

*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).*

## ONDERNEMINGSRECHT

Mr. B.J.M.P. (Boudewijn) Cremers

### Oud-bestuurder garagebedrijf niet aansprakelijk wegens schending administratieplicht na overdragen onderneming

2021-0042

Nr. 3 – 26 MAART 2021

Het bestuur van een onderneming heeft de vrijheid om de onderneming naar eigen inzicht te besturen. De bestuurder heeft ook verplichtingen. Uiteraard moet de vennootschap behoorlijk worden bestuurd, maar ook moet de jaarrekening van de vennootschap steeds tijdig worden gepubliceerd en is de bestuurder verplicht om een deugdelijke administratie te voeren. De bestuurder kan in zijn of haar functie ook onrechtmatig handelen in de zin van artikel 6:162 BW en kan dan aansprakelijk zijn voor de schade. In een procedure die ik in dit artikel bespreek, heeft de curator van een failliet garagebedrijf de formele en de feitelijk oud-bestuurders aansprakelijk gesteld voor het boedelttekort. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft op 23 februari 2021 uitspraak<sup>1</sup> gedaan.

#### Feiten

Een garagebedrijf (Garage BV) is op 9 augustus 2011 failliet verklaard. C-BV was vanaf de oprichting in 2003 tot 7 maart 2011 zowel enig aandeelhouder als bestuurder. B was in die periode enig aandeelhoudster en bestuurster van C-BV. B heeft zich echter nooit met de gang van zaken binnen Garage BV bemoeid. Zij is alleen als formeel (indirect) bestuurder benoemd omdat zij over een middenstandsdiploma beschikte. A, de echtgenoot van B, was van meet af aan de feitelijk bestuurder en volledig gevolmachtigde van C-BV.

Op 24 december 2010 heeft C-BV haar aandelen in Garage BV verkocht aan FinLife BV (FinLife). In de koopakte is bepaald dat de exploitatie van Garage BV vanaf 1 januari 2011 voor rekening en risico van FinLife zou komen. A zou voor de duur van een jaar bij FinLife in dienst treden. De aandelen zijn uiteindelijk geleverd op 7 maart 2011 en per deze datum is FinLife in de plaats van C-BV bestuurder geworden van Garage BV. Over de betaling van de koopsom hebben partijen nadien nadere afspraken gemaakt, die zijn vastgelegd in een akte van 22 april 2011. Vanaf die datum heeft A de sleutels van het pand van Garage BV overgedragen aan de bestuurder van FinLife. Deze zou zijn eigen administrateur belasten met het verzorgen van de financiële administratie.

Een bijzonder feit in deze zaak heeft zich op diezelfde dag, 22 april 2011, voorgedaan. A is die dag door de exploitant van de wasstraat, die in hetzelfde pand als Garage BV gevestigd was, met de dood bedreigd. Uit angst en op aanraden van de politie heeft A zich daarna niet meer in het bedrijfspand vertoond. Enkele maanden later volgde het faillissement van Garage BV.

<sup>1</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 23 februari 2021, **ECLI:NL:GHARL:2021:1760**.

De curator van Garage BV heeft het bedrijfspand kort na het faillissement bezocht. Hij heeft toen niet de roerende zaken aangetroffen die bij een normale bedrijfsuitoefening verwacht mochten worden. Ook heeft hij vrijwel geen administratie aangetroffen. De curator heeft A, B en C-BV onder meer verweten dat zij niet op zodanige wijze een administratie hebben gevoerd dat kan worden vastgesteld of de boekhouding aan de daaraan te stellen eisen voldoet. Hij houdt hen als bestuurders van Garage BV wegens kennelijke onbehoorlijke taakvervulling aansprakelijk voor het boedeltkort in het faillissement. De curator spreekt daartoe ook FinLife aan.

## **Oordeel van de rechtbank**

In eerste aanleg heeft de rechtbank vastgesteld dat de administratieplicht inderdaad is geschonden. Op grond van artikel 2:248 lid 2 BW wordt daarom uitgegaan van het wettelijk vermoeden dat een onbehoorlijke taakvervulling door A, B en C-BV en ook door FinLife een belangrijke oorzaak van het faillissement is. De wet biedt deze partijen wel de mogelijkheid om dit wettelijk vermoeden te ontzenuwen. Volgens de rechtbank was dat in dit geval niet mogelijk omdat het faillissement, ook volgens A, B en C-BV zelf, zijn oorzaak vond in het handelen van het bestuur, namelijk de wijze waarop FinLife de onderneming vanaf 1 januari 2011 heeft geëxploiteerd. Ook oud-bestuurders kunnen dan aansprakelijk worden gehouden voor het tekort. De wet biedt A, B en C-BV tevens de mogelijkheid om te bewijzen dat de vaststaande onbehoorlijke taakvervulling niet aan hen te wijten is en dat zij niet nalatig zijn geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Bestuurders kunnen zich dus disculperen. De rechtbank oordeelt dat A, B en C-BV dit bewijs hebben geleverd en wijst de vorderingen van de curator tegen hen af. FinLife is wel veroordeeld om het boedeltkort aan de curator te betalen. De curator gaat in hoger beroep tegen het afwijzen van zijn vorderingen tegen A, B en C-BV. FinLife gaat niet in beroep, zodat haar veroordeling vaststaat.

## **Oordeel van het gerechtshof**

Het hof gaat er, net als de rechtbank, allereerst vanuit dat een onbehoorlijke taakvervulling door A, B en C-BV een belangrijke oorzaak was van het faillissement. Zij hebben terecht aangevoerd dat A niet kan worden aangesproken omdat hij het beleid bepaalde van C-BV als formeel bestuurder van Garage BV. Aansprakelijkheid van A wordt op grond van artikel 2:248 lid 7 BW echter aangenomen op grond van het feit dat hij ook binnen Garage BV (en dus niet alleen binnen C-BV) beleidsbepaler was. Andere medewerkers waren aan hem ondergeschikt en B, die hem volledig volmacht had gegeven, bemoeide zich niet met de bedrijfsvoering. Dat iemand anders dan A, naar wie Garage BV ook is vernoemd, tot 1 januari 2011 de feitelijke leiding had, blijkt nergens uit.

Het hof stelt vervolgens vast dat de curator geen relevante administratie heeft aangetroffen, terwijl die volgens A, B en C-BV tot kort voor het faillissement nog wel aanwezig was. De vraag of dat feitelijk aan A, B en C-BV kan worden verweten, is volgens het hof niet van belang. Het is immers een collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur (en dus ook van feitelijk beleidsbepalers) voor deugdelijk bestuur en voor het deugdelijk bijhouden en bewaren van de administratie. Het hof stelt dan ook vast, net als de rechtbank, dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling door A, B en C-BV en van het vermoeden dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Garage BV. De vraag is vervolgens ook in hoger beroep of zij zich kunnen disculperen.

Bij het beantwoorden van deze vraag stelt het hof de datum van 22 april 2011 centraal. Kort samengevat acht het hof van belang of vast komt te staan dat er tot deze datum sprake was van een deugdelijke bedrijfsvoering van een levensvatbare onderneming. C-BV, waarvan B formeel bestuurster was, was immers vanaf 7 maart 2011 geen formeel bestuurder meer van Garage BV en A heeft vanaf 22 april 2011 feitelijk geen leiding meer gegeven aan het autobedrijf. Daarnaast is van belang of de aangesproken (feitelijk) bestuurders nalatig zijn geweest in het treffen van maatregelen om te voorkomen dat het autobedrijf na het vertrek van A in een toestand zou komen waarin het bedrijf wel zou ophouden haar debiteuren te betalen.

Op basis van de jaarstukken vanaf 2006 tot aan het faillissement stelt het hof vervolgens vast dat niet kan worden gesproken van een situatie waarin een faillissement dreigde. Er was tot en met 2010 sprake van een positief resultaat en er is geen aanleiding om te veronderstellen dat in 2011 (tot aan het vertrek van A op 22 april) de bedrijfsvoering is veranderd. Volgens getuigenverklaringen werd het pas na het vertrek van A ingewikkeld en ontstond een onwerkbaar situatie. Het hof verwerpt de stellingen van de curator die erop neerkomen dat het autobedrijf al voor de aandelenoverdracht aan FinLife was leeggehaald.

Het hof overweegt daarna dat het A niet kan worden verweten dat hij na de doodsb bedreiging op 22 april 2011 niet meer in de garage is teruggekeerd. Vanaf dat moment kon A dus buiten zijn schuld geen invloed meer uitoefenen op de bedrijfsvoering. De formele rol van B en C-BV was op 7 maart 2011 al uitgespeeld. Het lag dus vanaf 22 april 2011 op de weg van FinLife als bestuurder van Garage BV om te voorzien in adequate voortzetting van het bedrijf. Het hof stelt vast dat daartoe geen enkel initiatief is ondernomen en dat zij het bedrijf feitelijk heeft laten doodbloeden. Het hof vindt dan ook dat A, B en C-BV zich hebben gedisculpeerd, zodat zij niet aansprakelijk zijn voor het boedeltekort. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

## **Commentaar**

De wettelijke vermoedens van artikel 2:248 lid 2 BW (strijd met publicatieplicht of administratieplicht) helpen een curator vaak bij het aansprakelijk houden van het bestuur van een vennootschap voor het boedeltekort. Toch biedt de wet gelukkig aan bestuurders de mogelijkheid om zich te disculperen, zoals deze zaak maar weer eens laat zien.

In deze casus was op formele gronden sprake van onbehoorlijk bestuur door formele (oud) bestuurders (FinLife, C-BV en B) en feitelijk beleidsbepalers (A), in dit geval vanwege het ontbreken van een deugdelijke administratie. Kijkend naar de feiten is echter overduidelijk dat de aangesproken oud bestuurders/feitelijk beleidsbepaler vanaf 7 maart 2011 respectievelijk 22 april 2011 geen rol meer hebben gespeeld en hebben kunnen spelen bij de bedrijfsvoering. Het is dan ook terecht dat zij in deze procedure “van de haak gaan”. De curator zal het boedeltekort bij FinLife moeten verhalen, maar uit het feit dat hij heeft doorgeprocedeerd tegen A, B en C-BV en uit het feit dat FinLife niet in hoger beroep is gegaan tegen haar veroordeling, valt te vrezen dat FinLife geen verhaal biedt.