

Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het tijdschrift Juridisch up to Date. Het artikel is met veel aandacht en zorgvuldigheid geschreven, maar bevat informatie van algemene aard. Juridisch advies is echter altijd maatwerk. Wint u dus altijd deskundig juridisch advies in. (Lees onze disclaimer).

Jutd 2017/0040 Voormalig directeur failliete vennootschap persoonlijk aansprakelijk voor boedeltekort vanwege onvoldoende onderzoek naar opvolgend bestuurder

Jutd 2017/0040 d.d. 17-03-2017

Auteur(s): mr. B.J.M.P. Cremers, Van Iersel Luchtman N.V., Breda

Inleiding

Het gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft op 26 juli 2016 een arrest gewezen in een zaak van een curator tegen een voormalig bestuurder/eigenaar van een failliete vennootschap (ECLI:NL:GHSHE:2016:3235 en JOR 2017/3). Het arrest gaat over de aansprakelijkheid van een voormalig bestuurder van die failliete vennootschap op grond van artikel 2:248 BW voor het boedeltekort. Het faillissement is veroorzaakt door de opvolgend bestuurder/ eigenaar, een flessentrekker, maar ook de voormalig bestuurder heeft volgens het hof zijn taak onbehoorlijk vervuld door geen onderzoek te doen naar de betrouwbaarheid van de opvolgend bestuurder/eigenaar.

Feiten

Wat was er aan de hand? A is sinds 1994 bestuurder en enig aandeelhouder van vennootschap X. In september 2009 heeft A zijn aandelen in X overgedragen aan B. In mei 2010 wordt X failliet verklaard met aanstelling van de curator, eiser in deze procedure. In de periode tussen de aandelen-overdracht en de faillietverklaring is namens de vennootschap voor ruim € 140.000 aan goederen en diensten afgenomen zonder deze te betalen. B is in mei 2010 door de politie verhoord als verdachte van oplichting en flessentrekkerij. B heeft ook geen (deugdelijke) administratie aan de curator kunnen overhandigen. Verder staat vast dat er in de drie jaren voorafgaand aan de overname sprake is van aanzienlijke overschrijdingen van de publicatietermijn voor de jaarrekening. Met name de jaarrekeningen 2006 en 2007 zijn veel te laat gepubliceerd.

De curator spreekt zowel A als B aan voor het boedeltekort, primair op grond van artikel 2:248 BW (kennelijk onbehoorlijk bestuur). Ten opzichte van A heeft de curator subsidiair aangevoerd dat sprake is van onrechtmatig handelen ten opzichte van de gezamenlijke crediteuren van X door de aandelen aan B te verkopen, nu A wist althans moest weten dat B de vennootschap zou gaan misbruiken en dat doordat de belangen van (de crediteuren van) X zouden worden geschaad.

Oordeel rechtbank

De rechtbank heeft de vordering van de curator tegen B, die in de procedure niet is verschenen, bij verstek toegewezen en heeft hem veroordeeld tot betaling van een bedrag van ruim € 450.000 als voorschot op het boedeltekort. Bij verstekverlening worden de ingestelde vorderingen namelijk in beginsel toegewezen, tenzij deze de rechtbank onrechtmatig of ongegrond voorkomt.

De rechtbank wijst de vordering van de curator tegen A evenwel af. De rechtbank constateert dat A niet heeft voldaan aan de publicatieverplichting die volgt uit artikel 2:394 BW, zodat daarmee op grond van artikel 2:248 lid 2 BW vaststaat dat hij zijn taak als bestuurder niet behoorlijk heeft vervuld en dat daardoor het rechtsvermoeden geldt dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement van X. Dat betekent dat A dit rechtsvermoeden mag ontzenuwen door aannemelijk te maken dat het faillissement andere oorzaken kent dan de vaststaande onbehoorlijke taakvervulling. De rechtbank vindt dat A daarin is geslaagd. A wijst B aan als verantwoordelijke voor het faillissement van X. Ook uit de stellingen van de curator blijkt volgens de rechtbank dat het B was die de vennootschap heeft misbruikt door goederen en diensten af te nemen waarvoor niet werd betaald, terwijl de vennootschap geen (betaalde) activiteiten ontplooid. Volgens de rechtbank is niet gebleken dat A op de hoogte was van de motieven van B of dat A

tegen dat misbruik iets had kunnen doen. De rechtbank vindt ook dat de curator zijn subsidiaire stelling, dat A wist of moest weten dat B misbruik zou maken van de vennootschap, onvoldoende heeft onderbouwd.

Hoger beroep

De curator laat het er niet bij zitten en gaat in hoger beroep tegen de afwijzing van de vordering tegen A. In hoger beroep wordt uitgegaan van het vaststaande feit dat B wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur aansprakelijk is jegens de boedel van X. Ook het hof gaat vervolgens uit van het schenden van de publicatieverplichting door A, zodat ook in hoger beroep vaststaat dat A zijn taak als bestuurder niet behoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat de onbehoorlijke taakvervulling door A een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement.

Met de rechtbank vindt het hof dat het leeg-trekken van X door B een belangrijke oorzaak van het faillissement was. Nu de curator A verwijt dat hij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, onderzoekt het hof vervolgens of er voldoende feiten en omstandigheden zijn gesteld en aannemelijk gemaakt waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert.

Het hof oordeelt dat van A als bestuurder verwacht mocht worden dat hij - in het belang van de vennootschap en van haar belanghebbenden zoals schuldeisers - tenminste enig onderzoek zou doen naar de hoedanigheden, zakelijke achtergrond, financiële geëigetheid en persoonlijke integriteit van de persoon aan wie hij de aandelen en het bestuur van X zou overdragen. Als A dit onderzoek, tegen de achtergrond van de concrete omstandigheden van het geval, heeft nagelaten dan heeft A ook op dat punt zijn taak kennelijk onbehoorlijk vervuld. Het wettelijk vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW (kennelijk onbehoorlijk bestuur is belangrijke oorzaak faillissement) is dan niet ontzenuwd. Het hof vindt dat A onvoldoende onderzoek heeft gedaan. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat, anders dan A heeft gesteld, geen sprake was van een 'going concern' overname om B een 'vliegende start' te bezorgen. Sterker nog: de huurovereenkomst voor het pand van waaruit X haar activiteiten verrichtte (het inlenen van huren betreffende bij A in eigendom zijnde panden en het verrichten van onderhoudswerkzaamheden aan die panden), is ten tijde van de overname van de aandelen in X door B beëindigd. Ook de beheersovereenkomst, op basis waarvan X haar activiteiten verrichtte, is per dezelfde datum beëindigd. In feite is X dus bij de overname ontmanteld, terwijl er ten tijde van de overname nog wel schulden en dus schuldeisers waren, terwijl niet is komen vast te staan dat daar toen baten van betekenis tegenover stonden.

Het oordeel van het hof is dan ook dat A onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld en aannemelijk gemaakt waaruit blijkt dat hij niet heeft nagelaten om het intreden van de andere (externe) oorzaak van het faillissement (het onbehoorlijk bestuur door B) te voorkomen. In tegenstelling tot de rechtbank acht het hof A dus wel aansprakelijk voor in beginsel het gehele boedeltekort. Het hof ziet vervolgens echter wel aanleiding om het door A te betalen (voorschot op het) tekort te matigen tot 50%. Dit omdat de schuldenlast na de verkoop van X meer dan verdubbeld is en er door B in het geheel geen administratie aan de curator is gegeven, hetgeen niet aan A te verwijten is. A wordt veroordeeld om als voorschot te betalen een bedrag van ruim € 225.000.

Commentaar

Het hof zet in dit arrest nog eens heel duidelijk de beslisboom op een rij bij een vordering van een curator die is gebaseerd op artikel 2:248 lid 2 BW. Bij een geslaagd beroep op schending van de publicatieplicht of administratieplicht staat kennelijk onbehoorlijk bestuur vast en wordt vermoed dat dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De bestuurder mag vervolgens aannemelijk maken dat er een andere, externe oorzaak is van het faillissement dan zijn onbehoorlijke taakvervulling. Stelt de bestuurder een van buiten komende oorzaak (hier: de flessentrekkerij van B) 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. Slaagt de bestuurder daarin dan zal de curator vervolgens op de voet van lid 1 van artikel 2:248 BW aannemelijk moeten maken dat toch de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest

In dit geval is vrij evident dat A de vennootschap veel te gemakkelijk van de hand heeft gedaan. Ook in het geval er geen sprake zou zijn geweest van schending van de publicatieplicht, had dat naar mijn overtuiging via de weg van artikel 2:248 lid 1 BW (door de curator te stellen en aannemelijk te maken kennelijk onbehoorlijk bestuur) tot een veroordeling moeten leiden. Er is immers sprake van onverantwoorde, onbezonnen en roekeloze handelingen, die dupering van de schuldeisers van X tot gevolg hebben.

Als gezegd heeft het hof de veroordeling van A gematigd tot 50%. Het hof heeft aangeknoopt bij de bestaande schuldenlast ten tijde van de verkoop van de aandelen aan B. Deze matiging lijkt in overeenstemming met de parlementaire geschiedenis, waarin onder meer is opgenomen dat het niet juist zou zijn om een gewezen bestuurder te laten opdraaien voor de schulden die door het opvolgende bestuur zijn veroorzaakt. Het is echter maar zeer de vraag of die beperking hier gerechtvaardigd is. Ook als de helft van de schulden na de verkoop door B is veroorzaakt, is dat immers nog steeds een direct gevolg van het kennelijk onbehoorlijk bestuur van A. Als A deugdelijk onderzoek had verricht naar B, had hij de vennootschap mogelijk niet aan B verkocht en zouden die extra schulden niet zijn veroorzaakt. Ik zou het dus ook zeker verdedigbaar hebben gevonden als A zou zijn veroordeeld tot betaling van het gehele boedeltekort.

Voor bestuurders is uit dit arrest vanzelfsprekend de les te trekken dat zij bij een verkoop van de onderneming niet lichtvaardig te werk mogen gaan. Dat is dan misschien een open deur, maar deze casus geeft maar weer eens aan hoe het mis kan gaan.