

## Tijdschrift voor Insolventierecht

### De thermometer van het kennelijk onbehoorlijk bestuur. Een onderzoek naar de effectiviteit van art 2:248/138, lid 1 en 2 BW

Vindplaats: TVI 2011/11

Auteur: mr. Ph. W. Schreurs

In een recente bestuurdersaansprakelijkheidszaak<sup>[2]</sup> overweegt Hof Arnhem dat de curator zijn beroep op de gebrekkige administratie voldoende heeft onderbouwd:

“Hij heeft er, kort gezegd, op gewezen dat aan de berekening van de af te dragen WAO-premie verkeerde premiepercentages ten grondslag zijn gelegd, dat voor wat de journaalpost Roos & Roos betreft sprake is van verkeerde boekingen doordat af te dragen sociale lasten en de dotatie reservering vakantiegeld credit in plaats van debet zijn geboekt, alsmede dat het gestorte aandelenkapitaal niet juist is verwerkt. (...)”

Na ook nog een te late deponering te hebben vastgesteld vervolgt het hof:

“(...) dat minst genomen de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur mede tot het faillissement van Need4Wheels BV heeft geleid, zodat het Hof zich ontslagen acht van de verplichting om te onderzoeken of de stelling van Van Tuyl c.s aangaande het wegvallen van twee belangrijke opdrachtgevers als een belangrijke oorzaak van het faillissement het wettelijk vermoeden van art. 2:248, lid 2 BW zou kunnen ontzenuwen.”

J.E. Brink-van der Meer beoordeelt de rechtspraak ter zake art. 2:248 BW als een ‘*soms schokkende*’ loterij<sup>[3]</sup>. Bovenstaande (wat mij betreft: tamelijk bizarre) uitspraak van Hof Arnhem lijkt een bewijs van haar stelling. Dit arrest en de eerste alinea van haar artikel hebben me geïnspireerd tot deze bijdrage. Daarin wil ik vooral stilstaan bij de vraag wat het effect is van de bewijslastverdeling van art. 2:248 lid 1 en 2 BW en het in lid 2 gemaakte onderscheid tussen art. 2:10 en 2:394 BW. Daarna zal ik nog stilstaan bij de vraag wat de ‘kennelijk onbehoorlijke taakvervulling’ is die een belangrijke oorzaak moet zijn van het faillissement.

#### Misbruikwetgeving

Zoals bekend, vond de aanpassing van de misbruikwetgeving als neergelegd in de huidige art. 2:248 en 138<sup>[4]</sup> BW plaats naar aanleiding van het grote misbruik (koppelbazen-problematiek en dergelijke) dat in de 70'er jaren werd gemaakt van vennootschappen. Door die

vennootschappen activiteiten te laten ontwikkelen zonder de bijbehorende schulden te voldoen, de vennootschap vervolgens te laten failleren en de administratie te laten verdwijnen, werd de curator, vóór aanpassing van de anti-misbruikwetgeving, in een bijna onmogelijke positie gebracht: hij diende te stellen en te bewijzen dat door onbehoorlijk bestuur de vennootschap was gefailleerd en welke schade daarmee in causaal verband stond; bij afwezigheid van een administratie een welhaast onmogelijke opgave.

De wetgever heeft daar in de eerste plaats in voorzien door de schade die de gefailleerde vennootschap heeft geleden ten gevolge van bestuurlijk wanbeleid<sup>[5]</sup> te abstraheren. De curator hoeft niet meer te stellen en te bewijzen welke schade door dat onbehoorlijk bestuur is ontstaan. Er is sprake van een abstract schadebegrip, namelijk het tekort in de boedel.<sup>[6]</sup> In de tweede plaats heeft de wetgever op de hierna te bespreken wijze de bewijslast aangepast.

### **Bewijsbepaling art. 2:248 lid 2**

Hoewel de abstracte schadeberekening voor de curator en voor een effectieve toepassing van de anti-misbruikwetgeving vermoedelijk het belangrijkste is, is in de praktijk vooral veel aandacht voor het soms zeer scherpe wapen dat de wetgever de curator in handen heeft gegeven door middel van de bewijsregels van art. 2:248 lid 2 BW. Indien de bestuurder niet heeft voldaan aan de verplichtingen van art. 2:10 of 2:394 BW staat daarmee vast dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur (1) en wordt vermoed dat dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement (2). Tegen het eerste is geen tegenbewijs mogelijk, tegen het tweede wel.<sup>[7]</sup> Art. 2:10 BW bevat de verplichting een ordentelijke boekhouding bij te houden, jaarstukken op te maken en al deze stukken te bewaren. Ten aanzien van de verplichtingen die art. 2:10 BW oplegt, lijkt tamelijk algemeen te zijn aanvaard dat dit een zodanig belangrijke verplichting is dat daarop de sanctie van het hiervoor omschreven bewijsnadeel een gerechtvaardigde is.

Art. 2:394 BW bevat de verplichting binnen uiterlijk 13 maanden na afloop van het boekjaar de jaarrekening te deponeren bij het Handelsregister. Van deze verplichting is minder voor de hand liggend dat schending daarvan via art. 2:248 lid 2 BW tot gevolg heeft dat onomstotelijk sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Daarover bestaat in de literatuur dan ook wel scepsis.<sup>[8]</sup> Als het niet tijdig deponeren van de vastgestelde jaarrekening inderdaad een juiste graadmeter zou zijn voor wanbeleid, dan is het slecht gesteld met de Nederlandse bedrijfsvoering: volgens opgave van de Kamer van Koophandel van begin maart 2010 had ruim 35% van de vennootschappen toen nog niet voldaan aan de deponeringsplicht ten aanzien van 2008 en 15% nog altijd niet over de jaren 2005, 2006 of 2007.<sup>[9]</sup>

De wetgever was zich eveneens bewust<sup>[10]</sup> van het feit dat te late deponering niet een vanzelfsprekend symptoom is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Ook een puke bestuurder kan vergeten op tijd te deponeren. Het vergrijp werd door de minister evenwel 'niet een minder ernstig karakter' toegedicht. En de wetgever heeft er uiteindelijk voor gekozen ook dit vergrijp te bedreigen met de bewijsnadelen van art. 2:248 lid 2 BW. De verplichting tot deponering van jaarstukken beoogt namelijk crediteuren te beschermen: ook al betreft het per definitie op het moment van deponering oude (namelijk maximaal 13 maanden) en dus achterhaalde cijfers, een crediteur kan daaraan in ieder geval enig inzicht in de gang van zaken en de gegoedheid van zijn debiteur ontlenen.<sup>[11]</sup>

Hoezeer ook een verschil kan worden gemaakt tussen de ernst van de overtreding van art. 2:10 BW enerzijds en 2:394 BW anderzijds, noch in de uitspraken van de Hoge Raad noch in de parlementaire geschiedenis ter zake de flexibele BV heeft dit aanleiding gegeven tot nuancering, aanpassing of afschaffing van de bewijsnadelen bij overtreding van de deponeringsverplichting. Wel heeft de minister bij de oorspronkelijke behandeling in de Eerste Kamer expliciet opgemerkt dat bestuurders 'gemakkelijker tegenbewijs kunnen leveren tegen het wettelijk vermoeden van causaliteit van kennelijk onbehoorlijk bestuur en faillissement in het geval dat (slechts) de publicatieplicht is verwaarloosd'.<sup>[12]</sup> In hoeverre wordt dit onderscheid nu in de rechtspraak gemaakt?

### **Jurisprudentieonderzoek**

Sinds de invoering van de misbruikwetgeving zijn honderden uitspraken op het gebied van art. 2:248 BW gepubliceerd. Vermoedelijk nog veel meer zijn niet gepubliceerd en naar verluidt betreft veel van de niet gepubliceerde rechtspraak afgewezen vorderingen. Om een enigszins reëel en recent beeld te krijgen heb ik mij<sup>[13]</sup> beperkt tot alle uitspraken die gepubliceerd zijn in de *JOR* sedert 1 januari 2000 over art. 2:248 lid 1 en lid 2 BW.<sup>[14]</sup> Het onderzochte aantal is vanzelfsprekend te gering om stevige, wetenschappelijke gefundeerde conclusies te trekken. Er tekent zich echter wel een duidelijk beeld af, dat mij aanleiding geeft tot de volgende gevolgtrekkingen.

In totaal gaat het om 72 uitspraken. In 75% (53) daarvan speelt lid 2 een rol; in de overige 25% (19) beroept de curator zich uitsluitend op lid 1.

Een eerste opvallende vaststelling is dat van de gevallen waarin de curator zich uitsluitend op lid 1 beroept, de helft gewonnen en de andere helft verloren wordt. Ingeval hij echter het bewijsvoordeel van lid 2 inroept (los van de vraag of hij daarin slaagt), wordt daarentegen driekwart van de zaken door de curator gewonnen en maar een kwart verloren.

In veel gevallen wordt op beide bewijsvoordelen een beroep gedaan: in 80% op gebrekkige administratie en in 77% op een deponeringsgebrek.

Van alle gevallen waarin de curator een beroep doet op art. 2:10 BW wordt 57% gehonoreerd. Van alle gevallen waarin hij art. 2:394 BW inroept slaagt 73%.<sup>[15]</sup>

Bij de bestudeerde uitspraken valt voorts op dat in *alle* gevallen waar een beroep op 2:10 BW werd gehonoreerd de bestuurder uiteindelijk ook aansprakelijk wordt gehouden voor het tekort.<sup>[16]</sup> Een geslaagd beroep op een deponeringsgebrek biedt de curator echter geen garantie op uiteindelijk succes. Van de 51 gevallen waarin de curator een beroep doet op lid 2, wordt de bestuurder 13 maal niet aansprakelijk gehouden voor het tekort, ondanks dat in 7 gevallen daarvan wel vastgesteld werd dat er een deponeringsgebrek was.

Vordering uitsluitend ogv lid 1	19
– curator verliest	9
– curator wint	8
– (nog) onbeslist	2
Vordering mede ogv lid 2	53
– curator verliest	13
– curator wint	38
– (nog) onbeslist	2
Beroep op 2:10	41
– waarvan gehonoreerd	24

– waarna bestuurder aansprakelijk	24
Beroep op 2:394	42
– waarvan gehonoreerd	30
– waarna bestuurder aansprakelijk	23
Derhalve: bestuurder niet aansprakelijk	22
– ondanks bewijsomkering ex 2:10	0
– ondanks bewijsomkering ex 2:394	7

Op grond hiervan heb ik dan ook de indruk dat de rechter de hiervoor (zie noot 12) aangehaalde opmerking van de minister in de Eerste Kamer ter harte lijkt te hebben genomen <sup>[17]</sup>: om tegenbewijs te leveren tegen de aannahme van kennelijk onbehoorlijk bestuur en het bewijsvermoeden dat door schending van de in art. 2:248 lid 2 BW bedoelde bepalingen ontstaat, is het voor een bestuurder aanzienlijk makkelijker zich tegen art. 2:394 BW te weer te stellen dan tegen art. 2:10 BW. Dit lijkt me overigens ook terecht. <sup>[18]</sup>

Dan resteert echter de vraag of het effect van lid 2 ook het *beoogde* effect is, namelijk het aanpakken van *misbruik*. Daartoe moeten waarschijnlijk nauwelijks te realiseren onderzoeksinspanningen worden verricht. <sup>[19]</sup> Wellicht kan er een antwoord worden verkregen door enerzijds te bekijken:

- het misbruik dat wordt aangepakt indien uitsluitend op basis van lid 1 en dus zonder toepassing van lid 2 een veroordelend vonnis wordt verkregen; dit geeft immers het beste aan wat door de rechter in materiële zin als kennelijk onbehoorlijk bestuur wordt beschouwd;

en door anderzijds te bekijken:

- in welke situaties van toepasselijkheid van lid 2 toch géén veroordelend vonnis wordt verkregen; dan moet immers sprake zijn van een situatie waarin het op basis van lid 2 vaststaande onbehoorlijk bestuur kennelijk geen belangrijke oorzaak van het faillissement

is.<sup>[20]</sup>

Daartussen zit een bestuurder in de gevarenzone.

Van misbruik (gedefinieerd als kennelijk onbehoorlijk bestuur dat een belangrijke oorzaak is van het faillissement) via de weg van uitsluitend lid 1 is sprake in onder meer de volgende situaties:

- *JOR 2001/84*: De bestuurder wist dat de vennootschap op grote schaal en gedurende langere tijd zeer riskante baisse-transacties aanging zonder daarvoor voldoende zekerheid te vragen.
- *JOR 2002/56*: Medewerking door de bestuurder aan abrupte ontvlechting van de dochtervennootschap onder vermindering van haar eigen solvabiliteit en liquiditeit met een verhoudingsgewijs uitzonderlijk hoog bedrag; medewerking aan dividenduitkering.
- *JOR 2004/226*: De bestuurder heeft de ondernemingen van failliet ontmanteld en de activa vrijwel om niet, overgedragen aan een bevriende partij.
- *JOR 2006/173*: Echtgenoot/feitelijk leidinggever van bestuurster/strofvrouw had niet als bestuurder mogen optreden in verband met een concurrentiebeding
- *JOR 2007/113*: Bestuurder is onderneming gestart en heeft deze jegens derden verplichtingen laten aangaan, terwijl de benodigde financiering niet was geregeld.
- *JOR 2008/10*: Ondanks sterke signalen voor het risico van 'overstretching', hebben bestuur en RvC gekozen voor verdere expansie zonder eerst de (zich later realiserende) risico's daarvan te onderzoeken.
- *JOR 2008/57*: De bestuurder liet jaar in jaar uit betalingen aan zichzelf verrichten die in relatie tot de omzet exorbitant waren ondanks de bij voortduring verliesgevende exploitatie van de vennootschap.
- *JOR 2008/347*: Afboekingen en creditering van facturen alle ten voordele van gelieerde vennootschappen. Geen enkele aanwijzing dat de bestuurder deugdelijk inhoud heeft gegeven aan zijn taak als bestuurder.

Geen misbruik werd vastgesteld, *ondanks* toepasselijkheid van lid 2,<sup>[21]</sup> in de volgende situaties, waarbij de rechter dus andere oorzaken van het faillissement zag dan vaststaand kennelijk onbehoorlijk bestuur:

- *JOR 2006/259*: Combinatie van marktomstandigheden en operationele en financiële afhankelijkheid van de failliete vennootschappen van het concern.
  
- *JOR 2008/29*: De brand die het bedrijfspand heeft verwoest en de daarop volgende weigering van de brandverzekeraar om de schade te vergoeden.
  
- *JOR 2008/186*: De tijd die de ontwikkeling van de plannen en het verkrijgen van vergunningen heeft genomen, gedurende welke de vennootschap geen inkomsten had maar wel veel kosten.
  
- *JOR 2008/194*: Het wegvallen van een grote opdrachtgever. Het meewerken aan een dividenduitkering is geen onbehoorlijke taakvervulling omdat de bestuurders werden bijgestaan door meerdere deskundigen die hen niet gewezen hebben op de risico's.
  
- *JOR 2009/47*: De vennootschap legde zich uitsluitend toe op deelnemingen in andere vennootschappen en die dochtervennootschappen leden verliezen. De tegenvallende financiële situatie van de aangekochte groep van vennootschappen en de ongunstige economische omstandigheden in de markt hebben ertoe geleid dat de lening die was verstrekt, niet meer werd afgelost. Hierop heeft de crediteur het faillissement aangevraagd.
  
- *JOR 2009/99*: Gelet op het feit dat het om een betrekkelijk jonge onderneming ging en gelet op de omvang van de schade, is aannemelijk dat de brand, respectievelijk de uitkeringsweigering door de verzekeraar, een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Niet aangenomen dat de bestuurder er rekening mee diende te houden dat de onderneming niet gedekt zou zijn tegen brandschade. De bestuurder is afgegaan op advies van juridische deskundige en heeft actie ondernomen om de schade te verhalen op de aansprakelijke partij.
  
- *JOR 2009/249*: Het onverwachte overlijden van de algemeen directeur, waardoor de aangesproken bestuurder als enige directeur overbleef; reorganisaties in het bedrijf, hetgeen kosten voor afvloeiingsregelingen heeft meegebracht; het vertrek van de (nieuwe) commerciële directeur, die een eigen concurrerend bedrijf heeft opgezet; grote problemen in

1996 in verband met garantieverplichtingen; een financiële tegenvaller als gevolg van schipbreuk van een schip met een voor de vennootschap bestemde container.

De (voorzichtige) conclusie lijkt gerechtvaardigd dat daadwerkelijk misbruiksituaties worden aangepakt.

### **Kennelijk onbehoorlijk bestuur als oorzaak**

Zo effectief als art. 2:248 BW blijkt te werken, zal ik in de volgende alinea's betogen waarom ik van mening ben dat de rechter bij lid 1 overigens er voor moet waken niet een te strenge maatstaf aan te leggen.

Naar mijn mening dient van bestuurdersaansprakelijkheid op de voet van art. 2:248 BW alleen sprake te zijn indien er sprake is van kennelijk onbehoorlijk *bestuur* en dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het is mijns inziens met name niet zo dat wanneer via art. 248 lid 1 BW een aantal bijzondere feiten en omstandigheden de rechter tot de conclusie brengen dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur, het ook diezelfde bijzondere feiten en omstandigheden moeten zijn die vervolgens aangemerkt moeten worden als een belangrijke oorzaak van het faillissement. Bij wijze van voorbeeld valt te denken aan paulianeuze handelingen. Paulianeuze handelingen dienen te worden teruggedraaid omdat ze de gelijkheid van de schuldeisers op onrechtmatige wijze hebben doorkruist voorafgaande aan het faillissement. Een standaard Kim/Emmerig-situatie<sup>[22]</sup> (die in vele faillissementen voorkomt) vindt plaats op een moment dat het faillissement eigenlijk onafwendbaar is. Deze kan dus moeilijk als een belangrijke oorzaak van het faillissement worden aangewezen: dat faillissement was immers al onafwendbaar. Indien de rechter op grond van dergelijke paulianeuze rechtshandelingen constateert dat sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur, dan dient die rechter zich naar mijn mening vervolgens af te vragen of het kennelijk onbehoorlijk bestuur als zodanig (en derhalve niet de specifiek daartoe aanleiding gegeven hebbende paulianeuze handelingen) een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het slot van lid 1 luidt niet voor niets: '(...) indien het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.' Mijns inziens slaat 'dit' onmiskenbaar terug op 'zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld' en dus niet op de specifieke feiten en omstandigheden.

Ik kan niet verhelen dat in lid 2 de formulering iets anders is: '(...) heeft het zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.' Hoewel ik voor dit verschil geen verklaring heb kunnen vinden in de wetsgeschiedenis, houd ik het erop dat deze uitvoerigere tekst van lid 2 een bevestiging is van het feit dat in lid 1 'dit' gelezen moet worden als 'onbehoorlijke taakvervulling'. Een andere

redenering zou ook tot een onaanvaardbaar groot verschil leiden tussen de situatie die ontstaat bij toepasselijkheid van art. 2:248 lid 1 respectievelijk lid 2 BW. Ieder weldenkende (insolventie)jurist zal immers inzien dat op zichzelf bezien het later dan na 13 maanden deponeren van een jaarrekening anderhalf of twee jaar nadien moeilijk aangemerkt kan worden als een belangrijke oorzaak van het faillissement. Vanzelfsprekend is dat niet het geval. De te late deponering leidt 'slechts' tot de vaststelling dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk *bestuur* en het is dat onbehoorlijk bestuur als zodanig (en uiteraard niet de te late deponering) dat aangemerkt moet worden als een belangrijke oorzaak van het faillissement,<sup>[23]</sup> daartegen mag de bestuurder dan andere belangrijke oorzaken aanvoeren. Zou in de situatie van art. 2:248 lid 1 BW de curator moeten aantonen dat de specifieke feiten die de rechter aanleiding hebben gegeven tot het vaststellen van kennelijk onbehoorlijk bestuur óók de specifieke belangrijkste oorzaak voor het faillissement zijn, dan zou derhalve een onaanvaardbaar groot verschil ontstaan met de voor de curator wel erg eenvoudige positie die ontstaat indien (al dan niet per ongeluk) de jaarrekening te laat is gedeponerd.

Het gaat in beide gevallen om een *symptoom* op grond waarvan tot kennelijk onbehoorlijk bestuur en vervolgens aansprakelijkheid wordt geconcludeerd. In lid 2 is dat symptoom het niet-deponeren of niet-administreren, in lid 1 is het symptoom één of meer specifieke feiten of gebeurtenissen. In beide gevallen is de 'ziekte' het kennelijk onbehoorlijk bestuur. Lid 2 is de handige snelle oorthermometer die binnen één seconde duidelijkheid geeft, lid 1 de oude zware kwikthermometer, die pas na zes keer schudden en 3 minuten onhandig liggen enig inzicht in de toestand van de patiënt gaf. Uiteraard is er het verschil in bewijslast: in lid 1 moet de curator aannemelijk maken dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is, terwijl in lid 2 de bestuurder in feite aannemelijk moet maken dat kennelijk onbehoorlijk bestuur géén belangrijke oorzaak is.

### **Samenvatting en conclusie**

Wetgever en Hoge Raad houden onverkort vast aan de bewijsvoordelen in geval van tekortkomingen in de administratie enerzijds en de deponering anderzijds (ondanks dat dat laatste in de literatuur niet onomstreden is). Curatoren maken daar ook veelvuldig gebruik van en boeken daarmee successen die zonder lid 2 aanzienlijk moeilijker te behalen zouden zijn geweest. In geval van een gebrekkige administratie leidt dat tot een 100% score; (uitsluitend) een te laat gedeponerde jaarrekening biedt slechts in de helft van de gevallen succes. Er lijkt wel degelijk misbruik te worden aangepakt, waarvan de bestrijding de wetgever destijds voor ogen stond. Zeker sinds het arrest *Van Schilt/Janssen q.q.* lijkt er geen onevenredig nadeel voor de bestuurders voort te vloeien uit de bewijslastomkering.

Art. 2:248 BW draagt daarmee per saldo bij aan de verbetering van misbruikbestrijding die de wetgever destijds voor ogen stond.

## Voetnoot

[1]

Gelieve dit artikel aan te halen als: Ph.W. Schreurs, 'De thermometer van het kennelijk onbehoorlijk bestuur. Een onderzoek naar de effectiviteit van art 2:248/138 lid 1 en 2 BW', *TvI* 2011/11. Flip Schreurs is advocaat bij Boels Zanders Advocaten te Maastricht.

[2]

*Kuper q.q./Van Tuyl & Ob Nummos* (hetgeen veelzeggend genoeg 'Om de centen' betekent...), Hof Arnhem (zittingsplaats Leeuwarden) 22 juni 2010, *JOR* 2010/261.

[3]

*TVI* 2009/5, p. 145 e.v., J.E. Brink-van der Meer, 'Artikel 2:138-248 BW: Een loterij? Recente ontwikkelingen in jurisprudentie.' In haar bijdrage beschrijft zij onder meer de soms zeer verschillende vonnissen die worden gewezen op ogenschijnlijk feitelijk vergelijkbare situaties, waardoor dergelijke procedures volgens haar soms 'één grote gok' worden.

[4]

Omwille van de eenvoud verwijs ik in dit artikel verder uitsluitend naar art. 2:248 BW, waarop overigens ook het overgrote deel van de rechtspraak betrekking heeft. Lid 1 luidt: 'In geval van faillissement van de vennootschap is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.'

[5]

Er worden in de praktijk veel verschillende termen gebruikt. Gebruikelijk zijn de termen kennelijk onbehoorlijk bestuur (of k.o.b.), kennelijk onbehoorlijke taakvervulling (hetgeen de eigenlijke wettelijke term is), onbehoorlijk bestuur of wanbeleid. In dit artikel zal veelal de term kennelijk onbehoorlijk bestuur worden gehanteerd.

[6]

Dit betekent dat ook de boedelkosten, waaronder begrepen de boedelvordering van UWV en de kosten en honorarium van de curator tot die schade behoren.

[7]

Tot voor kort leek het bij oppervlakkige beschouwing of de bestuurder daarmee in een nagenoeg onmogelijke positie verkeerde ten opzichte van de curator. Sinds de arresten *Van Schilt/Janssen q.q.* (HR 20 oktober 2006, *JOR* 2006/288) en *Blue Tomato* (HR 30 november 2007, *JOR* 2008/29) is echter duidelijk dat de bestuurder een andere oorzaak van het faillissement dan zijn eigen kennelijk onbehoorlijk bestuur slechts aannemelijk hoeft te maken: de curator is dan weer met stel- en bewijsplicht belast ten aanzien van de vraag of kennelijk onbehoorlijk bestuur mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Ik zou dit de 'bewijslast-pendule' willen noemen, die heen en weer slingert tussen de curator en de bestuurder.

[8]

Zie concl. A-G par. 3.3-3.13 bij *Van Schilt/Janssen q.q.*

[9]

Bron: *Financieel Dagblad* 25 maart 2010. Enige (zij het: zeer beperkte) statistische relevantie valt wellicht te ontleen aan het gegeven dat wij bij een telling van de op ons kantoor in behandeling zijnde faillissementen vaststelden dat in ruim de helft van de gevallen er niet of niet tijdig bleek te zijn gedeponereerd. Dat is substantieel meer dan bij de niet gefailleerde BV's en suggereert derhalve een verband tussen het niet deponeren en het faillissement.

[10]

*Kamerstukken II* 16 631, nr. 27b, p. 9; *Kamerstukken I* 16 631, nr. 27b, p. 13.

[11]

'Waarvan de naleving zowel voor de rechtspersoon zelf als voor degenen die met haar handelen van niet te onderschatten betekenis is', stelde de minister zelfs (*Kamerstukken I* 16 631, nr. 27b, p. 13).

[12]

*Kamerstukken I* 16 631, nr. 27b, p. 13.

[13]

Met dank aan Bert Fastré die als student-stagiaire bij het jurisprudentie-onderzoek onmisbare hulp heeft verleend.

[14]

Een aantal zaken is in meerdere instanties gepubliceerd, die allen meegenomen zijn in het onderzoek. Uitspraken die uitsluitend relevant zijn voor andere onderdelen van art. 2:248 BW, alsmede uiteraard de overige procedures inzake bestuurdersaansprakelijkheid (met name art. 2:9 en 6:162 BW) vinden geen plaats in het overzicht.

[15]

In een aantal uitspraken krijgt de rechtbank verwijten ten aanzien van de deponeringsverplichting én de administratieverplichting te behandelen. Het is enigszins onbevredigend dat de rechter in zes gevallen na een gehonoreerd deponeringsgebrek de administratieverplichting (mijns inziens toch de 'belangrijkere') verder onbesproken laat.

[16]

Los van eventuele matiging.

[17]

Andere verklaringen zijn uiteraard denkbaar.

[18]

Uit de praktijk is mij wel bekend dat curatoren met een 'lege' boedel in geval van uitsluitend een te laat gedeponeerde jaarrekening art. 2:248 lid 2 BW gebruiken om een 'schikking' te forceren. Daaraan moet niet eenvoudig worden toegegeven. Rechters-commissaris hebben daartegen recentelijk dan ook bezwaar gemaakt door aan te geven dat niet uitsluitend op basis van het bewijsvermoeden uit hoofde van schending van art. 2:394 BW toestemming zal worden gegeven.

[19]

Daartoe zou immers eerst langs forensische weg moeten worden bepaald of in concrete situaties sprake is geweest van misbruik van vennootschappen in objectieve zin, dat wil zeggen of er sprake is geweest van belastingontduiking, doelbewuste benadeling van crediteuren e.d. Deze vaststelling zou dan gelegd moeten worden langs de door de rechter vastgestelde feitelijke gang

van zaken. In zaken waarin lid 2 met succes toegepast wordt, wordt echter verrassend weinig aandacht aan eventuele feitelijke blijken van onbehoorlijk bestuur gegeven. De verklaring ligt voor de hand: de curator heeft in die gevallen minder noodzaak ze te stellen; de bestuurder evenmin, omdat die zich concentreert op 'andere' oorzaken.

[20]

Vanzelfsprekend is in de rechtspraak na *Van Schilt/Janssen* q.q. een toename te signaleren van deze vervolgstap. Zeven bestuurders slagen erin alsnog geheel onder bestuurdersaansprakelijkheid uit te komen doordat zij een andere belangrijke oorzaak dan hun eigen kennelijk onbehoorlijk bestuur weten aan te wijzen.

[21]

Zoals hiervoor reeds aangegeven is daarvan alleen maar sprake in samenhang met art. 2:394 BW.

[22]

De situatie derhalve waarin een actief vóór faillissement voor een reële prijs wordt verkocht aan een schuldeiser die de koopsom (al dan niet gedeeltelijk) verrekent met een opeisbare vordering.

[23]

In *JOR* 2003/83 bestond er naar het oordeel van Rb. Roermond 'in de gegeven omstandigheden tussen het niet deponeren van de jaarstukken over 1997 en het faillissement geen oorzakelijk verband'; een dergelijk oorzakelijk verband bestaat er mijns inziens nooit.