

ANNOTATIE

‘The Law BV’: heeft het bewijsvoordeel in artikel 2:138 lid 2/248 lid 2 BW zijn langste tijd gehad?

C. de Groot

Annotatie bij Hoge Raad, 12-02-2016, ECLI:NL:HR:2016:233 (OR-2016-0062, INS-2016-0084)

Op 12 februari 2016 heeft de Hoge Raad een uitspraak gedaan in een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure op grond van artikel 2:248 lid 2 BW. Uit de uitspraak komt naar voren dat het bewijsvoordeel dat de curator aan artikel 2:248 lid 2 BW kan ontlenen veel van zijn betekenis heeft verloren.

1 Inleiding

Op 12 februari 2016 heeft de Hoge Raad, in een cassatieberoep dat was ingesteld tegen een uitspraak van het Gerechtshof Den Haag van 1 juli 2014, een uitspraak gedaan in een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure op grond van artikel 2:248 van het Burgerlijk Wetboek (BW).[1] De Hoge Raad heeft het arrest van het hof, waarbij de bestuurder (hierna: L) van The Law BV werd veroordeeld tot betaling van het boedeltekort, vernietigd. In de uitspraak van de Hoge Raad staat artikel 2:248 lid 2 BW centraal. Artikel 2:138 lid 1/248 lid 1 BW bepaalt dat de bestuurders van een naamloze vennootschap en een besloten vennootschap in geval van faillissement van de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het boedeltekort (faillissementstekort), indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat deze kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De hier bedoelde kennelijk onbehoorlijke taakvervulling wordt vaak afgekort als KOB (kennelijk onbehoorlijk bestuur). De 138/248-vordering wordt ingesteld door de in het faillissement van de vennootschap benoemde

curator. Op de curator ligt dan ook de bewijslast van artikel 2:138 lid 1/248 lid 1 BW. In dit verband komt artikel 2:138 lid 2/248 lid 2 BW de curator in vergaande mate tegemoet door een bewijslastomkering in het leven te roepen in het geval dat het bestuur van de failliete vennootschap niet heeft voldaan aan de verplichtingen van artikel 2:10 en/of 2:394 BW. Artikel 2:10 BW verplicht het bestuur een deugdelijke administratie te voeren (de administratieplicht) en artikel 2:394 BW verplicht het bestuur onder meer de jaarrekening uiterlijk twaalf (voorheen: dertien) maanden na afloop van het boekjaar van de rechtspersoon te publiceren (de publicatieplicht). Bij schending van artikel 2:10 en/of 2:394 BW geldt op grond van artikel 2:138 lid 2/248 lid 2 BW dat (1) het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, en (2) wordt vermoed dat dit KOB een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het eerste is een 'onweerlegbaar' bewijsvermoeden: door het niet voldoen aan artikel 2:10 en/of 2:394 BW staat onweerlegbaar vast dat het bestuur zijn taak over de volle breedte (dus breder dan alleen door het niet voldoen aan art. 2:10 en/of 2:394 BW) kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, en een aangesproken bestuurder heeft niet de mogelijkheid (te proberen) dat vermoeden te weerleggen. Het gaat hier om een verondersteld (geabstraheerd) KOB door het bestuur dat vermoed wordt aanwezig te zijn, ook wanneer het enige verwijt dat aan het bestuur kan worden gemaakt erin bestaat dat het niet heeft voldaan aan artikel 2:10 en/of 2:394 BW.[2] Het tweede is een 'weerlegbaar' bewijsvermoeden: er geldt een vermoeden dat het faillissement in belangrijke mate is veroorzaakt door het veronderstelde (geabstraheerde) KOB dat over de volle breedte vaststaat, maar een aangesproken bestuurder kan dat vermoeden (proberen te) weerleggen.

Al met al geldt dat artikel 2:138 lid 2/248 lid 2 BW de aangesproken bestuurder ertoe dwingt zijn heil te zoeken in het aantonen dat andere feiten of omstandigheden dan zijn KOB tot het faillissement van de vennootschap hebben geleid. Het KOB staat immers onweerlegbaar vast en de bestuurder kan daar niet aan tornen. Zoals de Hoge Raad het formuleert in zijn arrest van 30 november 2007 (Blue Tomato):[3]

'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 (...). 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.’ (r.o. 3.4)

Ook de uitspraak van de Hoge Raad over The Law BV gaat over artikel 2:138 lid 2/248 lid 2 BW. L voerde in deze zaak twee andere oorzaken aan die tot het faillissement van The Law BV zouden hebben geleid: dat The Law BV hoofdelijk aansprakelijk bleek te zijn voor de schulden uit een huurovereenkomst in plaats van (zoals L had verondersteld) slechts gedeeltelijk, en dat de tegenvallende omzetten van een andere BV (waarmee The Law BV in een maatschap was verbonden) erin hadden geresulteerd dat The Law BV die huurschulden volledig moest betalen. Van beide oorzaken viel L naar zijn mening geen ernstig verwijt te maken. De Hoge Raad ging daarin mee. De uitspraak van de Hoge Raad is becommentarieerd door Dumoulin-Siemens en Harmsen. Dumoulin-Siemens plaatst de uitspraak tegen de achtergrond van de bestaande jurisprudentie: het onweerlegbare vermoeden van artikel 2:138 lid 2/248 lid 2 BW kan in zoverre toch worden bestreden dat ‘de bestuurder (...) aannemelijk mag maken dat er ten aanzien van de door de bestuurder zelf aangevoerde oorzaak van het faillissement geen sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling’.[4] Ook Harmsen plaatst de uitspraak van de Hoge Raad tegen de achtergrond van de bestaande jurisprudentie: ‘Uit de uitspraak wordt wederom duidelijk volgens welk stappenplan moet worden beslist wanneer het gaat om het weerleggen van het causale vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW indien men zich verweert met een van buiten komende oorzaak.’ Dit stappenplan verloopt als volgt: de curator beroept zich op artikel 2:138 lid 2/248 lid 2 BW, de bestuurder voert een andere, van buiten komende, oorzaak dan KOB aan die tot het faillissement heeft geleid, de curator geeft aan dat de bestuurder van die andere externe oorzaak een ernstig verwijt valt te maken, de bestuurder heeft de mogelijkheid aan te tonen dat het intreden van die andere externe oorzaak geen KOB was.[5] Deze analyses zijn alleszins juist, maar de uitspraak van de Hoge Raad over The Law BV lijkt tegelijkertijd toch een nieuw licht op artikel 2:138 lid 2/248 lid 2 BW te werpen. In deze zaak voerde de bestuurder niet volledig van buiten komende alternatieve oorzaken aan die tot het faillissement van The Law BV hadden geleid. De beide oorzaken die L aanvoerde, waren zozeer verweven met de manier waarop L zijn bestuurstaak had vervuld, dat ze niet externe oorzaken waren, maar te maken hadden met de wijze waarop L invulling had gegeven aan zijn bestuurstaak. L voerde in wezen aan dat hem op het punt van de vervulling van zijn bestuurstaak geen ernstig verwijt kon worden gemaakt, zodat het faillissement geen gevolg was van KOB. Daarmee stelde L het KOB als zodanig ter discussie, hoewel artikel 2:138 lid 2/248 lid 2 BW die discussie onmogelijk probeert te maken door uit te gaan van een onweerlegbaar vermoeden dat sprake is van KOB. Doordat de Hoge Raad de bestuurder die was aangesproken op grond van artikel 2:248 lid 2 BW wel de mogelijkheid gaf het KOB als zodanig ter discussie te stellen, verliest het bewijsvoordeel dat de curator kan ontlenen aan artikel 2:138 lid 2/248 lid 2 BW veel van zijn betekenis.

Hierna komt in paragraaf 2 het feitencomplex rond The Law BV aan de orde. Paragraaf 3 gaat in op de uitspraken van het Hof Den Haag en van de Hoge Raad. Paragraaf 4 bevat een conclusie.

2 Feitencomplex

B BV en C BV waren besloten vennootschappen waarbinnen de advocatuur werd uitgeoefend. Medio 2007 zijn B BV en C BV een overeenkomst van maatschap aangegaan. Het was niet de bedoeling dat B BV en C BV een gezamenlijke advocatenpraktijk zouden gaan voeren. De maatschap was een kostenmaatschap die als doel had kosten te drukken. Een belangrijke kostenpost die omlaag gebracht kon worden, was het gezamenlijk huren van kantoorruimte. Binnen B BV oefende L het beroep van advocaat uit. L was ook de bestuurder van B BV. In oktober 2008 is de naam van B BV gewijzigd in The Law BV. Eind 2008 is de maatschap tussen (inmiddels) The Law BV en C BV ontbonden. L heeft zijn advocatenpraktijk voortgezet in een andere BV (F BV).

Medio 2007 was de maatschap een huurovereenkomst aangegaan met B/E Holding BV met betrekking tot een kantoorpand in Rotterdam. Na de ontbinding van de maatschap is F BV de kantoorruimte blijven gebruiken. Maar F BV heeft vanaf januari 2009 aan B/E Holding BV slechts de helft van de huurprijs betaald. L meende dat dit zo kon, omdat de huurovereenkomst was gesloten door de maatschap, waarbij de onderlinge afspraak gold dat (toen nog) B BV en C BV hun gezamenlijke kosten gelijkkelijk zouden verdelen, en omdat dit ook voortvloeide uit het maatschapsrecht, dat niet is gebaseerd op hoofdelijke aansprakelijkheid maar op (proportionele) aansprakelijkheid voor gelijke delen (art. 7A:1679 en 7A:1680 BW). In mei 2010 heeft B/E Holding BV een vordering ingesteld tegen The Law BV tot betaling van het niet-betaalde deel van de huursommen. In januari 2011 heeft de kantonrechter beslist dat The Law BV op grond van de algemene voorwaarden die bij de huurovereenkomst hoorden hoofdelijk aansprakelijk was voor de verbintenissen uit de huurovereenkomst. Vervolgens is The Law BV in maart 2011 op eigen aangifte failliet verklaard. De curator in het faillissement van The Law BV heeft een vordering ingesteld tegen L tot betaling van het boedeltekort van The Law BV. Deze vordering was primair gebaseerd op artikel 2:248 BW en subsidiair op artikel 6:162 BW. Wat betreft de vordering op grond van artikel 2:248 BW beriep de curator zich op artikel 2:248 lid 2 BW, omdat de jaarrekening van The Law BV over het jaar 2008 te laat was gepubliceerd. De Rechtbank Rotterdam heeft de vordering van de curator tegen L afgewezen, maar het Hof Den Haag heeft de vordering van de curator tegen L toegewezen.

3 Het Hof Den Haag en de Hoge Raad over The Law BV

Het Hof Den Haag is ingegaan op de twee argumenten die L aanvoerde om aannemelijk te maken dat het faillissement van The Law BV niet het gevolg was van zijn KOB. Als eerste argument voerde L aan dat zijn veronderstelling dat The Law BV slechts proportioneel en niet hoofdelijk aansprakelijk was voor de betaling van de huursommen aan B/E Holding BV 'weliswaar onjuist', maar 'verontschuldigbaar' was. Het hof verwierp dit argument:

'[L] had zich (...) behoren te realiseren dat een afspraak tussen The Law en [C BV] tot verdeling bij helfte van de kosten van de door hen in het kader van de individueel uit te oefenen praktijk van advocaat, voor de rechtsverhouding tot [B/E Holding BV] niet beslissend behoefde te zijn. Ditzelfde geldt ten aanzien van de door [L] gestelde regel, inhoudende dat maten in beginsel slechts aansprakelijk zijn voor hun eigen deel. In de rechtsverhouding van de maatschap tot derden kan immers een daarvan afwijkende verdeling zijn afgesproken. Van [L] had in ieder geval verwacht mogen worden dat hij zich hieromtrent bij [B/E Holding BV] nader had geïnformeerd. Dit geldt temeer, waar vanaf 1 januari 2009 in ieder geval een gedeelte van het gehuurde bij [L], althans bij The Law, in gebruik was.' (r.o. 9)

De redenering van het hof komt er dus op neer dat, voor zover de oorzaak van het faillissement de voor L onverwachte hoofdelijke aansprakelijkheid van The Law BV was, L daaromtrent een verwijt viel te maken, zodat het intreden van die oorzaak toch een gevolg was van KOB van L.

Als tweede argument voerde L aan dat het faillissement van The Law BV was veroorzaakt door tegenvallende resultaten van C BV, waarin L geen inzicht had omdat een andere advocaat (waarschijnlijk: de advocaat die binnen C BV de advocatuur uitoefende) zich bezighield met de gezamenlijke financiële aangelegenheden. Het hof verwierp ook dit argument:

'Voor zover een teruglopende omzet van [C BV] heeft geleid tot het faillissement, heeft [L] evenmin aannemelijk gemaakt dat deze omstandigheid en niet de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Met [C BV] was [L] immers als bestuurder van aanvankelijk [B BV] en nadien The Law een kostenmaatschap aangegaan, zodat mag worden aangenomen dat [L] in ieder geval feitelijk zicht had, althans kon hebben, op de financiële positie van [C BV], te meer waar de inkomsten van beide vennootschappen binnen kwamen op één kantoorrekening.' (r.o. 10)

De redenering van het hof houdt dus in dat, voor zover de oorzaak van het faillissement de tegenvallende resultaten van C BV waren, L daaromtrent een verwijt viel te maken, zodat het intreden van die oorzaak toch een gevolg was van KOB van L.

De beide argumenten die L aanvoerde om aannemelijk te maken dat het faillissement van The Law BV niet het gevolg was van zijn KOB, zijn ook in cassatie aan de orde gekomen. De Hoge

Raad heeft deze argumenten totaal anders beoordeeld dan het hof had gedaan. Over het eerste argument (de voor L onverwachte hoofdelijke aansprakelijkheid van The Law BV) overwoog de Hoge Raad:

‘[de] overwegingen van het hof [weerleggen] echter nog niet het in die stellingen besloten liggende standpunt dat niet kan worden gezegd dat [L] heeft gehandeld zoals geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zou hebben gehandeld. Uit de overwegingen van het hof volgt immers niet dat [L] (...) niet in redelijkheid het standpunt heeft kunnen innemen dat The Law BV voor slechts de helft van de met [B/E Holding BV] overeengekomen huurprijs aansprakelijk was (zoals bijvoorbeeld wél het geval zou zijn indien [L] beschikte over concrete aanwijzingen dat zijn standpunt niet juist was).’ (r.o. 3.6.2)

De Hoge Raad oordeelt hier in wezen dat de voor L onverwachte hoofdelijke aansprakelijkheid van The Law BV, die tot het faillissement van The Law BV heeft geleid (omdat The Law BV niet aan haar financiële verplichtingen kon voldoen), hoewel wellicht verwijtbaar, niet zo verwijtbaar was dat kon worden gesproken van KOB van L.

Over het tweede argument (de tegenvallende resultaten van C BV) overwoog de Hoge Raad:

‘Het oordeel van het hof komt erop neer dat, ervan uitgaande dat de teruglopende omzet van [C BV] een belangrijke oorzaak van het faillissement van The Law BV is geweest, [L] ook in dat verband een verwijt van onbehoorlijke taakvervulling kan worden gemaakt omdat hij feitelijk zicht had – of kon hebben – op de financiële positie van [C BV]. Dit oordeel is zonder nadere motivering onbegrijpelijk. Van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling is pas sprake indien geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld (...). Zonder motivering, die ontbreekt, valt niet in te zien hoe de enkele omstandigheid dat [L] zicht had of kon hebben op de financiële positie van [C BV], het oordeel kan dragen dat [L] onbehoorlijke taakvervulling kan worden verweten met betrekking tot de omstandigheid dat de teruglopende omzet bij [C BV] oorzaak is geweest van het faillissement van The Law BV. Daaruit volgt immers nog niet dat [L] aanleiding had om attent te zijn op een teruglopende omzet van [C BV] of in dit verband actie had kunnen en moeten ondernemen.’ (r.o. 3.5.2)

De Hoge Raad wees er in dit verband op dat van belang was dat L in feitelijke instantie had aangevoerd dat hij er in 2007 niet aan hoefde te twijfelen dat C BV aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen, er vanuit C BV geen signalen kwamen dat die vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen, L in 2008 de advocaat die binnen C BV het beroep van advocaat uitoefende, was gaan controleren (door de uurstaten na te gaan) en die advocaat was gaan aanspreken op zijn gedrag, en L uiteindelijk de deken van de plaatselijke Orde van

Advocaten had benaderd over die advocaat.

Ook hier oordeelt de Hoge Raad in wezen dat aan L wellicht een verwijt kon worden gemaakt dat de tegenvallende resultaten van C BV tot het faillissement van The Law BV hebben geleid (omdat The Law BV niet aan haar financiële verplichtingen kon voldoen), maar dat niet van een zodanig verwijt kon worden gesproken dat sprake was van KOB van L.

4 Conclusie

Wanneer de curator de vordering tot betaling van het boedeltekort baseert op artikel 2:138 lid 1/248 lid 1 BW ligt de bewijslast op de curator. De curator moet aantonen dat sprake is van KOB en aannemelijk maken dat dit KOB een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De aangesproken bestuurder kan dan onder meer aanvoeren dat hem in het geheel geen verwijt valt te maken of dat hem wel een verwijt valt te maken, maar geen ernstig verwijt. In beide gevallen is geen sprake van KOB. Wanneer de curator de vordering tot betaling van het boedeltekort baseert op artikel 2:138 lid 2/248 lid 2 BW ligt de bewijslast op de bestuurder. De bestuurder moet aantonen dat andere feiten en omstandigheden dan zijn KOB een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement. Uitgangspunt van artikel 2:138 lid 2/248 lid 2 BW is dat de bestuurder niet kan aanvoeren dat geen sprake is van KOB: dat KOB staat immers vast. Maar uit de uitspraak van de Hoge Raad over The Law BV lijkt naar voren te komen dat de bestuurder in de context van artikel 2:138 lid 2/248 lid 2 BW toch kan aanvoeren dat hij in de uitoefening van zijn bestuurstaak weliswaar aan hem verwijtbare fouten heeft gemaakt, maar dat die fouten niet zodanig ernstig zijn dat sprake is van KOB. Dumoulin-Siemens en Harmsen plaatsen de uitspraak van de Hoge Raad tegen de achtergrond van de bestaande jurisprudentie. Maar de uitspraak van de Hoge Raad over The Law BV laat een verdergaande interpretatie toe. De aangesproken bestuurder voerde hier geen *andere* feiten of omstandigheden aan die tot het faillissement hadden geleid dan het KOB, maar stelde het KOB als zodanig ter discussie. De door hem aangevoerde feiten en omstandigheden betroffen niet *een van buiten komende oorzaak*, maar zijn eigen handelen in de bedrijfsvoering van The Law BV. Dit komt erop neer dat de Hoge Raad de bestuurder ook in het kader van artikel 2:138 lid 2/248 lid 2 BW de mogelijkheid geeft aan te tonen dat hem van het feitencomplex dat tot het faillissement heeft geleid wel een verwijt valt te maken, maar geen ernstig verwijt. De bestuurder heeft op die manier de mogelijkheid aan te tonen dat er geen sprake was van KOB. En dat leek tot de uitspraak van de Hoge Raad over The Law BV niet mogelijk

Noten

[1] Hof Den Haag 1 juli 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4702 (The Law BV) en HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233, RvdW 2016/282 (The Law BV).

[2] Vgl. W.J. Slagter/B.F. Assink, Compendium ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2013, par. 51-14, p. 1080.

[3] HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773, JOR 2008/29 (Blue Tomato); vgl. eerder HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916, JOR 2006/288 (Van Schilt).

[4] A.M. Dumoulin-Siemens, noot onder HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233, RvdW 2016/282, JIN 2016/59 (The Law BV).

[5] C.M. Harmsen, noot bij HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233, RvdW 2016/282, INS Updates Insolventierecht 2016/0084 (The Law BV).