

ANNOTATIE

# Onnodige acrobatiek voor een aansprakelijk circus

*M. Mussche*

*Annotatie bij Rechtbank Rotterdam, 19-12-2012,  
ECLI:NL:RBDOR:2012:BY7080 (OR-2013-0011)*

## 1. Feitelijke achtergrond

Circus Althoff is een private limited company naar Engels recht, die opereerde op het Nederlandse grondgebied en daar vennootschapsbelastingplichtig was. Op 19 oktober 2010 heeft de rechtbank te Dordrecht Circus Althoff failliet verklaard. De enige bestuurder van Circus Althoff was Althoff Beheer, eveneens een Engelse limited, welke op zijn beurt werd bestuurd door de natuurlijke persoon X. De te bespreken uitspraak gaat over de aansprakelijkheid voor het boedeltekort van Althoff Beheer en een lokale manager van Circus Althoff, verder te noemen Y, en de persoonlijke aansprakelijkheid van de indirecte bestuurder X.

## 2. Geen aansprakelijkheid van de bestuurder

De curator van Circus Althoff heeft de indirecte bestuurder X aansprakelijk gesteld voor de door de schuldeisers van Circus Althoff geleden schade op grond van art. 6:162 BW. De grond van de aansprakelijkstelling is, kort gezegd, dat X heeft bewerkstelligd of toegelaten dat Circus Althoff haar verplichtingen niet is nagekomen (de welbekende norm uit het arrest Ontvanger/Roelofsen (HR 8 december 2006, NJ 2006, 659)). Hoewel Circus Althoff de administratie- en publicatieplicht had geschonden (zie hierna), heeft de curator ten aanzien van X niet gepoogd gebruik te maken van de daaraan verbonden bewijsficties van art. 2:138 BW. De reden hiervoor ligt voor de hand: X is niet de directe, maar de indirecte bestuurder van Circus Althoff. Omdat Circus Althoff geen in boek 2 BW geregelde rechtspersoon is, is de

doorbraakbepaling van art. 2:11 BW niet van toepassing. Aansprakelijkheid van Althoff Beheer op grond van art. 2:138 BW zou dus niet kunnen leiden tot aansprakelijkheid van X. Daarom moest X rechtstreeks worden aangesproken. Deze aansprakelijkstelling verliep niet succesvol. De rechtbank oordeelde dat niet is voldaan aan de norm uit Ontvanger/Roelofsen, omdat, zelfs indien X op de hoogte zou zijn geweest van de financiële situatie van Circus Althoff, die enkele wetenschap niet worden aangemerkt als een zodanig onzorgvuldig handelen dat hem een ernstig persoonlijk verwijt valt te maken.

### **3. Aansprakelijkstelling van het circus en diens manager**

De aansprakelijkstelling van Circus Althoff en manager Y wordt wel gebaseerd op art. 2:138 BW. Deze bepaling is als hoofdregel weliswaar slechts toepasselijk op bestuurders in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen, maar art. 10:121 lid 1 BW (het vroegere art. 5 Wet conflictenrecht corporaties) bepaalt expliciet dat deze bepaling ook van toepassing is op bestuurders van buitenlandse vennootschappen. Het artikel bevat bovendien de volgende zinsnede: "Als bestuurders zijn eveneens aansprakelijk degenen die met de leiding van de in Nederland verrichte werkzaamheden zijn belast." Op deze grond heeft de curator getracht manager Y onder het toepassingsbereik van art. 2:138 BW te brengen. Die poging slaagt: de rechtbank overwoog dat Y als 'lokale manager' feitelijk de leiding had over Circus Althoff in Nederland. Het had volgens de rechtbank op de weg van Y gelegen om feiten en omstandigheden aan te voeren waaruit zou blijken dat de leiding van het circus bij (een) ander(en) lag. Y heeft dit nagelaten.

Tot zover is er weinig opmerkelijks onder de zon. Bij de volgende stap in de redenering van de rechtbank – het optuigen van aansprakelijkheid van Althoff Beheer en Y ex art. 2:138 BW – wordt het interessant. De curator wenste gebruik te maken van de bewijsvermoedens van art. 2:138 lid 2 BW. Daartoe voerde hij aan dat X Beheer niet heeft voldaan aan de publicatieplicht van art. 2:394 BW en evenmin aan de administratieplicht van art. 2:10 BW, inhoudende dat de rechtspersonen "op zodanige wijze een administratie [dienen] te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en gegevensdragers op zodanige wijze [dienen] te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend." Als de curator in dit bewijs zou slagen, dan zou de onbehoorlijke taakvervulling vaststaan en bovendien worden vermoed dat deze een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Circus Althoff.

De rechtbank overwoog hieromtrent dat art. 2:394 BW en 2:10 BW, vanwege de in Nederland gehuldigde incorporatieleer, niet van toepassing zijn op Circus Althoff. De rechtbank vervolgt echter met de overweging dat, zoals door de curator aangevoerd, art. 3:15i BW wel op buitenlandse vennootschappen van toepassing is. De wetgever heeft dat inderdaad expliciet

bepaald: “Volgens dit wetsartikel [rechtbank: lees 3:15i BW] is een ieder die een bedrijf of zelfstandig een beroep uitoefent, verplicht van zijn vermogenstoestand en van alles betreffende zijn bedrijf of beroep, naar de eisen van dat bedrijf of beroep, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde zijn rechten en verplichtingen kunnen worden gekend. In het algemeen kan worden gesteld dat deze bepaling ook geldt voor buitenlandse rechtspersonen voorzover zij in Nederland een bedrijf uitoefenen.” (MvA Kamerstukken II 1992-1993, nr. 6 p. 2)

Vervolgens stelt de rechtbank vast dat van een deugdelijke administratie geen sprake was, omdat Althoff Beheer en Y onvoldoende hebben weersproken dat op de faillissementsdatum van Circus Althoff de rechten en verplichtingen niet uit de administratie waren af te leiden en een redelijk inzicht in de vermogenspositie van Circus Althoff ontbrak. Daarmee kon de gebruikelijke beoordeling van de administratie door een accountant achterwege worden gelaten (zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 2 december 1991, *NJ* 1993, 713 en Rb. Maastricht 22 augustus 1996, *JOR* 1997, 4). Noemenswaardig is de onderbouwing van de schending van de administratieplicht door de rechtbank: het feit dat Y heeft verklaard dat hij zich nooit met de administratie heeft bemoeid en hij er niets vanaf weet, wordt in aanmerking genomen bij het oordeel dat art. 3:15i BW is geschonden. Dat lijkt mij niet juist: Y's betrokkenheid bij de administratie, of de afwezigheid daarvan, zegt op zichzelf uiteraard niets over de deugdelijkheid daarvan.

#### **4. Art. 3:15a ingelezen in art. 2:138 lid 2 BW**

De volgende stap in de redenering van de rechtbank is de meest opmerkelijke van dit vonnis: "Nu de terminologie van de verplichting in artikel 3:15i BW dezelfde is als die in artikel 2:10 BW en gezien in het licht van artikel 10:121 BW is de rechtbank van oordeel dat als vast zou komen te staan dat niet is voldaan aan de verplichting om een administratie te voeren als bedoeld in artikel 3:15i BW, daaraan de conclusie dient te worden verbonden dat evenmin aan de boekhoudverplichting uit artikel 2:10 BW is voldaan." Gezien de wetsgeschiedenis van art. 3:15i BW en art. 2:10 BW – beide bepalingen komen voort uit de boekhoudverplichting van het voormalige art. 6 WvK – kan inderdaad geconcludeerd worden dat beide bepalingen inhoudelijk hetzelfde willen bewerkstelligen (zie uitgebreid: C.M. Harmsen, 'Artikel 2:10 BW: een vreemde eend in de 10 jaar NBW bijt', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 77-91). Echter, het feit dat art. 2:10 BW materieel beschouwd is overtreden, betekent niet dat daar ook rechtsgevolgen aan verbonden kunnen worden. Een bepaling die niet van toepassing is op een rechtssubject, kan immers niet door dat rechtssubject worden overtreden.

Inhoudelijk zijn er mijns inziens desalniettemin goede argumenten voor de benadering van de rechtbank. Het is immers niet verdedigbaar dat een buitenlandse vennootschap die in Nederland actief is niet aan dezelfde standaarden hoeft te voldoen dan Nederlandse vennootschappen. De wetgever heeft dat kennelijk ook gemeend, want art. 5 lid 1 Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen ("Wfbv") luidt: "Onverminderd het tweede lid is op een formeel buitenlandse vennootschap artikel 10 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek van overeenkomstige toepassing. De daarin bedoelde verplichtingen rusten op de bestuurders van de vennootschap." Deze bepaling doet de volgende vraag rijzen: had de rechtbank Dordrecht het zichzelf niet eenvoudiger kunnen maken door aan de hand van deze bepaling te overwegen dat de bewijsvermoedens van art. 2:138 BW van toepassing waren?

## 5. Eerdere jurisprudentie

Het antwoord op deze vraag zou volgens mij bevestigend moeten zijn en is bovendien al eens bevestigend geweest. Het is namelijk niet de eerste keer dat wordt geoordeeld over het wettelijke bewijsvermoeden van art. 2:138 BW ten aanzien van buitenlandse vennootschappen. In 2006 oordeelde de Rechtbank Rotterdam, net als de Rechtbank Dordrecht in deze zaak, dat art. 3:151 BW voor de toepassing van art. 2:138 lid 2 BW gelijkgesteld kan worden aan art. 2:10 BW (Rb. 29 nov. 2006, *JOR* 2007, 36). In 2005 lag een vergelijkbare zaak al eens voor bij de Rechtbank Arnhem (Rb. Arnhem 13 april 2005, *JOR* 2005, 141). Zij oordeelde dat het Engelse recht ter zake van het voorhanden en toegankelijk zijn van een deugdelijke financiële administratie in de Companies Act 1989 vergelijkbare voorschriften kent als art. 2:10 BW. Omdat aan die voorschriften niet was voldaan, kwam de rechtbank op grond van art. 2:138 lid 2 BW tot het oordeel dat sprake was van onbehoorlijk bestuur. In 2005 had de Rechtbank Rotterdam ook al eens over deze problematiek geoordeeld (Rb. Rotterdam 4 mei 2005, *JOR* 2005, 205). Ook in deze zaak werd onbehoorlijke taakvervulling aangenomen op grond van art. 2:138 BW (Rb. Rotterdam 4 mei 2005, *JOR* 2005, 205). Daarvoor werd de volgende argumentatie gebruikt: "Naar het oordeel van de rechtbank blijft artikel 5 lid 1 van de Wfbv [...] binnen de kaders voor de toepassing van nationaal recht op buitenlandse vennootschappen, zoals die zijn gesteld in het Inspire Art arrest (HJvEG 30 september 2003, NJ 2004, 394). De boekhoudplicht van artikel 2:10 BW is immers in overeenstemming met c.q. een uitwerking van de op het terrein van het vennootschapsrecht tot stand gekomen Europese richtlijnen, die ook geacht worden in het Engelse recht te zijn geïmplementeerd." Deze redenering via art. 5 lid 1 Wfbv verdient mijns inziens de voorkeur. De oplossing over de band van art. 3:151 BW is namelijk onnodig en bovendien in strijd met de tekst van art. 2:138 lid 2 BW. Voor de uitkomst van het geschil maakt een en ander uiteraard geen verschil. Het is dan ook zeer de vraag of deze zaak een vervolg krijgt.