

*Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het tijdschrift VAST. 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](#)).*

## **De bewijsrechtelijke pingpong tussen curator en bestuurder na de schending van de publicatieplicht**

15 januari 2020

### **Blog**

Wanneer het bestuur niet heeft voldaan aan de boekhoudplicht of de plicht tot tijdige publicatie van de jaarrekening, wordt onweerlegbaar vermoed dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Die onbehoorlijke taakvervulling wordt weerlegbaar vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. Dit volgt uit artikel 2:248 lid 2 BW. Het Gerechtshof Den Haag is bij arrest van 12 november 2019 (ECLI:NL:GHDHA:2019:3299) ingegaan op het geval waar de bestuurder van een gefailleerde onderneming de jaarrekening vijf maanden te laat heeft gepubliceerd. De curator heeft de bestuurder aansprakelijk gesteld. De bestuurder heeft in rechte echter met succes het bewijsvermoeden kunnen ontzenuwen.

### **Eerste aanleg**

De curator heeft in eerste aanleg een verklaring voor recht gevorderd dat de bestuurder van gefailleerde op grond van artikel 2:248 lid 2 BW wegens onbehoorlijk bestuur aansprakelijk is voor het boedeltekort. De rechtbank heeft de vordering van de curator afgewezen. Uit het arrest volgt dat de rechtbank heeft geoordeeld dat de bestuurder een aanvaardbare verklaring heeft gegeven voor de te late publicatie van de jaarrekening. Volgens de rechtbank is er daarmee sprake van een onbelangrijk verzuim ex artikel 2:248 lid 2 BW. De bestuurder is niet aansprakelijk op grond van onbehoorlijk bestuur, aldus de rechtbank.

### **Hoger beroep**

Tegen dit vonnis is de curator in hoger beroep gegaan. De curator betoogt in hoger beroep dat de te late openbaarmaking van de jaarrekening over 2012 niet een onbelangrijk verzuim is zoals bedoeld in artikel 2:248 lid 2 BW. Het hof stelt de curator op dit punt in het gelijk, omdat de bestuurder geen aanvaardbare verklaring heeft gegeven voor de te late deponering. De verklaring van de bestuurder komt erop neer dat de accountant is vergeten de jaarrekening 2012 tijdig te deponeren en dat na een herinnering van de Kamer van Koophandel alsnog heeft gedaan. Volgens het hof worden aan een dergelijke verklaring hogere eisen gesteld naarmate de termijn waarbinnen niet is gedeponerd, langer is. Een termijnoverschrijding van vijf maanden is fors, aldus het hof. De onderbouwing van de bestuurder is onvoldoende, aldus het hof. Overigens volgt uit rechtspraak dat een termijnoverschrijding van enkele dagen door een misverstand bij een bestuurder met dyslexie werd aangemerkt als een onbelangrijk verzuim. Daar was in dit geval geen sprake van.

Nu er geen sprake is van een onbelangrijk verzuim, staat vast dat de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Nu deze onbehoorlijke taakvervulling heeft plaatsgevonden minder dan drie jaar vóór de faillietverklaring, wordt die onbehoorlijke taakvervulling op grond van artikel 2:248 lid 2 BW weerlegbaar vermoed een belangrijke oorzaak te zijn van het faillissement. Dit is een wettelijk vermoeden dat door de bestuurder kan worden ontzenuwd. Uit vaste jurisprudentie

van de Hoge Raad volgt dat een redelijke uitleg van artikel 2:248 lid 2 BW meebrengt dat voor het ontzenuwen van het bewijsvermoeden volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het zijn geweest. Als het bestuur een van buiten komende oorzaak stelt en verwijt de curator de bestuurder dat deze heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, dan moet de bestuurder aannemelijk maken dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. De bestuurder in deze kwestie geeft aan dat ruim voor het faillissement het aantal verkopen merkbaar terug is gelopen. De gefailleerde onderneming hield zich bezig met de in- en verkoop van relatiegeschenken. Leveranciers stopten ook met het leveren op rekening. De bestuurder heeft daarom een franchisegever benadert om het risico met de leveranciers te beperken. De franchisegever zegde die franchiseovereenkomst een maand later op, juist vanwege die slechte financiële situatie bij de onderneming. De bestuurder heeft daarop de verkoopactiviteiten gestaakt en heeft geprobeerd om de schulden te saneren. Daarvoor heeft de bestuurder professionele hulp ingeschakeld met als doel om een akkoord te bereiken. Dat is niet gelukt, met het faillissement als gevolg. Het hof vindt dat de bestuurder voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat deze andere feiten dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. De curator heeft op zijn beurt onvoldoende betwist dat het faillissement onvermijdelijk was na het opzeggen van de franchiseovereenkomst. Daardoor moet de curator aannemelijk maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling toch mede een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Volgens het hof heeft de curator niet voldoende aannemelijk gemaakt dat de schending van de publicatieplicht in belangrijke mate heeft bijgedragen aan het faillissement. Alle grieven van de curator falen en het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank. De bestuurder is dus niet aansprakelijk wegens onbehoorlijke taakvervulling.

### **Afronding**

De reden dat de vordering op grond van artikel 2:248 lid 2 BW wordt afgewezen, lijkt in dit geval te zijn dat de curator niet voldoende heeft onderbouwd dat er naast het schenden van de publicatieplicht ook op grond van artikel 2:248 lid 1 BW sprake is van onbehoorlijk bestuur. De curator doet er daarom goed aan om naast het enkele overschrijden van de termijn voor publicatie van de jaarrekening, omstandigheden aan te voeren die mede een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.

Dat het enkele schenden van de publicatieplicht niet voldoende is om de bestuurder aansprakelijk te stellen, is overigens geen ongebruikelijke lijn in de rechtspraak (zie bijvoorbeeld Hoge Raad 7 mei 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3947). Bij het invoeren van deze wetgeving is het echter wel de bedoeling van de wetgever geweest om dit bewijsvermoeden een grote rol te laten spelen bij het vaststellen van het onbehoorlijk bestuur van de bestuurder. De rechtspraak heeft daar niet ongebruikelijk een andere interpretatie aan gegeven, zoals ook helder blijkt uit dit arrest van het Gerechtshof Den Haag.