

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 2018/0019 Voormalig bestuurder aansprakelijk voor boedeltekort in faillissement

Jutd 2018/0019 d.d. 16-02-2018

Auteur(s): mr. S.C.H.M. Leijten, Van Iersel Luchtman advocaten, Breda.

Inleiding

In een faillissement heeft de curator als primaire taak de afwikkeling en het verzilveren van het vermogen van de schuldenaar om hiermee (conform de wettelijke rangorde) de vorderingen van de schuldeisers zoveel als mogelijk te voldoen. Vrijwel nooit komt de curator toe aan volledige voldoening van alle vorderingen van de schuldeisers. Er is dan sprake van een boedeltekort. Het boedeltekort bestaat uit het verschil tussen de baten enerzijds en het totaal van de schulden anderzijds.

Indien de curator van een failliete vennootschap van mening is dat een bestuurder de vennootschap onbehoorlijk heeft bestuurd, kan de curator hem onder omstandigheden aansprakelijk houden voor het volledige boedeltekort. Voor BV's geldt dat bestuurders op grond van artikel 2:248 van het Burgerlijk Wetboek aansprakelijk kunnen worden gehouden, indien er sprake is van onbehoorlijke taakvervulling en dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de vennootschap.

In dit artikel zal de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 2 januari 2018 (ECLI:NL:GHARL:2018:50) besproken worden. De curator van Technia Techniek B.V. (hierna: "Technia") heeft de bestuurder en voormalig bestuurder aansprakelijk gehouden voor het boedeltekort. Wat de casus interessant maakt, is dat ook de voormalig bestuurder verantwoordelijk en aansprakelijk wordt gehouden, ondanks dat de gewraakte handelingen door de andere en dus 'nieuwe' bestuurder zijn verricht.

Feiten

Technia is op 9 oktober 2013 failliet verklaard. Technia was een installatiebedrijf met 13 werknemers. Technia Beheer B.V. (hierna: "Beheer") was bestuurder en een van de twee aandeelhouders. Beheer had als bestuurder en enig aandeelhouder de heer B. Enkele maanden voorafgaand aan het faillissement (op 5 juni 2013) heeft B het bestuurderschap overgedragen aan de heer C. C wilde met zijn onderneming Wescore B.V. de aandelen van Beheer in Technia overnemen. Tot deze transactie is het om onbekende redenen nooit gekomen. Desalniettemin werd C bestuurder van Beheer en dus ook indirect bestuurder van Technia. Slechts enkele maanden later valt het doek voor Technia.

Bij het bezoek aan het bedrijfspand merkt de curator op dat er weinig activa aanwezig zijn. Na onderzoek naar de administratie blijkt dat er wel degelijk activa aanwezig hadden moeten zijn. Uit verder onderzoek blijkt bovendien dat voorafgaand aan het faillissement activa is verkocht aan derden. De contant ontvangen koopsommen zijn echter niet terug te vinden in de kas, noch in de

administratie van Technia. Bovendien blijkt dat er activa gekocht zijn van onder andere Hornbach, maar dat deze goederen nooit zijn afgeleverd bij Technia. De goederen werden namelijk afgeleverd op het woonadres van C.

De curator vordert in de procedure een verklaring voor recht dat zowel B en C hun taken als bestuurder van Technia onbehoorlijk hebben vervuld (in de zin van artikel 2:248 lid 1 en 2 jo 2:10 BW) en dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Technia. Daarnaast vordert de curator B en C hoofdelijk te veroordelen voor de betaling van het boedeltekort. B roept in deze procedure C in vrijwaring op.

Administratieplicht

De curator constateert dat er geen of onjuiste administratie van deze transacties aanwezig was. Daarom houdt de curator zowel B als C aansprakelijk voor het boedeltekort, aangezien niet is voldaan aan de verplichtingen zoals deze zijn neergelegd in artikel 2:10 BW. In dat artikel is bepaald dat bestuurders (kortgezegd) een behoorlijke administratie moeten voeren. Uit het onderzoek van de curator is gebleken dat de administratie tekortschiet, danwel simpelweg niet aanwezig is.

In artikel 2:248 lid 2 BW is bepaald dat, indien het bestuur niet heeft voldaan aan de verplichtingen van artikel 2:10 BW (of 2:394 BW), het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld, en wordt vermoed dat de onbehoorlijke taakvervulling een oorzaak is van het faillissement. Dit bewijsvermoeden werkt in het voordeel van de curator, omdat hij dan uitsluitend hoeft aan te tonen dat in strijd met artikel 2:10 BW is gehandeld.

C voert in onderhavige procedure geen verweer. B voert wel verweer tegen de stellingen van de curator. B stelt dat op het moment dat hij het bestuurderschap (vanwege zijn arbeidsongeschiktheid) overdroeg, de administratie in orde was. Volgens B is het dus C die niet heeft voldaan aan de administratieplicht. Bovendien zijn volgens B alle gewraakte handelingen (de verkoop/koop van de activa) verricht ná zijn aftreden als bestuurder. Dat de administratie in de periode na zijn bestuurderschap gebrekkig is gebleken, mag niet voor zijn rekening komen.

De rechtbank Overijssel oordeelt in eerste aanleg (Rb. Overijssel 7 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4729) dat ten aanzien van C vaststaat dat in diens periode als bestuurder in het geheel géén boekhouding is bijgehouden, terwijl aannemelijk is geworden dat hij activa van Technia heeft onttrokken, en voor rekening van Technia activa heeft besteld, die nimmer bij Technia zijn geleverd. Dit brengt met zich mee dat C aansprakelijk is op grond van artikel 2:248 BW jo. artikel 2:10 BW.

Ten aanzien van B oordeelt de rechtbank dat de curator onvoldoende stelt dat de boekhouding tot aan de datum van overdracht aan C niet in grote lijnen op orde was. De niet of onjuiste geboekte transacties dateren allemaal van na de bestuurswissel. De conclusie van de rechtbank is dan ook dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat de administratie van Technia, althans onder de verantwoordelijkheid van B, zodanig gebrekkig was dat B een verwijt kan worden gemaakt op grond van artikel 2:10 BW. B wordt dus niet aansprakelijk gehouden op grond van artikel 2:248 jo. 2:10 BW.

Onderzoeksplicht bij overdracht

Máár, zo oordeelt de rechtbank, B is wel op andere gronden aansprakelijk voor het boedeltekort. De curator stelt in deze procedure namelijk ook dat B aansprakelijk is omdat hij onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar C en diens onderneming Wescore. Achteraf is C een malafide bestuurder en is Wescore een malafide onderneming gebleken. Volgens de curator heeft B verwijtbaar onzorgvuldig gehandeld, omdat hij slechts beperkt onderzoek heeft gedaan naar C, en bovendien hierover nooit overleg heeft gevoerd met derden, zoals de bank, de accountant of de medeaandeelhouder. B heeft deze partijen zelfs nooit ingelicht over de bestuurswissel.

In zijn verweer stelt B daarentegen wel degelijk onderzoek te hebben gedaan naar C en Wescore. Hij heeft onder meer een referentie gevraagd bij zijn incassogemachtigde en 'uitvoerig gespeurd' op internet. B vindt het evenmin verwijtbaar dat hij ten aanzien van de bestuurswijziging geen overleg met de accountant, de medeaandeelhouder of de bank heeft gehad. B had volgens hem geen aanwijzingen dat hij moest twijfelen aan de integriteit van C. Volgens B heeft C onbehoorlijk gehandeld en is het faillissement van Technia te wijten aan de malversaties van C.

Volgens de rechtbank hoort het 'tot de taak van een behoorlijk bestuurder om, in het geval waarin de bestuurder zich niet meer in staat acht zelf leiding te geven aan de onderneming, tenminste enig onderzoek te doen naar de hoedanigheden, zakelijke achtergrond, financiële gegoedheid en persoonlijke integriteit van de (rechts-)personen aan wie hij het bestuur beoogt over te dragen.' In deze kwestie is van enig serieus onderzoek door B niet gebleken. B heeft zelf op de website van Wescore gespeurd, hetgeen onvoldoende is, nu de informatie op de website slechts algemene informatie bevatte. Niet is gebleken dat B daarnaast enig dieper onderzoek heeft gedaan. Bovendien is niet gebleken dat B met C enig overleg heeft gepleegd over een bedrijfs- of reddingsplan. Hiertoe was aanleiding, nu de financiële situatie van Technia zorgelijk was.

De rechtbank is gezien het voorgaande van mening dat B als (indirect) bestuurder onzorgvuldig heeft gehandeld met als gevolg dat C de kans heeft gehad activa van Technia te vervreemden, zonder dat de opbrengst terecht kwam bij Technia. Hierdoor was het faillissement onontkoombaar. De rechtbank wijst de vorderingen van de curator toe. B en C worden hoofdelijk veroordeeld om het boedeltekort te vergoeden.

In de vrijwaringszaak acht de rechtbank het aannemelijk dat C de verwijten vallen te maken die B hem in deze zaak maakt. C heeft aldus zowel jegens Technia als B onrechtmatig gehandeld. De vordering van B in de vrijwaringszaak wordt aldus toegewezen.

Gerechtshof

Hoewel voormalig bestuurder B aldus de verwijtbare handelingen, namelijk de verkoop/koop van activa, niet zelf verricht heeft, wordt hij door de rechtbank - naast C - aansprakelijk gehouden voor het boedeltekort. B gaat in hoger beroep. Het hof volgt hierin de overwegingen van de rechtbank. Volgens het hof geldt in algemene zin dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zou hebben gehandeld (o.a. HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053 (Panmo)).

Ook in hoger beroep voert B aan dat hij wel degelijk onderzoek heeft gedaan naar C en Wescore. De curator betwist echter dat het zou gaan om een professionele, betrouwbare of deskundige

bestuurder en vennootschap. Uit het handelsregister blijkt namelijk dat Wescore slechts enkele weken stond ingeschreven in het Handelsregister. Ook het bekijken van de website van Wescore is onvoldoende. Het hof volgt de rechtbank in deze.

Opmerkelijk is echter dat een achteraf gepleegd onderzoek naar C en Wescore door een bedrijfsrechercheur weinig resultaat heeft opgeleverd. Dat ook een bedrijfsrechercheur weinig heeft kunnen vinden, doet kennelijk niets af aan het oordeel van de rechtbank dat B uitvoeriger onderzoek had moeten doen.

Het hof bekrachtigt dan ook het vonnis van de rechtbank.

Commentaar

Het hof volgt het oordeel van de rechtbank dat zowel B als C aansprakelijk zijn voor het boedeltekort. De conclusies die uit de uitspraken getrokken kunnen worden is dat een bestuurder niet zonder enig onderzoek (en ook niet slechts summier onderzoek) de verantwoordelijkheid voor de vennootschap kan overdragen. Onder omstandigheden kan de voormalig bestuurder aansprakelijk worden gehouden voor het boedeltekort in het faillissement, ondanks dat de gewraakte handelingen zijn verricht door de opvolgend bestuurder. Hoewel in deze kwestie niet zozeer sprake lijkt te zijn van een 'katvanger', blijkt C een malafide bestuurder. De verantwoordelijkheid voor het aanstellen van C komt voor rekening van B. De uitspraken werpen dan wel de vraag op in hoeverre een bestuurder onderzoek moet doen naar diens opvolger. Immers, dat zelfs een bedrijfsrechercheur weinig heeft kunnen ontdekken, doet niets af aan het oordeel van de beide gerechten.

Bij de overdracht van een onderneming is het dus belangrijk onderzoek te doen naar de opvolgers en ook overleg te plegen met betrokkenen. Indien op onzorgvuldige wijze de zeggenschap uit handen wordt gegeven, en er vervolgens een faillissement wordt uitgesproken, kan aansprakelijkheid voor het boedeltekort het gevolg zijn.