeling verricht ter voorkoming van zijn persoonlijke aansprakelijkheid. Zie ook J.B. Wezeman, Het melden van betalingsonmacht onder de Wet bestuurdersaansprakelijkheid, TVVS 1991, p. 86-91.

[16] Zie Handelingen II 2003/04, nr. 99, p. 6318.

[17] Zie over de verplichting voor een bestuurder om betalingsonmacht te melden ook T. Huijg in punt 9 van zijn annotatie bij HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1976, JAR 2022/37. Huijg merkt op dat de Hoge Raad zegt dat de meldingsplicht 'achterwege kan blijven' bij genoemde wetenschap op basis van andere omstandigheden. Dogmatisch gezien is dit volgens hem niet concludent, omdat art. 23 lid 2 Wet Bpf 2000 volgens hem duidelijk zegt dat er een wettelijke plicht is te melden. Die plicht kan volgens hem niet zomaar 'achterwege' worden gelaten. Huijg kan het oordeel van de Hoge Raad alleen verklaren als de Hoge Raad de andere omstandigheden (die dus hebben geleid tot genoemde wetenschap) ziet als de wettelijk vereiste melding. Dus dat er *de facto* al eerder een melding is gedaan in de vorm van die andere omstandigheden. Ik ben het daarmee eens en zou daar nog aan toe willen voegen dat er dan nog wel een verband moet bestaan tussen die andere omstandigheden en de bestuurder in kwestie.

[18] Zie ook P. van Schilfgaarde e.a. 1986, p. 41.

[19] Zie ook J.B. Wezeman, Aansprakelijkheid van bestuurders (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998, p. 152, onder verwijzing naar Kamerstukken I 1985/86, 16530, nr. 26b, p. 6 (MvA).

[20] Zie ook Wezeman 1998, p. 179.

[21] Zie concl. A-G Assink, 28 mei 2021, ECLI:NL:PHR:2021:523.

[22] HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:419, r.o. 3.3.1.

[23] HR 4 december 1991, ECLI:NL:HR:1991:BH8364, r.o. 3.3. In deze uitspraak ging het om de aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van het in het kader van de Tweede Misbruikwet ingevoerde art. 32a Wet LB 1964 (oud). Deze regeling is met ingang van 1 juni 1990 overgebracht naar art. 36 IW 1990.

[24] HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3019.

[25] HR 16 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6635.

[26] Zie M.H. Visscher, De aansprakelijkheid van bestuurders voor pensioenschulden (en het melden van betalingsonmacht) nader bezien, MvO 2018, afl. 3-4, p. 95.

[27] Zie Asser/Lutjens 7-XI 2019/520. Zie ook B. Degelink, Bestuurdersaansprakelijkheid uit onverwachte hoek: de premieschuld bij het verplichte bedrijfstakpensioenfonds, TAC 2019, afl. 2-3, p. 73. Zie verder M. Murrer, Wat kunnen we leren van artikel 36 Invorderingswet 1990 bij de toepassing van de meldingsregeling ingevolge artikel 23 lid 2 Wet Bpf 2000?, TPV 2018/47. De Hoge Raad oordeelt in HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1976, nu dus anders. Zie ook A.J. Tekstra in nr. 5 van zijn annotatie onder HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:419, JOR 2014/155.

[28] Zie bijv. Hof Den Haag 15 september 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1674. Het hof overwoog onder verwijzing naar Hof Den Haag 3 juni 2014 (ECLI:NL:GHDHA:2014:1860) dat de meldingsplicht een wettelijke plicht is en het niet op de weg van het pensioenfonds ligt om de vennootschap en haar bestuurder te wijzen op deze meldingsplicht. Het ligt evenmin in de rede om bij het pensioenfonds een onderzoeksplicht te leggen, die inhoudt dat bij de vennootschap wordt nagegaan waarom tijdige premiebetaling achterwege is gebleven. Zie ook Hof Leeuwarden 1 maart 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ1741, waarin werd overwogen dat het regelmatig aanmanen door het pensioenfonds niet kan worden gezien als een impliciete mededeling van betalingsonmacht. Zie verder Hof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860, r.o. 16, waarin het hof overwoog dat het enkele feit dat een pensioenfonds op de hoogte is van de moeilijke financiële omstandigheden van een vennootschap niet heeft te gelden als een geldige melding betalingsonmacht, reeds omdat dit feit niet meebrengt dat betaling van de premies onmogelijk is. Datzelfde geldt voor een gesloten betalingsregeling, omdat daaraan juist ten grondslag ligt de voortgang van de betaling van de premies, zij het conform de gesloten betalingsregeling. Zie verder Hof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860, r.o. 16. Ook het gerechtshof Amsterdam overwoog in

dezelfde lijn reeds dat een betalingsregeling op zichzelf gezien nog niet kan worden beschouwd als een melding van betalingsonmacht. Zie verder Hof Amsterdam 27 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH3726, JAR 2009/141, r.o. 3.8.2. Ook uit een eerder arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden volgt dat een betalingsregeling niet geldt als een melding van betalingsonmacht. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5163, PJ 2013/85, r.o. 4.8. Zoals volgt uit deze uitspraken van verschillende hoven en zoals ook volgt uit andere uitspraken is de meldingsregeling van art. 23 Wet Bpf 2000 strikt toegepast en geldt bijv. het enkele feit dat een bedrijfstakpensioenfonds op de hoogte is van de moeilijke financiële omstandigheden van een vennootschap nog niet als een melding van betalingsonmacht, reeds omdat dit feit niet meebrengt dat betaling van premies onmogelijk is. Zie in deze zin ook Rb. Amsterdam 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6774, r.o. 4.9, Rb. Amsterdam 26 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1127, r.o. 4.11, Hof Leeuwarden 2 oktober 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX9175, r.o. 9, Hof Leeuwarden 28 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV7210, r.o. 3.4 en Hof Amsterdam 27 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH3726, JAR 2009/141, r.o. 3.8.2. Zie ook Hof Den Haag 23 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:19, r.o. 7, waarin het hof overwoog dat een verzoek om een betalingsregeling te mogen treffen, zeker niet zonder meer gelijk te stellen is met een melding van betalingsonmacht. Voorts overwoog het hof dat verder in de e-mail de minimaal vereiste informatie over ('inzicht in') de omstandigheden die ertoe hebben geleid dat de bijdrage niet kan worden betaald ontbrak, terwijl die informatie volgens het hof niet mag ontbreken in een dergelijke melding. Overigens overwoog het hof hier wel dat het aan deze gebreken waarschijnlijk niet zo zwaar zou tillen als dit de enige gebreken waren. Zie verder Rb. Amsterdam 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6774, r.o. 4.9, Hof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860, r.o. 16, Rb. Amsterdam 26 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1127, r.o. 4.11, Hof Leeuwarden 2 oktober 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX9175, r.o. 9, Hof Leeuwarden 28 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV7210, r.o. 3.4 en Hof Amsterdam 27 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH3726, JAR 2009/141, r.o. 3.8.2. Zie over de strikte toepassing van de meldingsregeling in de rechtspraak ook Hof Arnhem-Leeuwarden 24 augustus 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:8134, r.o. 3.13, onder verwijzing naar Asser/Lutjens 7-XI 2019/520 en daar vermelde jurisprudentie. Zie ook overweging 3.10 van de conclusie van A-G Assink (ECLI:NL:PHR:2021:523) bij HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1976.

[29] Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 24 augustus 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:8134. Zie eerder ook Hof Den Haag 3 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:269. Zie over deze tendens ook A-G Assink in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2021:523) voor HR 24 december 2021,

ECLI:NL:HR:2021:1976.

[30] HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3019.

[31] Zie hierover ook Visscher 2018, p. 89 e.v.

[32] HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:754.

[33] Zie hierover ook Visscher 2018.

[34] Zie Kamerstukken II 1999/2000, 27073, nr. 3, p. 20 en de NvT op Besluit meldingsregeling Wet Bpf 2000 (Stb. 2000, 631).

[35] Zie Wezeman 1998, p. 152, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis.

[36] Zie in deze zin ook Wezeman 1998, p. 179. Wezeman merkt hierover het volgende op: 'Nu de meldingsplicht ook een instrument is om de bonafide bestuurders van de malafide bestuurders te onderscheiden lijkt het mij verdedigbaar dat het invorderingsorgaan op de hoogte moet zijn geraakt doordat de bestuurders zelf de aandacht op de betalingsproblemen hebben gevestigd.'

[37] Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1976, r.o. 3.2.4.

[38] Zie concl. A-G Assink, 28 mei 2021, ECLI:NL:PHR:2021:523.

[39] Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 24 augustus 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:8134, r.o. 3.13-3.14. Het hof zocht in deze uitspraak aansluiting bij r.o. 3.10 van de door A-G Assink gewezen conclusie (ECLI:NL:PHR:2021:523), die door de Hoge Raad in zijn arrest van 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1976, werd gevolgd.

[40] De auteur van deze bijdrage was betrokken bij de cassatieprocedure die aanleiding gaf tot dit arrest.

[41] Zie over het zelfstandige karakter van deze vorderingen ook Asser/Lutjens 7-XI 2019/524 en M.H. Visscher, Van bange bestuurders naar creatieve bestuurders als het om pensioenschulden gaat?, TvOB 2020, afl. 6, p. 215 e.v.

[42] Zie art. 7:663 BW.

[43] In HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375 had de Hoge Raad al bepaald dat pensioenschulden van rechtswege overgaan op de verkrijgende rechtspersoon.

[44] Zie ook M. Heemskerk in zijn noot bij HR 14 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:13, JAR 2022/51.

[45] Zie HR 25 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:328.

[46] Zie concl. A-G De Bock 6 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1152.

[47] Zie HR 25 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:328, r.o. 3.4.

[48] Zie HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375. Zie hierover ook Visscher 2020, p. 220.

[49] Zie ook Visscher 2020, p. 215 e.v. Ook andere schrijvers waren van mening dat het verdedigbaar was als vorderingen van bedrijfstakpensioenfondsen wel onder het toepassingsbereik van de WHOA zouden vallen. Zie onder meer R. van den Sigtenhorst & P. Jahan, Prejudiciële vragen over de reikwijdte van de WHOA: vorderingen van bedrijfspensioenfondsen uitgezonderd?, TvI 2021/49. Zie ook J.L.M. Groenewegen in zijn annotatie bij Rb. Amsterdam 23 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4475, JOR 2021/304. Zie verder G. de Gruijter, Prejudiciële vraag aan de Hoge Raad: vallen pensioenpremies van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen onder de werknemersuitzondering van de WHOA?, HERO 2021/B-073; M. Mouthaan, WHOA en pensioenpremie, HERO 2021/B-055. Zie daarentegen voor het standpunt dat vorderingen van pensioenfondsen niet onder het toepassingsbereik van de WHOA vallen: A-G Bock in haar conclusie van 6 december 2021 (ECLI:NL:PHR:2021:1152) en E. Lutjens in zijn annotatie bij Rb. Amsterdam 23 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4475, PJ 2021/133.

[50] Zie Antwoorden van de Minister voor Rechtsbescherming en de Ministers van Economische Zaken en Klimaat en Sociale Zaken en Werkgelegenheid op schriftelijke vragen van de leden Ellian en Rahimi (beiden VVD) over het bericht 'Ondernemers sneller in problemen door uitzondering in faillissementswet' (ingezonden 7 maart 2022, 2022Zo4139), p. 4.

[51] Zie Kamerstukken II 2021/22, 36040, nr. 2.

[52] Ten aanzien van dit wetsvoorstel wijs ik nog op de noot van F.M.J. Verstijlen bij HR 25 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:328, NJ 2022/150, waarin deze ten aanzien van dit wetsvoorstel het volgende opmerkt: 'We kunnen thans constateren dat de verduidelijking in dit wetsvoorstel verduidelijking behoeft, want de voorgestelde tekst ziet slechts op de vorderingen van de werknemers (zie onder 5) en niet op die van het bedrijfstakpensioenfonds.' Ik ben het met Verstijlen eens dat het wenselijker was geweest dat de wetgever in het wetsvoorstel expliciet het pensioenfonds zou hebben genoemd, ook al volgt uit het arrest van de Hoge Raad dat een vordering voor achterstallige pensioenpremies van een bedrijfstakpensioenfonds jegens de werkgever correspondeert met het recht van de werknemer jegens de werkgever op betaling van die premies aan het pensioenfonds.

[53] Zie hierover ook G. van Solinge, Ondoordachte wet belandt op bord hoogste rechter, Het Financieele Dagblad 27 december 2021.

[54] En mocht het inderdaad zo zijn dat er meer faillissementen zullen plaatsvinden omdat bedrijfstakpensioenfondsen buiten het bereik van de WHOA vallen, dan zou wellicht door de wetgever nagedacht kunnen worden over een aanpassing van de Faillissementswet om de positie van bedrijfstakpensioenfondsen in faillissement te versterken.

RECHTSPRAAK

Geen bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW na verkoop aandelen aan katvanger

De curator stelt een bestuurder van een failliete vennootschap aansprakelijk voor het boedeltekort. Omdat de publicatieplicht is geschonden, staat kennelijk onbehoorlijk bestuur vast op grond van artikel 2:248 lid 2 BW. Toch is de bestuurder niet aansprakelijk, omdat het faillissement is veroorzaakt doordat de koper van de aandelen de vennootschap heeft gebruikt voor het verrichten van onverklaarbare transacties. De bestuurder hoefde hierop niet bedacht te zijn.

Feiten

De curator van een failliete vennootschap ('de Vennootschap') stelt de bestuurder (een bv) en de middellijk bestuurder (een natuurlijk persoon) van de Vennootschap (hierna ook gezamenlijk 'de Bestuurder') aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW.

In april 2020 zijn de aandelen in de Vennootschap verkocht aan een derde. Kort daarna (wanneer blijkt niet uit de uitspraak, maar de dagvaarding is in oktober 2021 uitgebracht) is de Vennootschap failliet verklaard. Volgens de curator heeft de Bestuurder zijn taak onbehoorlijk vervuld in de periode die is voorafgegaan aan de verkoop van de aandelen in de failliete Vennootschap.

Oordeel

De rechtbank overweegt dat de publicatieplicht is geschonden, omdat de jaarrekeningen over 2017 en 2018 in het geheel niet zijn gepubliceerd. De stelling van de Bestuurder dat hij ervan uitging dat de accountant de jaarrekeningen zou deponeren baat hem niet, omdat hij hiervoor verantwoordelijk blijft. De curator heeft onvoldoende gesteld om schending van de boekhoudplicht aan te nemen. Dat de curator geen administratie heeft ontvangen van de koper van de aandelen, wil niet zeggen dat de Bestuurder zijn administratieplicht heeft

verzaakt. Daar komt bij dat de Bestuurder voorbeelden van de curator waaruit een ondeugdelijke boekhouding zou blijken, gemotiveerd heeft weerlegd.

Omdat de publicatieplicht is geschonden, staat kennelijk onbehoorlijk bestuur vast. Naar het oordeel van de rechtbank slaagt de Bestuurder erin te weerleggen dat dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het faillissement is veroorzaakt doordat de koper van de aandelen de onderneming niet heeft voortgezet, maar de Vennootschap heeft gebruikt voor onverklaarbare transacties die niet samenhangen met de onderneming en duiden op witwassen en fraude. De Bestuurder valt geen verwijt te maken van de verkoop van de aandelen aan de koper. De koper was een bekende van vroeger, eenvoudig internetonderzoek leverde geen bijzonderheden op en de koper heeft gezegd de onderneming te willen voortzetten. Voor de Bestuurder bestond daarom geen aanleiding nader onderzoek te doen naar de koper. Daarbij weegt mee dat de koopprijs en schuldenpositie beperkt waren.

Omdat de Bestuurder een andere belangrijke oorzaak van het faillissement dan zijn kennelijk onbehoorlijk bestuur aannemelijk heeft gemaakt, wijst de rechtbank de vordering van de curator af.

H.J. de Kloe, juli 2022

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 29-06-2022

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2022:2769

Zaaknummer: C/16/529525 / HL ZA 21-287

Rechters: F.C. Burgers

Advocaten: L.E. Pordon en J. Faas

Wetsartikelen: 2:10 BW, 2:248 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

Drijber q.q./Bestuurders

Terwijl rekening moest worden gehouden met het faillissement, zijn aflossingen gedaan op een lening van de aandeelhouder en zijn de debiteuren verpand aan de aandeelhouder. De curator vordert daarom op grond van pauliana vernietiging van deze rechtshandelingen en vordert bovendien veroordeling in het faillissementstekort op grond van artikel 2:248 BW. Naar het oordeel van de rechtbank zijn de aflossingen en de verpanding paulianeus. Verder kunnen de paulianeuze handelingen worden gekwalificeerd als kennelijk onbehoorlijk bestuur en zijn de handelingen een belangrijke oorzaak van het faillissement, zodat sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW.

Feiten

De procedure draait om een inmiddels failliete vennootschap ('de Vennootschap') die zich bezighield met het tewerkstellen van gecertificeerde veiligheidsmedewerkers bij spoorwerkzaamheden. Gedaagde 2 is sinds 1 januari 2014 bestuurder van de Vennootschap. Via zijn persoonlijke holding, gedaagde 1, is hij sinds 3 mei 2018 ook indirect enig aandeelhouder.

De voormalig aandeelhouder heeft in het verleden een lening verstrekt aan de Vennootschap. Deze lening was volgens de jaarrekeningen over 2016 en 2017 achtergesteld. Gedaagde 1 heeft de lening op 22 maart 2018 overgenomen. Op enig moment is overeengekomen dat de Vennootschap maandelijks een bedrag op deze lening moet aflossen.

In 2018 daalde de omzet, maar zijn ook de bedrijfskosten teruggebracht. De Vennootschap leed dat jaar een fors verlies. In december 2018 is voor het eerst afgelost op de lening. Verder is een pandakte getekend waarbij de debiteuren werden verpand ten gunste van gedaagde 1.

Op 1 mei 2019 is het (tweede) pandrecht gevestigd door registratie van de pandakte. ING had

een eerste pandrecht op de debiteuren. Verder heeft de Vennootschap in 2019 een fors bedrag afgelost op de rekening-courantschuld (waarop ook de lening was geboekt) aan gedaagde 1. Er zijn gesprekken geweest over een overname of samenwerking, maar op 22 juli 2019 heeft de mogelijke kandidaat zich teruggetrokken. Eind oktober 2019 heeft gedaagde 1 het pandrecht openbaar gemaakt en vanaf die tijd heeft hij de verpande vorderingen geïnd. De Vennootschap is op 19 november 2019 failliet verklaard.

Omdat ING een eerste pandrecht had op de vorderingen, heeft gedaagde 1 na een schikking met ING een fors deel van een geïnd bedrag aan ING afgedragen.

De curator vordert op grond van pauliana vernietiging van de vestiging van het pandrecht op de debiteuren ten gunste van gedaagde 1 en de aflossingen die in 2018 en 2019 zijn gedaan aan gedaagde 1. Verder vordert de curator veroordeling van gedaagde 1 en gedaagde 2 in het faillissementstekort op grond van artikel 2:248 BW.

Oordeel

De rechtbank overweegt dat het sluiten van de pandakte in 2018 onverplicht was. Schuldeisers, waaronder ING, de Belastingdienst en concurrente schuldeisers zijn benadeeld door het vestigen van het pandrecht. Zonder het pandrecht op de debiteuren zouden de debiteuren immers aan de Vennootschap hebben betaald en zou de Vennootschap met de ontvangen bedragen haar schuldeisers kunnen betalen. Tot slot overweegt de rechtbank dat het op het moment van het vestigen van het pandrecht, op 1 mei 2019, zonneklaar was dat de Vennootschap in financieel zwaar weer verkeerde. Zowel de Vennootschap als gedaagde 1 had daarom wetenschap van de benadeling van schuldeisers. Aan de vereisten van artikel 42 Fw is voldaan. Gedaagde 1 wordt daarom veroordeeld tot betaling van het geïnde bedrag minus de afdracht aan ING.

Op het moment dat de aflossingen op de lening werden gedaan, was de vordering opeisbaar. Weliswaar was de lening eerder achtergesteld, maar die achterstelling had een tijdelijk karakter. De rechtbank legt de aflossingen daarom langs de lat van artikel 47 Fw. Naar het oordeel van de rechtbank is de vereiste samenspanning gegeven, omdat gedaagde 2 zeggenschap had in zowel de Vennootschap als gedaagde 1. Vanaf eind 2018 was duidelijk dat de Vennootschap in financiële moeilijkheden verkeerde en moest serieus rekening worden gehouden met de mogelijkheid van een faillissement. Het voortbestaan van de Vennootschap was afhankelijk van financiering door de aandeelhouder, maar in plaats van financiering te verstrekken heeft de aandeelhouder gelden aan de Vennootschap onttrokken. Hierdoor is de kans op het faillissement vergroot en werd de onderneming minder aantrekkelijk voor investeerders. De rechtbank oordeelt dat de aflossingen paulianeus zijn op grond van

artikel 47 Fw en veroordeelt gedaagde 1 tot betaling van het bedrag dat in 2018 en 2019 is afgelost op de lening.

Tot slot beoordeelt de rechtbank de vordering van de curator op grond van artikel 2:248 BW. Naar het oordeel van de rechtbank levert het paulianeus handelen kennelijk onbehoorlijk bestuur op in de zin van artikel 2:248 BW. Het paulianeus handelen had flinke negatieve gevolgen voor de current ratio en het werkkapitaal. Vanaf december 2018 was het faillissement van de Vennootschap met een redelijke mate van waarschijnlijkheid voorzien, zodat ook sprake is van voorzienbare schuldeisersbenadeling. Naar het oordeel van de rechtbank is het paulianeus handelen ook een belangrijke oorzaak van het faillissement. Door de paulianeuze handelingen is de financiële armslag verder beperkt. Terwijl de Vennootschap investeringen nodig had van de aandeelhouder, heeft de bestuurder eraan meegewerkt dat de aandeelhouder werkkapitaal heeft onttrokken aan de Vennootschap. Gedaagde 1 en 2 worden daarom veroordeeld tot betaling van het boedeltekort.

H.J. de Kloe, juli 2022

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 06-07-2022

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2022:3353

Zaaknummer: C/05/390950 / HA ZA 21-367

Rechters: G.J. Meijer

Advocaten: A.H. Brosens-Samson en T.W. Konings

Wetsartikelen: 42 Fw, 47 Fw en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Kolkman q.q./Bestuurders beddenhandel

De curator van een beddenhandel stelt de beide bestuurders en hun zoon aansprakelijk. De vrouw doet met succes een beroep op disculpatie en de zoon betwist met succes feitelijk leidinggevende te zijn geweest. Alleen de vorderingen die zijn ingesteld tegen de vader worden toegewezen. Hij is aansprakelijk voor het boedeltekort omdat de administratieplicht is geschonden en hij het causaliteitsvermoeden niet heeft ontzenuwd.

Feiten

Een detailhandelsbedrijf in bedden en toebehoren wordt op 21 oktober 2020 in staat van faillissement verklaard. Uit het onderzoek van de curator blijkt dat nagenoeg geen boekhouding is bijgehouden. Er is geen sprake van een debiteuren-, crediteuren-, of voorraadadministratie. Het bedrijf beschikt al sinds 2015 niet meer over een kassa, zodat er geen pinbetalingen konden worden gedaan. Betalingen werden per kas gedaan, maar daarvan werd geen kasadministratie bijgehouden. Verder is gebleken dat sinds 2016 geen jaarrekeningen meer zijn gepubliceerd en dat de jaarrekening over 2015 niet tijdig is gepubliceerd. De curator stelt dat de (middellijk) bestuurders hun taak onbehoorlijk hebben vervuld en stelt hen aansprakelijk voor het boedeltekort. Daarnaast stelt hij de zoon van de bestuurders aansprakelijk als feitelijk leidinggevende van de onderneming.

Oordeel

De rechtbank oordeelt als volgt. Tussen partijen is niet in geschil dat het bestuur zijn administratieplicht als bedoeld in artikel 2:10 BW heeft geschonden. Daarmee staat vast dat het bestuur zijn taken onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat de schending van de administratieplicht een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Gedaagden zijn evenwel van mening dat dit vermoeden is ontzenuwd, door te wijzen op (gestelde) feiten die volgens hen tot het faillissement hebben geleid. Naar het oordeel van de rechtbank zijn gedaagden echter niet geslaagd in het ontzenuwen van het voornoemde rechtsvermoeden. In

zijn algemeenheid mag namelijk worden aangenomen dat een bestuurder die geen of een gebrekkige administratie bijhoudt, minder goed zicht zal hebben op het functioneren van zijn onderneming en bij financiële problemen minder goed in kaart zal kunnen brengen waarom zijn onderneming minder goed draait en welke maatregelen getroffen zouden kunnen worden om tijdig bij te sturen. Aangezien een van de bestuurders (de vader) verder geen disculpatie- of matigingsverweer heeft gevoerd en tegen het gevorderde voorschot en de hoogte daarvan evenmin verweer heeft gevoerd, worden de vorderingen van de curator ten aanzien van hem op grond van artikel 2:248 jo. 2:11 BW integraal toegewezen.

Ten aanzien van de zoon oordeelt de rechtbank dat door de curator onvoldoende is gesteld om tot het oordeel te kunnen komen dat hij als feitelijk leidinggever van gefailleerde kan worden aangemerkt. Uit verklaringen volgt weliswaar dat de zoon verstrekkende bevoegdheden had binnen de onderneming, maar die bevoegdheden leiden niet zonder meer tot de conclusie dat de zoon zijn wil aan de formele bestuurder oplegde en daarmee het formele bestuur terzijde stelde. Daarnaast is in de procedure steeds verklaard dat de vader eindverantwoordelijk bleef en het beleid bepaalde. De vorderingen jegens de zoon op grond van artikel 2:248 lid 7 BW worden dan ook afgewezen. Voorts heeft de curator ook gesteld dat de zoon verschillende goederen heeft ontvreemd en gebruikt voor zijn nieuwe onderneming met een vergelijkbare handelsnaam als gefailleerde, maar die stelling heeft de curator onvoldoende onderbouwd.

De tweede bestuurder, de moeder, stelt zich op het standpunt dat zij zich kan disculperen en doet subsidiair een beroep op matiging van het bedrag van haar aansprakelijkheid tot nihil. Zij stelt daartoe (onbetwist) dat zij geen bestuurstaken in de onderneming had en enkel bijkomende taken binnen de onderneming uitvoerde. Daarbij had zij een ondergeschikte rol ten aanzien van haar (inmiddels ex-)man en zoon. In 2015 werd zij ziek en in 2017 eindigde haar relatie met de eerste bestuurder. Sindsdien zou zij niet meer in het huurpand van de onderneming mogen komen. De rechtbank oordeelt dat het beroep op disculpatie slaagt omdat aan de bestuurder geen persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt van de schending van de administratieplicht. Daarnaast kan aan haar evenmin worden tegengeworpen dat zij zich niet informeerde over de taakuitoefening door de medebestuurder, omdat zij door de omstandigheden binnen het huwelijk een psychisch ziektebeeld heeft gekregen. De vorderingen die zijn ingesteld jegens de tweede bestuurder, worden door de rechtbank afgewezen.

M.M. Eveleens-van der Zwaag, juli 2022

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 06-07-2022

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2022:1971

Zaaknummer: C/08/262384 / HA ZA 21-80

Rechters: T.J. Thurlings-Rassa

Advocaten: F. Kolkman, W.B. Brusse en S.J. de Vries

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Curator/Indirect bestuurder van Energie der Nederlanden B.V.

Een curator stelt een (indirect) bestuurder aansprakelijk, primair op grond van artikel 2:248 BW en subsidiair op grond van artikel 6:162 BW. Ondanks het niet voldoen aan de administratie- en publicatieplicht is de bestuurder niet aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW omdat het faillissement is veroorzaakt door een inschattingsfout. Wel is sprake van onrechtmatige selectieve betaling door herstructurering en verrekening van de koopprijs.

Feiten

Energie der Nederlanden B.V. ('EdN'), voorheen Anode B.V. geheten, exploiteerde een onderneming in de verkoop van en handel in elektriciteit en aardgas. Enig bestuurder en aandeelhouder van EdN was Pluspool B.V. ('Pluspool'), waarvan gedaagde ('de Bestuurder') op zijn beurt enig bestuurder en aandeelhouder was. Pluspool had ook een Belgische dochtervennootschap, Anode België BVBA ('Anode België').

Anode België nam elektriciteit af van Warmtekracht OndersteuningsMaatschappij CVBA ('WOM'), een samenwerkingsverband van zeventig tuinbouwbedrijven. EdN was partij bij de overeenkomst met WOM. In 2010 raakte Anode België in de financiële problemen, omdat de inkoop van energie niet goed was afgestemd op de verkoop. De op lange termijn ingekochte energie moest daarom tegen een lage(re) prijs op de spotmarkt worden verkocht. Anode België was daarom niet in staat WOM te betalen, waarop Anode België op 8 juni 2010 failliet is verklaard.

De WOM heeft Anode België en EdN aansprakelijk gesteld. Nadat de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen de vorderingen in november 2012 heeft afgewezen, heeft WOM in maart 2013 hoger beroep ingesteld. Op 8 september 2016 heeft het Hof van Beroep Antwerpen het beroep gegrond verklaard en Anode België en EdN hoofdelijk veroordeeld tot betaling van € 11,5 miljoen. In cassatie is het arrest van het Hof van Beroep in stand gebleven.

Tussen 2012 en eind 2016 heeft een herstructurering plaatsgevonden en zijn de klantenportefeuilles en de inventaris van EdN overgedragen aan diverse vennootschappen binnen een in 2010 nieuw opgerichte tak van het concern waartoe EdN behoorde. De koopprijs van ongeveer € 1,6 miljoen is grotendeels verrekend met vorderingen van de groepsvennootschappen op EdN. Slechts een bedrag van € 72.772 is daadwerkelijk betaald.

In 2016 heeft EdN alle schulden aan groepsvennootschappen van in totaal € 9 miljoen betaald. Ook is een deel van de externe schuldeisers betaald. Nadat op 5 september 2017 surseance van betaling is verleend aan EdN, is EdN op 10 november 2017 failliet verklaard. De curator van EdN stelt de Bestuurder aansprakelijk, primair op grond van artikel 2:248 BW voor het boedeltekort van ongeveer € 13 miljoen en subsidiair op grond van artikel 6:162 BW.

Beoordeling artikel 2:248 BW

Ten aanzien van de vordering op grond van artikel 2:248 BW overweegt de rechtbank dat de jaarrekeningen over 2014 en 2015 respectievelijk vijftien en zeventien maanden te laat zijn gepubliceerd. Het verweer van de Bestuurder dat sprake is van een onbelangrijk verzuim omdat de vorige accountant niet langer over de benodigde vergunningen zou beschikken, verwerpt de rechtbank. De Bestuurder heeft niet onderbouwd dat het niet mogelijk was sneller een nieuwe accountant te vinden en nadat de nieuwe accountant is aangesteld, heeft het nog lange tijd geduurd voordat de jaarrekeningen daadwerkelijk zijn gepubliceerd. Ook is niet voldaan aan de administratieplicht.

Het is aan de Bestuurder om te stellen dat het faillissement van EdN is veroorzaakt door iets anders dan kennelijk onbehoorlijk bestuur. Die andere oorzaak hoeft niet van buiten te komen (HR 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1099). De rechtbank gaat mee met het betoog van de Bestuurder dat het faillissement is veroorzaakt door een onjuiste inschatting van de energiemarkt, die heeft geleid tot de veroordeling tot betaling van € 11,5 miljoen aan WOM. De rechtbank overweegt (ten overvloede, omdat de curator daarover niets heeft gesteld) dat een inschattingsfout in het algemeen niet voldoende is om te oordelen dat sprake is van onbehoorlijk bestuur. Daarnaast is de inschattingsfout gemaakt in 2010, dus buiten de referteperiode van drie jaar uit artikel 2:248 lid 7 BW.

De verkoop van de activa van EdN en (het mogelijk maken van) verrekening van de koopprijs is ook geen belangrijke oorzaak van het faillissement, nu het faillissement is veroorzaakt door de foute inschatting van de energiemarkt. De Bestuurder is dus niet aansprakelijk voor het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW.

Beoordeling artikel 6:162 BW

De Bestuurder is naar het oordeel van de rechtbank wel aansprakelijk op grond van artikel 6:162 BW. Kort nadat WOM stelde een hoge vordering te hebben op EdN, is besloten over te gaan tot de herstructurering. Hoewel de vordering in eerste aanleg was afgewezen, had EdN er rekening mee moeten houden dat hierover in een hogere instantie anders zou worden geoordeeld. Ook na veroordeling in hoger beroep is de herstructurering doorgezet. Dit heeft ertoe geleid dat de vorderingen van groepsvennootschappen zijn voldaan, waardoor de schuldeisers die niet zijn voldaan in hun positie zijn benadeeld. De Bestuurder treft hiervan een ernstig verwijt. De rechtbank veroordeelt de Bestuurder tot betaling van een voorschot van € 1,5 miljoen en verwijst de zaak voor het meerdere naar de schadestaatprocedure.

Vanwege het debiteurenrisico van de curator verklaart de rechtbank het vonnis uitvoerbaar bij voorraad, maar vanwege het restitutierisico van de Bestuurder wel onder de voorwaarde dat de curator zekerheid stelt ter hoogte van het bedrag dat de curator verhaalt op de Bestuurder.

H.J. de Kloe, juli 2022

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 06-07-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:5954

Zaaknummer: C/10/589074 / HA ZA 20-9

Rechters: N. Noorduijn, J. van den Bos en S.V. Hardonk

Advocaten: R.J. van der Weijden en J.P.M. Borsboom

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:10 BW, 2:394 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurders van Maastrichtse Autobus Combinatie B.V./Curator. Met wenk.

De rechtbank hield de enig bestuurder van een failliete bv en de aandeelhouder als feitelijk beleidsbepaler aansprakelijk voor het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW, omdat de jaarrekeningen niet tijdig zijn gepubliceerd. Het hof vernietigt dit arrest. Hoewel onbehoorlijke taakvervulling vaststaat wegens te late deponering van de jaarrekening, heeft de bestuurder voldoende aannemelijk gemaakt dat het faillissement te wijten is aan andere oorzaken dan zijn onbehoorlijke taakvervulling. Daarbij geeft het bestuur een verklaring voor geleden verliezen en omleidingen van betalingen en is a prima facie aannemelijkheid van de verklaring voldoende voor het ontzenuwen van het bewijsvermoeden. Met wenk van Inge Lakwijk.

Inleiding

Maastrichtse Autobus Combinatie B.V. ('MAC') is een vennootschap die zich bezighield met taxi- en rouwvervoer en andere vervoersbemiddelingsactiviteiten. Op 20 september 2006 is MAC in staat van faillissement verklaard. De bestuurder van MAC en de enig aandeelhouder van MAC (tevens echtgenote van de bestuurder) zijn door de faillissementscurator van MAC ('de curator') aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort. De bestuurder werd aangesproken in zijn hoedanigheid van bestuurder, de aandeelhouder als feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW. In de procedure in eerste aanleg heeft de rechtbank Limburg de vorderingen van de curator zowel ten aanzien van de bestuurder als ten aanzien van de aandeelhouder (als feitelijk beleidsbepaler) toegewezen, zie OR 2021-0186.

De curator stelde hen aansprakelijk voor het boedeltekort omdat volgens de curator:

(1) de jaarrekeningen over de boekjaren 2003, 2004 en 2005 niet tijdig zijn gedeponerd. De jaarrekening over boekjaar 2003 is circa twintig maanden na het einde van het boekjaar

gedeponeerd. De jaarrekeningen over 2004 en 2005 zijn wel binnen 13 maanden na het einde van het boekjaar gedeponeerd, maar niet samengesteld binnen de vijfmaandetermijn van artikel 2:210 lid 1 BW, terwijl nergens uit blijkt dat de AVA van MAC toestemming heeft gegeven voor verlenging van die termijn;

(2) de boekhouding van MAC niet deugdelijk was. Een boekhoudkundig onderzoeker heeft geconstateerd dat in de laatste drie boekjaren voor de faillietverklaring de jaarrekeningen niet aansloten op de onderliggende administratie, de verlies- en winstrekening niet altijd aansloot op de balansmutaties en de verhouding tussen de omzet en de kosten vraagtekens opriep, terwijl een sluitende verantwoording van de omzet door middel van rittenstaten ontbrak (deze zouden verloren zijn gegaan);

(3) een deel van de bedrijfsactiviteiten van MAC in 2004 is overgedragen aan een zustervennootschap, terwijl de afspraken daarover niet schriftelijk zijn vastgelegd en de koopprijs van € 105.000 nooit geïnd is, en tevens in 2005 nog activa zijn overgedragen aan derden zonder dat daarvoor de koopprijs is geïnd.

De door de curator gestelde aansprakelijkheid voor het boedeltekort is primair geschoeid op artikel 2:248 BW jo. 2:10 BW jo. 2:394 BW. Subsidiair doet de curator een beroep op artikel 2:9 BW, specifiek ten aanzien van de schade die voortvloeit uit de onder punt 3 bedoelde transacties.

In eerste aanleg zijn de vorderingen van de curator toegewezen op basis van de te late deponering van de jaarrekeningen en het daaruit voortvloeiende bewijsvermoeden dat het faillissement in belangrijke mate veroorzaakt is door onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. Ten aanzien van de aandeelhouder heeft de rechtbank in eerste aanleg beslist dat zij medebeleidsbepaler was, omdat iedere transactie die € 15.000 of meer beliep aan haar goedkeuring was onderworpen. De bestuurder en de aandeelhouder zijn tegen het vonnis van de rechtbank in hoger beroep gekomen. In hoger beroep voeren zij – voor het eerst – aan dat het faillissement van MAC een andere oorzaak heeft dan hun onbehoorlijke taakvervulling.

De beslissing in hoger beroep

Deponering jaarrekeningen

In eerste aanleg heeft de rechtbank aangenomen dat de jaarrekeningen van 2003, 2004 en 2005 allemaal te laat gedeponeerd zijn. In hoger beroep ziet het gerechtshof dit anders. Het hof neemt het ontbreken van een besluit van de algemene vergadering tot verlenging van de samenstellingstermijn niet in aanmerking bij de toetsing aan de deponeringsplicht. In plaats

daarvan gaat het hof ambtshalve uit van de maximale wettelijke termijn voor deponering van de jaarrekening, die destijds nog 13 maanden bedroeg.

Dit betekent dat er in de drie jaren voorafgaand aan de faillietverklaring van MAC slechts één jaar overbleef waarin niet alleen de samenstellingstermijn van artikel 2:210 lid 1 BW, maar ook de maximale deponeringstermijn van 13 maanden is overschreden (boekjaar 2003). Het betrof voor dat boekjaar een overschrijding met ruim zeven maanden. De bestuurder heeft in hoger beroep beargumenteerd dat dit moet worden aangemerkt als een onbelangrijk verzuim (als bedoeld in art. 2:248 lid 2 BW, laatste volzin). Hij brengt hiertoe naar voren dat de te late deponering in 2003 is gevolgd door twee jaren waarin de jaarrekening wel tijdig gedeponeerd werd. Daardoor waren de actuele crediteuren van de vennootschap voldoende op de hoogte van de informatie die voor hen door middel van de deponeringsplicht beschikbaar moest komen. Alle partijen die crediteur waren in 2003 zijn betaald, zodat er ten tijde van de faillietverklaring niemand meer enig nadeel had van de te late deponering over dat boekjaar.

Onder verwijzing naar r.o. 3.6.2. van het arrest van de Hoge Raad van 1 november 2013 (ECLI:NL:HR:2013:1079, *Verify*) overweegt het hof dat het antwoord op de vraag of een overschrijding van de termijn voor openbaarmaking van de jaarrekening als onbelangrijk verzuim kan gelden, afhangt van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid. Daarbij geldt dat hogere eisen moeten worden gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is en dat stelplicht en bewijslast daarvan op de aangesproken bestuurder rusten.

Volgens het hof miskent de argumentatie van de bestuurders, die (slechts) inhoudt dat er geen (actuele) crediteuren benadeeld zijn door te late deponering over boekjaar 2003, het *‘geheel eigen systeem van de misbruikwetgeving in relatie tot het faillissement van de onderneming, waarbij – gelet op het gewicht dat aan de nakoming daarvan toekomt – het niet tijdig deponeren van een jaarrekening betekent dat als vaststaand moet worden aangenomen dat de bestuurder zijn taak ook voor het overige kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld.’*

Het hof stelt vast dat door te late deponering van de jaarrekening over 2003 het onbehoorlijk bestuur vaststaat en dat vermoed wordt dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

Ontzenuwing bewijsvermoeden

De volgende vraag die moet worden beoordeeld is: hebben de bestuurders het bewijsvermoeden omtrent de oorzaak van het faillissement weten te ontzenuwen? Bij het beantwoorden van deze vraag neemt het hof tot uitgangspunt dat een redelijke uitleg van

artikel 2:248 lid 2 BW meebrengt dat voor het ontzenuwen van het bewijsvermoeden volstaat dat de aangesproken bestuurder *aannemelijk* maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Als de bestuurder daarin slaagt, ligt het op de weg van de curator om vervolgens op de voet van artikel 2:248 lid 1 BW aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

De bestuurder heeft in deze zaak meermaals naar voren gebracht dat de curator hem nooit gevraagd heeft om aan te geven wat volgens hem de oorzaak van het faillissement is geweest. Ten aanzien daarvan overweegt het hof dat het bewijsvermoeden ook met zich brengt dat het op de weg van de aangesproken bestuurder ligt om zich uit eigen beweging op eventuele 'ontzenuwende' feiten te beroepen. Het is volgens het hof *'niet op de eerste plaats aan de curator om de andere oorzaken van het faillissement dan de hiervoor bedoelde onbehoorlijke taakvervulling te onderzoeken'*.

Om het bewijsvermoeden te ontzenuwen, wijst de bestuurder in zijn memorie van grieven op enkele omstandigheden die voor MAC tot verliezen hebben geleid: tegenvallende resultaten na een overname, forse autoschades, omzetsderving door leegloop en ziekteverzuim. Daarnaast stelt de bestuurder dat zich in 2003 een kans voordeed om de verliezen te stoppen door de onderneming van MAC aan twee werknemers over te dragen, maar dat het daarvoor nodig was om eerst bepaalde activiteiten te ontvlechten. Begin 2004 werden de ontvlochten activiteiten in dat kader aan een zustervennootschap (beheerst door dezelfde bestuurder) verkocht voor een bedrag van € 105.000. Het duurde vervolgens echter nog tot begin 2005 voordat de overgebleven activiteiten konden worden overgedragen. Omdat ondertussen de verliezen verder waren opgelopen, kon toen niet meer de hele onderneming overgedragen worden, maar was alleen een activatransactie nog mogelijk, aldus de bestuurder. De bestuurder stelt daarbij dat de juistheid van zijn stellingen blijkt uit de administratie die de curator onder zich heeft.

De curator heeft hiertegenover aangevoerd dat de verklaring van de bestuurder *'erg oppervlakkig en ongeloofwaardig [is] voor een bestuurder die hierover jarenlang heeft gezwegen en aantoonbaar betrokken is geweest bij een hele serie vennootschappen die werkzaam zijn in de vervoers- en taxibranche'*. De curator betwist in algemene zin dat hetgeen de bestuurder stelt, zou blijken uit de administratie die aan hem ter beschikking is gesteld. Verder betoogt de curator dat indien de bestuurder ervoor gezorgd zou hebben dat de koopprijzen voor de verkochte onderdelen van MAC daadwerkelijk geïncasseerd zouden zijn, de financiële situatie van MAC er veel rooskleuriger uitgezien zou hebben en een faillissement zou zijn voorkomen.

Het hof oordeelt dat de verklaring van de bestuurder over de oorzaken van het faillissement

van voldoende gewicht is om van de curator te mogen verlangen dat hij aangeeft waarom de door de bestuurder aangevoerde omstandigheden *geen* belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest, of om inzichtelijk te maken dat de bestuurder van MAC niet adequaat heeft opgetreden om het intreden van die oorzaken te voorkomen. Dit heeft de curator naar het oordeel van het hof onvoldoende gedaan, omdat hij heeft volstaan met de opmerking dat de verklaring van de bestuurder ongeloofwaardig is en met een algemene betwisting dat de stukken in zijn administratie de verklaring van de bestuurder onderbouwen, zonder dit nader toe te lichten. Naar het oordeel van het hof is hetgeen de bestuurder heeft aangevoerd als oorzaak van het faillissement ook niet dadelijk als weinig reëel aan te merken. Het hof oordeelt daarom dat de bestuurder voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het faillissement van MAC te wijten is aan andere oorzaken dan zijn onbehoorlijke taakvervulling en dat hij het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW dus heeft ontzenuwd.

Dit betekent dat de curator aan de beurt is om zijnerzijds aannemelijk te maken dat het faillissement wél mede veroorzaakt is door onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur.

Onderbouwing onbehoorlijke taakvervulling als belangrijke oorzaak van faillissement door curator

De curator wijst op een viertal dubieuze transacties, waaronder de overdracht van bedrijfsactiviteiten en -activa zonder dat de daartegenover staande koopprijs aanwijsbaar is ontvangen door MAC en een kasopname die aan de zustervennootschap verstrekt zou zijn, zonder dat daar een duidelijke titel aan ten grondslag lag. Deze transacties c.q. onttrekkingen zijn er volgens de curator (mede) debet aan dat MAC haar schulden niet meer kon betalen.

De bestuurder heeft in antwoord hierop aangevoerd dat de koopsommen voor de bedrijfsactiviteiten en -activa wel betaald zijn, door middel van deelbetalingen en verrekeningen. Daarnaast stelt het bestuur dat de zustervennootschap van MAC van het aan haar ter beschikking gestelde kasgeld diverse crediteuren van MAC heeft betaald. Deze handelswijze zou gekozen zijn om te voorkomen dat bij MAC betalingsproblemen zouden ontstaan als gevolg van beslaglegging.

Het hof neemt in aanmerking dat er geen nauwkeurige vastlegging van de overdracht van de bedrijfsactiviteiten en -activa en de betaling daarvoor heeft plaatsgevonden en dat de feitelijk betaling door uitstel, deelbetalingen en niet erg duidelijk herkenbare verrekeningen moeilijk te doorzien is. Naar het oordeel van het hof is echter wel gebleken dat de zustervennootschap *‘de nodige betalingen heeft verricht aan crediteuren van MAC’*, zodat de door de zustervennootschap ontvangen contanten uit MAC toch aan het vermogen van MAC ten goede zijn gekomen. Ook is naar het oordeel van het hof gebleken dat er wel contracten zijn gesloten met de partijen die activiteiten en activa van MAC hebben overgenomen en dat door

deze partijen ook ‘*de nodige – verschuldigde – betalingen daartoe zijn verricht.*’ In het licht daarvan had de curator volgens het hof méér moeten doen om aannemelijk te maken dat de door hem gehekeldde transacties het faillissement van MAC mede veroorzaakt hebben.

Eindconclusie van het hof is dat de veroordeling van de bestuurder tot vergoeding van het boedeltekort ex artikel 2:248 lid 2 BW niet in stand kan blijven.

Aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW

Het subsidiaire beroep op artikel 2:9 BW is door de curator ook gegrond op de vier dubieuze transacties, in het bijzonder het feit dat door deze transacties MAC is ‘leeggehaald’. Het hof begrijpt het betoog van de curator in dit verband aldus, dat de keuze om bepaalde bedrijfsactiviteiten en -activa af te stoten op zichzelf niet zozeer het probleem was, maar wel dat de bestuurder er onvoldoende op heeft toegezien dat de koopsommen daarvoor ook daadwerkelijk aan MAC betaald werden. Het hof concludeert echter – net als bij het oordeel over de aansprakelijkheid ex art. 2:248 BW – dat de bestuurder voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de koopsommen wél in het vermogen van MAC terecht zijn gekomen door betalingen die door de kopers rechtstreeks aan crediteuren van MAC zijn gedaan. Het hof overweegt vervolgens ten aanzien van de aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW: ‘*Aldus heeft de curator zijn stelling dat de onbehoorlijke taakvervulling door [appellant] een belangrijke oorzaak is geweest voor het faillissement, naar het oordeel van het hof onvoldoende onderbouwd. De curator heeft in het licht van het vorenstaande geen voldoende specifiek bewijsaanbod gedaan ten aanzien van concrete feiten die tot een ander oordeel zouden kunnen leiden. De conclusie is dan ook dat het oordeel van de bestuurdersaansprakelijkheid van [appellant] niet in stand kan blijven.*’

Omdat het hof op basis van de grieven van de bestuurder tot de conclusie komt dat er geen sprake is van aansprakelijkheid (noch voor het boedeltekort, noch voor specifieke schades) uit hoofde van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur, kan ook de aansprakelijkheid van de aandeelhouder als medebeleidsbepaler niet in stand blijven. Ook ten aanzien van de aandeelhouder wordt het vonnis in eerste aanleg dus vernietigd.

Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank, zonder de curator nog in de gelegenheid te stellen nader bewijs bij te brengen van zijn stellingen.

Wenk

Feitelijk beleidsbepalerschap

De onderhavige uitspraak van het gerechtshof ’s-Hertogenbosch betreft een hoger beroep van een uitspraak waarin de rechtbank Limburg onder meer besliste dat de aandeelhouder van de

gefaillieerde vennootschap medebeleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW was op grond van het enkele feit dat de statuten van de vennootschap bepaalden dat transacties van € 15.000 of meer aan zijn goedkeuring onderworpen waren (OR 2021-0186). Het feit dat de rechtbank in haar vonnis met geen woord repte over eventuele andere omstandigheden die maakten dat deze statutaire bepaling er in dit geval voor zorgde dat de aandeelhouder feitelijk meebestuurde, is opmerkelijk. Statutaire regelingen waarbij transacties boven een bepaalde waarde de goedkeuring van de AVA behoeven, komen immers zeer veel voor. Is iedere meerderheidsaandeelhouder in een vennootschap met zo'n regeling bij faillissement altijd automatisch medebeleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW? Of zal een rechter daarvoor toch naar een zekere frequentie en ingrijpendheid van de aandeelhoudersbemoeienis moeten verwijzen? Het is jammer dat het hof in deze zaak niet toekomt aan een beoordeling van de rechtbankbeslissing op dit punt.

Overschrijding deponeringstermijn

Ten aanzien van de deponering van de jaarrekeningen beslist het hof in deze zaak onder meer dat een overschrijding van de deponeringstermijn zonder zwaarwegende reden geen onbelangrijk verzuim is, ook niet als er niemand benadeeld is door het uitblijven van een tijdige deponering. Deze beslissing lag voor de hand, mede in het licht van arrest *Bobo/König* (HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189), waarin een soortgelijk argument tevergeefs werd aangevoerd (in dat geval zelfs door een vennootschap die helemaal geen activiteiten meer ontplooidde).

Ontzenuwing bewijsvermoeden

Hoewel op grond van het deponeringsverzuim vaststaat dat het bestuur van MAC zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld, wordt de aansprakelijkheid voor het boedelttekort in hoger beroep teruggedraaid, omdat het bestuur in hoger beroep succesvol het vermoeden heeft ontzenuwd dat onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement was. Daartegenover heeft de curator niet voldoende aannemelijk kunnen maken dat het faillissement wel (mede) veroorzaakt is door onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur, of dat aan het bestuur (in voldoende ernstige mate) kan worden verweten dat het niets heeft gedaan om de oorzaak van het faillissement te bestrijden.

Het wordt uit het arrest van het hof niet helemaal duidelijk in hoeverre uit de gedingstukken nu écht bleek dat MAC van de partijen die activiteiten en actief uit de vennootschap hadden overgenomen daadwerkelijk de hele bedongen koopprijs had ontvangen. Het hof overweegt tweemaal dat vaststaat dat 'de nodige betalingen' zijn gedaan, maar bedoelt het hof daarmee echt: *alle* betalingen die op grond van de bedongen koopprijs nodig waren, of bedoelt het hof

meer overdrachtelijk dat er 'een niet te verwaarlozen aantal' betalingen is gedaan? Ook wordt uit r.o. 9.4.5 van het arrest niet onomstotelijk duidelijk of de bestuurder bij zijn verklaring over de andere oorzaken van het faillissement, daadwerkelijk stukken uit de administratie van MAC heeft overgelegd ter onderbouwing van zijn verklaring, of naar specifieke vindplaatsen in de administratie van MAC heeft verwezen, of dat de bestuurder slechts heeft gesteld dat de juistheid van zijn verklaring in het algemeen zou worden ondersteund door 'stukken die zich in de administratie bevinden en in het bezit zijn van de curator'. Het lijkt erop dat de bestuurder mogelijk slechts in algemene zin naar de administratie van de vennootschap heeft verwezen.

De ambiguïteit omtrent de mate waarin de betaling van de koopsommen voor de activa van MAC nu echt is gebleken en het feit dat de bestuurder lijkt te kunnen hebben volstaan met een algemene verwijzing naar de administratie van MAC, wekt de indruk dat het hof de lat voor het ontzenuwen van het bewijsvermoeden niet hoog heeft willen leggen.

Artikel 2:9 BW

Dat na de afwijzing van het beroep van de curator op artikel 2:248 BW het subsidiaire beroep op artikel 2:9 BW ook niet slaagt, ligt voor de hand, nu de curator volgens het arrest bij zijn beroep op artikel 2:9 BW niet nader heeft gepreciseerd op welke manier de dubieuze transacties tot specifieke (geconcretiseerde) schade voor de vennootschap hebben geleid dan hij bij het beroep op artikel 2:248 BW deed. Dit is iets wat wel vaker lijkt te worden vergeten: voor een beroep op artikel 2:248 BW hoeft slechts de causaliteit tussen de onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur en het faillissement vast te staan – en dan wordt de omvang van de schade (voor de gezamenlijke crediteuren) door de wet gefixeerd op het boedeltekort – maar voor een beroep op artikel 2:9 BW moet de causaliteit tussen onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur en concrete schadeposten (voor de vennootschap) worden aangetoond. Uit het onderhavige arrest blijkt niet dat de curator aan dat verschil aandacht heeft besteed.

Het is onduidelijk of het hof dit verschil wel in het oog heeft gehouden. In r.o. 9.4.12, waarin het om de beoordeling van het beroep op artikel 2:9 BW gaat, herhaalt het hof dat de curator onvoldoende heeft onderbouwd '*dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest*'. Als het hof hier heeft willen aannemen dat er van onbehoorlijke taakvervulling (ook in de zin van art. 2:9 BW) in ieder geval wel sprake was, had hier eigenlijk moeten staan dat de curator onvoldoende heeft onderbouwd dat de onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur tot schade voor MAC heeft geleid.

Maar er is reden voor een slag om de arm. Een alinea hoger, in r.o. 9.4.9 (de nummering van de

rechtsoverwegingen loopt niet helemaal perfect door), overweegt het hof dat *‘niet is komen vast te staan dat de koopsom niet aan (de crediteuren van) MAC ten goede is gekomen, of dat er anderszins zaken aan het vermogen van MAC zijn onttrokken zonder dat daar een tegenprestatie tegenover stond, en dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Naar het oordeel van het hof is van ernstig verwijtbaar handelen dan ook geen sprake (...)’*.

Mogelijk heeft het hof willen uitdrukken dat er überhaupt geen sprake was van onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:9 BW. Dan kan niet gezegd worden dat het hof ten onrechte de relatie tot het faillissement heeft betrokken bij het schadebegrip. Maar ook dan blijft toch opmerkelijk dat het hof voor de beslissing dat er geen sprake is van onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:9 BW niet alleen het niet-vaststaan van de derving van de koopsommen of andersoortige onttrekkingen relevant vindt, maar ook het ontbreken van onderbouwing dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement zou zijn geweest. Oorzakelijk verband tussen het handelen van het bestuur en het intreden van faillissement is immers geen vereiste voor artikel 2:9 BW, aangezien aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW ook buiten faillissement aan de orde kan zijn.

I.F.M. Lakwijk, juli 2022

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 28-06-2022

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2022:2099

Zaaknummer: 200.294.836/01

Rechters: O.G.H. Milar, C.J.H.G. Bronzwaer en N.W.M. van den Heuvel

Advocaten: Ph.W. Schreurs en P.W.F. Kostons

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:10 BW, 2:248 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

Vernietiging van faillissement van een ontbonden bv

Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank waarbij een (ontbonden) besloten vennootschap in staat van faillissement is verklaard en wijst het faillissementsverzoek van verweerster alsnog af. Het hof oordeelt dat de toestand van te hebben opgehouden te betalen onvoldoende aannemelijk is gemaakt.

Het faillissement van de (ontbonden) besloten vennootschap ('de Holding') is aangevraagd door verweerster. Verweerster stelt een vordering van bijna € 400.000 (te vermeerderen met rente en kosten) te hebben op de holding. De vordering is gebaseerd op een civielrechtelijke veroordeling van de Holding in een (verstek)vonnis van 14 oktober 2020. Volgens verweerster is de vordering onbetaald gebleven en heeft de Holding ook andere schuldeisers onbetaald gelaten. Met het bestreden vonnis van 19 april 2022 is vervolgens het faillissement van de holding uitgesproken.

In hoger beroep verzoekt de Holding het vonnis te vernietigen en het faillissementsverzoek van verweerster alsnog af te wijzen. De Holding heeft aangevoerd dat geen sprake is van een toestand van te hebben opgehouden te betalen en dat geen sprake is van pluraliteit van schuldeisers.

Op 15 juni 2022 heeft de mondelinge behandeling plaatsgevonden waarbij (de bestuurder van) de Holding, verweerster en de curator zijn gehoord. Na de mondelinge behandeling zijn partijen met elkaar in onderhandeling gegaan en hebben zij een regeling getroffen waarin afspraken zijn gemaakt over de vordering van verweerster. Onderdeel van de getroffen regeling is dat de Holding de kosten van de curator zal voldoen en dat verweerster en de curator het hof zullen berichten dat zij zich niet verzetten tegen een vernietiging van het vonnis.

In zijn overwegingen stelt het hof voorop dat de regeling niet zonder meer betekent dat het vonnis zal worden vernietigd vanwege aspecten van openbare orde. Het hof is van oordeel dat de vordering van verweerster (summierlijk) aannemelijk is gemaakt. Nu verweerster heeft

laten weten geen bezwaar meer te hebben tegen vernietiging van het vonnis, houdt het hof het ervoor dat de vordering van verweerster niet meer bestaat of in elk geval niet opeisbaar meer is.

Hoewel de Holding naast de vordering van verweerster nog andere schuldeisers zou hebben, is het hof van oordeel dat de Holding niet verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen. De Holding is in staat gebleken de betaling van het salaris van de curator te garanderen door storting van gelden op de derdenrekening van haar advocaat en een regeling te treffen met de oorspronkelijke aanvrager van het faillissement, verweerster. Ook een kleine vordering van ING Bank is betaald. Al met al is de toestand van te hebben opgehouden te betalen onvoldoende aannemelijk gemaakt.

Het hof vernietigt het vonnis en wijst het oorspronkelijke verzoek tot faillietverklaring af. Op verzoek van de curator heeft het hof de faillissementskosten vastgesteld en de Holding veroordeeld tot betaling van dit bedrag aan de curator.

B.S. Pronk, juli 2022

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 30-06-2022

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2022:2136

Zaaknummer: 200.309.635_01

Rechters: A.P. Zweers-van Vollenhoven, H.A.G. Fikkers en M. Breur

Advocaten: A.C. Hansen en J.A. Trimbach

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw en 2:19 BW

RECHTSPRAAK

**Scandica Nederland B.V./Bestuurder, zijn echtgenoot en
Four Seasons Interior**

Een voormalig bestuurder heeft zijn taak onbehoorlijk vervuld door over de liquide middelen van de vennootschap te beschikken alsof het zijn eigen middelen waren. De rechtbank oordeelt dat de bestuurder hiervan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Een deel van het onttrokken geld is door de bestuurder gestort op de rekening van een onderneming waarvan de bestuurder eveneens, tezamen met zijn echtgenoot, bestuurder is. In dat kader beslist de rechtbank dat de echtgenoot van de bestuurder hoofdelijk aansprakelijk is voor zover zij persoonlijk is verrijkt door het onrechtmatig handelen van de bestuurder en de vennootschap daardoor is verarmd. Ook acht de rechtbank de onderneming hoofdelijk aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad, nu de wetenschap van de bestuurder aan de onderneming kan worden toegerekend. Tot slot oordeelt de rechtbank dat ook de echtgenoot hoofdelijk aansprakelijk is, nu zij onvoldoende toezicht heeft gehouden op de uitoefening van de taak van haar medebestuurder.

Feiten

Gedaagde is voormalig bestuurder ('de Bestuurder') van Scandica Nederland B.V. ('Scandica'). Hij en zijn echtgenoot zijn tevens zelfstandig bestuurder van Four Seasons Interior ('Four Seasons'). De Bestuurder heeft gedurende een periode over de liquide middelen van Scandica beschikt alsof dit zijn eigen middelen waren en dit verhuld door valse jaarrekeningen op te stellen en vervalste bankafschriften te verstrekken. Een deel van het geld dat de Bestuurder heeft onttrokken aan Scandica is gestort op de persoonlijke rekening van de Bestuurder en op de rekening van Four Seasons.

Nadat Scandica hierachter komt, stelt zij de Bestuurder, de echtgenoot en Four Seasons per brief aansprakelijk voor de hierdoor geleden schade. De voorzieningenrechter verleent verlof voor het leggen van conservatoir derdenbeslag op verschillende bankrekeningen en enkele onroerende zaken van de Bestuurder en zijn echtgenoot. Daarna wijst de voorzieningenrechter bij kort-gedingvonnis de vordering tot schadevergoeding door de Bestuurder aan Scandica toe.

In de bodemprocedure stelt Scandica dat de Bestuurder in zijn hoedanigheid als voormalig bestuurder van Scandica persoonlijk aansprakelijk is, dan wel dat hij als bestuurder van Four Seasons aansprakelijk is voor de door Scandica geleden schade. Ook zouden de echtgenoot en Four Seasons aansprakelijk zijn voor de schade geleden door Scandica op grond van groepsaansprakelijkheid (art. 6:166 BW). Subsidiair acht Scandica de echtgenoot aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad dan wel ongerechtvaardigde verrijking. Tevens acht Scandica Four Seasons en haar bestuurders aansprakelijk voor de geleden schade op grond van onrechtmatige daad dan wel onverschuldigde betaling.

De beoordeling

Scandica stelt dat de Bestuurder onterecht leningen heeft verstrekt aan verschillende partijen en terugbetalingen van deze leningen ontving op zijn persoonlijke rekening of de rekening van Four Seasons. Het sluiten van deze leningen behoort volgens Scandica niet tot haar reguliere activiteiten. Daarnaast zou de Bestuurder deze leningen hebben verhuuld. De rechtbank oordeelt dat de Bestuurder door de wijze waarop hij de liquide middelen van Scandica heeft gebruikt, ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en persoonlijk aansprakelijk is voor de door Scandica geleden schade.

Daarnaast stelt Scandica dat de echtgenoot op grond van groepsaansprakelijkheid aansprakelijk is. De rechtbank oordeelt echter dat Scandica niet duidelijk heeft gemaakt op welke wijze de echtgenoot heeft bijgedragen aan de onrechtmatige gedragingen en wat zij had moeten nalaten om de kans op het toebrengen van schade te verminderen. Ook kan de echtgenoot niet op grond van een onrechtmatige daad worden aangesproken, nu uit de stellingen van Scandica niet kan worden afgeleid dat de echtgenoot wetenschap had van het onrechtmatig handelen van de Bestuurder.

Wel oordeelt de rechtbank dat indien de echtgenoot verrijkt is door het onrechtmatig handelen van de Bestuurder en Scandica hierdoor is verarmd, de echtgenoot de daardoor ontstane schade dient te vergoeden voor zover dat redelijk is. De omstandigheid dat de echtgenoot geen wetenschap had van de verrijking doet hier niet aan af. Nu betalingen zijn gedaan ten behoeve van onroerende goederen die elk voor de onverdeelde helft aan de

echtgenoot toebehoren, is zij hierdoor verrijkt en Scandica verarmd. De echtgenoot is daarom naast de Bestuurder hoofdelijk aansprakelijk voor deze bedragen.

Ten aanzien van Four Seasons oordeelt de rechtbank dat deze ook niet op grond van artikel 6:166 BW aansprakelijk is, nu niet blijkt hoe Four Seasons heeft bijgedragen aan het onrechtmatig handelen. Wel oordeelt de rechtbank dat Four Seasons onrechtmatig heeft gehandeld en daarvoor aansprakelijk is nu de wetenschap van de Bestuurder aan Four Seasons kan worden toegerekend. Op basis hiervan is Four Seasons naast de Bestuurder hoofdelijk aansprakelijk voor de door Scandica geleden schade.

Tot slot stelt Scandica dat de echtgenoot als bestuurder van Four Seasons ook aansprakelijk is voor de als gevolg van het door Four Seasons onrechtmatig handelen ontstane schade. De rechtbank stelt dat het onvoldoende toezicht houden op de uitoefening van de taak van een medebestuurder, onder omstandigheden persoonlijke aansprakelijkheid kan meebrengen. De rechtbank oordeelt dat uit de stelling van de echtgenoot dat zij als bestuurder geen taken had, maar het een formaliteit betrof om haar in staat te stellen haar hobby uit te voeren, blijkt dat zij haar taak als bestuurder heeft verwaarloosd. Iedere bestuurder is verantwoordelijk voor de algemene gang van zaken en behoort toezicht te houden op de uitoefening van taken door medebestuurders. De echtgenoot treft daarom een persoonlijk ernstig verwijt en is hoofdelijk aansprakelijk voor de geleden schade.

De omvang van de schade van Scandica dient te worden vastgesteld in de schadestaatprocedure.

Y. Boekhout, juli 2022

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 11-05-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:5039

Zaaknummer: C/10/613180 / HA ZA 21-136

Rechters: C. Bouwman

Advocaten: L.H.E. Drenthe en M.A.D. Bol

Wetsartikelen: 6:162 BW, 2:9 BW en 6:166 BW