

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 2019/0077 Te late publicatie jaarrekening géén belangrijke oorzaak van faillissement
Jutd 2019/0077 d.d. 07-06-2019

Auteur(s): Mr. N.T.F. van Barschot en mr. B.J.M.P. Cremers,
werkzaam bij Van Iersel Luchtman advocaten, Breda.

Een rechtspersoon is verplicht om de jaarrekening steeds tijdig te deponeren. Als dat niet tijdig gebeurt, heeft het bestuur haar taak onbehoorlijk vervuld. Indien de rechtspersoon vervolgens failliet gaat, wordt vermoed dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden is bij arrest van 7 mei 2019 (ECLI:NL:GHARL:2019:3947) ingegaan op het deponeren van de jaarrekening, de onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur en het bewijsvermoeden. Het hof concludeerde in dit geval dat de bestuurder niet aansprakelijk was, ondanks dat de bestuurder de jaarrekening tien maanden te laat heeft gedeponeerd. Wat was er aan de hand?

Feiten

DetaWerk B.V. ("DetaWerk") was een onderneming die in opdracht van gemeenten mensen op de arbeidsmarkt plaatste. Het ging om mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt. DetaWerk verzorgde de scholing, persoonlijke begeleiding en ondersteuning van die mensen en plaatste haar mensen met name in de sectoren bouw en techniek. DetaWerk ontving voor die werkzaamheden een bedrag van € 25.000 per persoon per jaar. Daar stond tegenover dat DetaWerk financieel verantwoordelijk was voor het inkomen van die personen. Hoe eerder DetaWerk een persoon op een betaalde arbeidsplaats kon zetten, hoe meer DetaWerk van het aan haar verstrekte budget overhield. Op 17 maart 2009 is DetaWerk failliet verklaard. Op 16 april 2009 zijn ook drie aan DetaWerk gelieerde vennootschappen failliet verklaard (allen: "DetaWerk-vennootschappen"). De bestuurder van DetaWerk ("de Bestuurder") is tevens oprichter, sturende kracht en feitelijk leidinggevende van de DetaWerk-vennootschappen. De Bestuurder is dus niet statutair bestuurder van de overige DetaWerk-vennootschappen. De aandelen van de DetaWerk-vennootschappen werden gehouden door DetaWerk Beheer B.V.

Er is één curator benoemd voor de DetaWerk-vennootschappen. De curator start vervolgens een procedure wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur tegen de bestuurder van DetaWerk en tegen DetaWerk Beheer B.V. (hierna gezamenlijk: "gedaagden") In eerste aanleg vordert de curator om voor recht te verklaren dat gedaagden wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het boedeltekort van DetaWerk, te weten ruim € 1 miljoen. Hieronder zullen wij ingaan op de overwegingen van de rechtbank.

De rechtbank

De rechtbank oordeelt bij tussenvonnissen in 2014 dat de jaarrekening 2006 van DetaWerk te laat is gepubliceerd. De jaarrekening over 2006 is ruim tien maanden te laat gepubliceerd. Op grond van het bepaalde in artikel 2:248 lid 2 BW staat dan onweerlegbaar vast dat er sprake is van kennelijk

onbehoorlijk bestuur en dat weerlegbaar wordt vermoed dat dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Gedaagden stellen dat er aan het faillissement andere oorzaken dan de onbehoorlijke taakvervulling (lees: het te laat publiceren van de jaarrekening) ten grondslag liggen. De rechtbank concludeert dat gedaagden voldoende aannemelijk hebben gemaakt dat er andere feiten of omstandigheden bestaan dan de onbehoorlijke taakvervulling waardoor het faillissement is veroorzaakt. Het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW, namelijk dat weerlegbaar wordt aangenomen dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement, is volgens de rechtbank voldoende ontzenuwd. De rechtbank stelt de curator vervolgens in de gelegenheid om alsnog te bewijzen dat de onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Bij eindvonnis stelt de rechtbank vast dat de curator in die bewijsopdracht niet is geslaagd. De vordering van de curator wordt op grond van artikel 2:248 BW afgewezen.

Het gerechtshof

Tegen het vonnis van de rechtbank gaat de curator in hoger beroep. De grieven van de curator zijn gericht tegen de overwegingen met betrekking tot het kennelijk onbehoorlijk bestuur. De grieven van de curator tegen DetaWerk Beheer B.V. worden afgewezen omdat DetaWerk Beheer B.V. geen bestuurder is van DetaWerk. De Bestuurder geeft gemotiveerd aan dat de overschrijding van de deponeringstermijn geen belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement van DetaWerk. In dat verband heeft de Bestuurder betoogd dat artikel 2:248 lid 2 BW terughoudend moet worden toegepast. De aan dat artikel ten grondslag liggende normering zou als doel hebben om malafide ondernemers eenvoudig aan te kunnen spreken op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Bestuurders van een bonafide instelling met een redelijke verklaring voor het verzuim van de openbaarmaking van de jaarrekening, zouden niet moeten worden getroffen door de ingrijpende gevolgen van artikel 2:248 BW. De Bestuurder erkent dat de jaarrekening niet tijdig is gedeponereerd. De reden daarvoor zou zijn dat de DetaWerk-vennootschappen een ander accountantskantoor hebben ingeschakeld en dat per abuis is vergeten om de jaarrekening van DetaWerk tijdig te deponeren. Daarnaast wijst de Bestuurder erop dat de jaarrekeningen in zowel de jaren ervoor als de jaren na 2006 tijdig zijn gedeponereerd. Ook zou de te late deponering van de jaarrekening 2006 lang voor het faillissement hebben plaatsgevonden.

Ten aanzien van de termijnoverschrijding overweegt het hof als volgt. De termijnoverschrijding zal minder snel worden gekwalificeerd als onbelangrijk verzuim als de termijnoverschrijding langer duurt. De stelplicht en bewijslast dát er sprake is van een onbelangrijk verzuim, rusten op de aangesproken bestuurder. De stelling, én het onderscheid, tussen malafide bestuurders en bestuurders van een bonafide rechtspersoon, wuift het hof weg. Volgens het hof is de regel van artikel 2:248 lid 2 BW van toepassing in ieder geval waarin de jaarrekening niet tijdig is gepubliceerd, tenzij er sprake is van een onbelangrijk verzuim. Het hof stelt vast dat er in dit geval geen sprake is van een relatief geringe termijnoverschrijding. Een overschrijding van enkele dagen tot maximaal een maand wordt in beginsel aangemerkt als een relatief geringe termijnoverschrijding. De onderhavige termijnoverschrijding van ruim tien maanden, valt niet aan te merken als een onbelangrijk verzuim. Volgens het hof heeft daarom als onweerlegbaar vermoeden te gelden dat de taakvervulling door de Bestuurder onbehoorlijk is in de zin van artikel 2:248 lid 2 BW.

Dan komt het hof toe aan het weerlegbare vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Volgens het hof is relevant dat het vermoeden ontzenuwd dient te worden door aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden de oorzaak zijn van het faillissement. Als de Bestuurder vervolgens stelt dat een van buiten komende oorzaak de reden van het faillissement is én als de curator de Bestuurder verwijt het intreden van het gevolg daarvan niet te hebben voorkomen, dient de Bestuurder aannemelijk te maken dat zijn nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Slaagt de Bestuurder daarin, dan dient de curator aannemelijk te maken dat de onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

De Bestuurder heeft uitgebreid en gemotiveerd gesteld dat er volgens hem andere oorzaken dan de termijnoverschrijding ten grondslag liggen aan het faillissement. Zo is de branche voor uitzendkrachten door de economische crisis enorm geslonken. Volgens het hof heeft de Bestuurder voldoende aannemelijk gemaakt dat andere oorzaken dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak zijn geweest van het faillissement. De curator verwijt de Bestuurder vervolgens nagelaten te hebben tijdig in te spelen op de marktomstandigheden. De Bestuurder heeft volgens het hof echter voldoende aannemelijk gemaakt dat hij wel degelijk inspanningen heeft verricht om een faillissement te voorkomen. Zo is een deskundige benadert om onderzoek te doen naar optimalisatie van de organisatiestructuur. De Bestuurder heeft ook een afbetalingsregeling getroffen met de fiscus. Toen de mogelijkheid van een faillissement reëel werd, heeft de bestuurder om herfinanciering verzocht bij Rabobank. Rabobank heeft daarna direct de financiering opgezegd. Daardoor was een faillissement onontkoombaar. De krachten van de financiële crisis waren zo sterk, dat alle inspanningen ten spijt de DekaWerk-vennootschappen failliet zijn verklaard. Volgens het hof heeft de Bestuurder voldoende aannemelijk gemaakt dat hij heeft geprobeerd om het tij te keren. De curator heeft daartegenover betoogd dat de rechtbank had moeten oordelen dat de bestuurder niet is geslaagd in het onzenuwen van het bewijsvermoeden, omdat de bestuurder moet bewijzen dat de onbehoorlijke taakvervulling niet de oorzaak van het faillissement is. Dat is juridisch een onjuiste stelling en niet in lijn met het Blue Tomato arrest van de Hoge Raad uit 2007 (NJ 2008/91). De curator dient daarom aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement. Daar is de curator niet in geslaagd. Het gevolg is dat de vordering van de curator ook in hoger beroep wordt afgewezen en dat het vonnis van de rechtbank wordt bekrachtigd.

Subsidiar heeft de curator in eerste aanleg nog gesteld dat de Bestuurder op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk is. Het gaat in dit artikel om de interne aansprakelijkheid van een bestuurder ten opzichte van de vennootschap. De norm van artikel 2:9 BW is nauw verbonden aan de norm van artikel 2:248 BW. De curator heeft ten aanzien van zijn subsidiaire vordering onvoldoende onderbouwd waarom de Bestuurder aansprakelijk zou zijn. De rechtbank heeft die vordering in eerste aanleg afgewezen. De grief tegen die overweging faalt.

Commentaar

Het hof is in deze uitspraak in lijn met bestaande jurisprudentie tot haar oordeel gekomen. Leidend in deze discussie is het Blue Tomato arrest. Daarin is overwogen dat het op de weg van de bestuurder ligt om aan de hand van feiten en omstandigheden aannemelijk te maken dat andere omstandigheden de oorzaak zijn van het faillissement. Zo nodig zal, aldus de Hoge Raad in het Blue Tomato arrest, de bestuurder aannemelijk dienen te maken dat het nalaten om maatregelen te

treffen geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. De Bestuurder is daar in onderhavige kwestie in geslaagd. Het weerlegbare bewijsvermoeden van die andere oorzaak kan zo een correctie aanbrengen op het onweerlegbare bewijsvermoeden dat het bestuur haar taak bij een overschrijding van de publicatietermijn kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. In die zin is wel wat te zeggen voor de stelling van de Bestuurder in onderhavige kwestie. Bestuurders die een redelijke verklaring hebben dat een andere oorzaak dan de te late publicatie van de jaarrekening de oorzaak is van het faillissement, kunnen indien zij dat voldoende aannemelijk maken aan de hand van stukken en cijfers, niet aansprakelijk worden gehouden.