

ANNOTATIE

Annotatie bij HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233

mr. C.M. Harmsen

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

In bovenstaande uitspraak gaat het om het vermoeden van causaal verband in artikel 2:248 lid 2 BW en wat nodig is om dit vermoeden te weerleggen. Alvorens hierop in te gaan, eerst een overzicht van de voor dit vraagstuk relevante feiten van deze zaak. B en C voeren beiden een advocatenpraktijk in hun respectievelijke praktijkvennootschappen B B.V. en C B.V. De beide vennootschappen zijn per 1 juli 2007 een kostenmaatschap (D) aangegaan. De maatschap sluit een huurovereenkomst met E B.V. (verhuurder). Vlak voordat de maatschap op 1 november 2008 wordt ontbonden en in staat van liquidatie komt te verkeren, wijzigt B B.V. haar naam in A B.V. C staakt de uitoefening van de praktijk en de door A B.V. gevoerde praktijk wordt ondergebracht in een nieuwe vennootschap (F B.V.). F B.V. blijft de praktijk uitoefenen in de (haar) helft van het eerder door de maatschap van de verhuurder gehuurde pand. F B.V. betaalde de helft van de contractueel door de maatschap met de verhuurder overeengekomen huurprijs en de andere helft van de huurprijs blijft onbetaald. Nadat A B.V. op vordering van de verhuurder is veroordeeld om ook de andere helft van de huurprijs te voldoen (A B.V. had zich contractueel hoofdelijk verbonden naast de maatschap), doet A B.V. aangifte van haar eigen faillissement. A B.V. wordt op 15 maart 2011 failliet verklaard. De jaarrekening van A B.V. over het boekjaar 2008 is vier maanden te laat openbaargemaakt. De curator spreekt de bestuurder van A B.V. aan op grond van artikel 2:248 lid 2 BW. De bestuurder verweert zich primair met een beroep op de slotzin van artikel 2:248 lid 2 BW, namelijk dat het niet-tijdig publiceren van de jaarrekening een onbelangrijk verzuim is en niet in aanmerking moet worden genomen voor het aannemen van onbehoorlijk bestuur. Subsidiair stelt de bestuurder dat andere omstandigheden dan de vanwege de niet-tijdige publicatie van de jaarrekening

over het boekjaar 2008 aan te nemen niet-behoorlijke vervulling van de bestuurstaak een belangrijk oorzaak van het faillissement van A B.V. zijn. Nadat de rechtbank de vordering van de curator had afgewezen, oordeelt het hof dat de bestuurder wel aansprakelijk is voor het tekort in de boedel van A B.V. omdat de te late openbaarmaking van de jaarrekening geen onbelangrijk verzuim is en de bestuurder ook niet aannemelijk heeft gemaakt dat andere omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. De eerste klacht van de bestuurder doet de Hoge Raad af op basis van artikel 81 lid 1 Wet RO. De tweede klacht van de bestuurder is gericht tegen de overweging van het hof over het weerleggen van het causale vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW door de bestuurder. Hij had zich erop beroepen dat het achterblijven van de omzet bij C B.V. – de vennootschap waarmee A B.V. een kostenmaatschap vormde – en het daardoor voor de helft onbetaald blijven van de huur een belangrijke oorzaak van het faillissement van A B.V. was. Het hof oordeelde dat, ervan uitgaande dat de teruglopende omzet van C B.V. een belangrijke oorzaak van het faillissement van A B.V. is geweest, de bestuurder 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 B.V. Ook richt de bestuurder een klacht tegen het oordeel van het hof dat hem een verwijt van onbehoorlijke taakvervulling kan worden gemaakt ter zake van zijn veronderstelling dat A B.V. slechts gehouden was tot betaling van de helft van de door de maatschap verschuldigde huurprijs. Voor de beoordeling van het verweer van een bestuurder dat het wegens de schending van de administratie- en/of openbaarmakingsplicht vaststaande onbehoorlijk bestuur geen belangrijke oorzaak van het faillissement van de vennootschap is geweest, kan op basis van jurisprudentie van de Hoge Raad de volgende leidraad worden aangehouden. Het uitgangspunt voor het weerleggen van het causale vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW is dat een redelijke uitleg van dit artikel meebrengt dat voor het ontzenuwen van het daarin neergelegde vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement, 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, 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 zo nodig aannemelijk maken waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Als hij daarin slaagt, ligt het vervolgens op de weg van de curator op de voet van het eerste lid van dat artikel aannemelijk te maken dat de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest (HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 91, m.nt. Maeijer en recent Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 29 december 2015, *ECLI:NL:GHARL:2015:9949*, r.o. 4.18). In deze zaak stelt de bestuurder onder meer als van buiten komende belangrijke oorzaak

van het faillissement van A B.V. de teruglopende c.q. achterblijvende omzet van C B.V. en het daardoor voor de helft onbetaald laten van de huurprijs. Het hof oordeelt dat de bestuurder ook van deze van buiten komende oorzaak het verwijt van onbehoorlijke taakvervulling kan worden gemaakt, omdat de bestuurder inzicht had of kon hebben in de financiële positie van C B.V. Voor de vraag of er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur van de bestuurder is het noodzakelijk dat geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden op dezelfde wijze zou hebben gehandeld (vgl. HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 454, r.o. 3.7). De Hoge Raad overweegt dat de cassatieklacht van de bestuurder gegrond is omdat het hof niet motiveert waarom het feit dat de bestuurder van A B.V. zicht had of kon hebben op de financiële positie van C B.V. betekent dat hem onbehoorlijke taakvervulling kan worden verweten ter zake van het feit dat de teruglopende omzet van C B.V. een belangrijke oorzaak was van het faillissement van A B.V. Dit klempt temeer – aldus de Hoge Raad – omdat het hof ook niet is ingegaan op diverse feitelijke stellingen die de bestuurder heeft aangevoerd ter onderbouwing van zijn verweer dat hem geen kennelijk onbehoorlijke taakvervulling kan worden verweten met betrekking tot het teruglopen van de omzet bij C B.V. Ook tegen het oordeel van het hof dat de bestuurder het verwijt van onbehoorlijke taakvervulling kan worden gemaakt ter zake van de veronderstelling dat A B.V. slechts gehouden was tot betaling van de helft van de huurprijs, richt de bestuurder een cassatieklacht. Ook deze slaagt. Uit de overwegingen van het hof (zie r.o. 3.6.2) volgt niet dat – gegeven de juistheid van de stellingen ter zake van de bestuurder (zie r.o. 3.6.1) – geen redelijk denkend bestuurder het standpunt zou hebben kunnen innemen dat A B.V. inderdaad slechts voor de helft van de huurprijs verhaalsaansprakelijk was. Uit deze 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 (J.E. Brink-van der Meer, ‘Artikel 2:138-248 BW: Een loterij? Recente ontwikkelingen in jurisprudentie’, *TvI* 2009, 26):

- a. De curator beroept zich op artikel 2:248 lid 2 BW vanwege schending van de administratie- en/of openbaarmakingsplicht;
- b. De bestuurder maakt vervolgens aannemelijk dat sprake is van een van buiten komende oorzaak die ten grondslag ligt aan het faillissement en tracht hiermee het vermoeden te weerleggen dat de onbehoorlijke taakvervulling (a) een belangrijke oorzaak is van het faillissement;
- c. De curator maakt de bestuurder op zijn beurt verwijten over het intreden van de externe oorzaak van (b);
- d. De bestuurder stelt tot slot (en maakt aannemelijk) dat zijn handelen of nalaten ter zake

van de van buiten komende oorzaak geen kennelijk onbehoorlijke taakvervulling (in de zin dat geen redelijk denkend bestuurder in dezelfde omstandigheden op dezelfde wijze zou hebben gehandeld) oplevert.

Mr. drs. C.M. Harmsen

Advocaat bij Rutgers & Posch te Amsterdam