

noord
negentig

D. Maas Beheer B.V.
T.a.v. mevrouw W.S. Doesburg-Maas
Postbus 470
9600 AL HOOGEZAND

Van Swietenlaan 23/8
9728 NX Groningen
postbus 8001
9702 KA Groningen

telefoon 050.52053
fax 050.5205301
info@noordnegentig.nl
www.noordnegentig.nl

8 november 2004
hjm/ah/32147/PB03

Geachte directie,

Hierbij doen wij u toekomen twee exemplaren van de publicatiestukken van:

- D. Maas Beheer B.V.
- Maas Onroerend Goed B.V.
- Maas Shipyard Waterhuizen B.V.
- Maas Shipyard Hoogezand B.V.
- Maas Interieurbouwers B.V.
- Maas Lastechniek B.V.

Wij verzoeken u de niet-~~ingebonden~~ exemplaren te dateren en ondertekenen en vervolgens vóór 1 februari 2005 naar de Kamer van Koophandel te sturen.

Wij verzoeken wij u de notulen te dateren en te ondertekenen en één exemplaar aan ons te retourneren.

Voor de volledigheid merken wij op dat de publicatieverplichting voor middelgrote ondernemingen volgens de vereisten van Titel 9 Boek 2 BW aanzienlijk afwijkt van de vereisten voor kleine ondernemingen. Voor D. Maas Beheer B.V. betekent dit voor het jaar 2003 een andere publicatie dan de voorgaande jaren. Een aantal van de zaken die verandert zijn voor D. Maas Beheer B.V. zijn het vermelden van het directieverslag, de winst en verliesrekening en de accountantsverklaring. Ten aanzien van het directieverslag is vermeld dat deze ter inzage ligt op uw kantoor. Dit directieverslag bevat een overzicht van het afgelopen jaar en de verwachtingen voor de toekomst aan de hand van een aantal kernpunten. Deze dient op verzoek te kunnen worden geleverd. Uiteraard kunnen wij behulpzaam zijn bij het opstellen van dit verslag.

Hoogachtend,

rs. R. de Beus RA

02076310

DATUM ONTVANGST

16 NOV 2004 GN

Publicatiestukken 2003 van
Maas Shipyard Waterhuizen B.V
Hoogezand-Sappemeer

Ingeschreven bij het Handelsregister Kamer van Koophandel en Fabrieken te Groningen, dossiernummer
02076310.

2

Deponeringen

Help

ALGEMENE GEGEVENS

naam **Maas Lastechniek B.V.**
 ingeschreven onder nummer 020807850000

DEPONERINGEN

Boekjaar 2008
 Datum deponering 1-2-2010
 Omvang klein
 Maand einde boekjaar 12
 Soort jaarstukken Voorlopige jaarrekening

Boekjaar 2007
 Datum deponering 3-2-2009
 Omvang klein
 Maand einde boekjaar 12
 Soort jaarstukken Jaarrekening
 Datum vaststelling jaarstuk 30-1-2009

Boekjaar 2006
 Datum deponering 31-1-2008
 Omvang klein
 Maand einde boekjaar 12
 Soort jaarstukken Jaarrekening
 Datum vaststelling jaarstuk 30-1-2008

Boekjaar 2004
 Datum deponering 1-2-2006
 Omvang klein
 Maand einde boekjaar 12
 Soort jaarstukken Jaarrekening
 Datum vaststelling jaarstuk 30-1-2005

Boekjaar 2003
 Datum deponering * 16-11-2004
 Omvang klein
 Maand einde boekjaar 12
 Soort jaarstukken Jaarrekening
 Datum vaststelling jaarstuk 1-8-2004

JURIDISCHE GEGEVENS**Rechtspersoon :**

Rechtsvorm Besloten vennootschap met gewone structuur
 Statutaire zetel Gemeente Hoogezand-Sappemeer
 Eerste inschrijving in het handelsregister 30-5-2003
 Akte van oprichting 28-5-2003
 Akte laatste statuten wijziging 8-6-2005
 Maatschappelijk kapitaal EUR 175.000,00
 Geplaatst kapitaal EUR 35.300,00
 Gestort kapitaal EUR 35.300,00
 Kosten van oprichting EUR 1.275,00

Terug

Schending publicatieplicht: bewijsvermoeden te beteugelen?MR. Y. BORRIUS¹**1. Inleiding**

In de praktijk worden (meer dan incidenteel) aansprakelijkheidszaken recht-toe-recht-aan op het bewijsvermoeden van te late deponering van de jaarrekening (ex art. 138/248 lid 2 BW) gestoeld of louter op basis van dit bewijsvermoeden in rechte beoordeeld,² zonder dat sprake (b)lijkt te zijn van materiële aanwijzingen van misbruik/kennelijk onbehoorlijk bestuur. De wettelijke koppeling van geen of te late deponering aan de fictie van kennelijk onbehoorlijk bestuur (met vergaande consequenties: aansprakelijkheid voor het boedeltekort) staat bloot aan forse kritiek. De bepaling laat zich intussen moeilijk rijmen met de in de jurisprudentie uitgekristalliseerde leer dat voor bestuurdersaansprakelijkheid hoge drempels hebben te gelden.³ Met enige regelmaat worstelt de rechter – wanneer van een niet bonafide onderneming geen sprake lijkt te zijn – met een aansprakelijkheidsvordering gestoeld op schending van de publicatieplichten en wordt ‘gezocht’ naar een uitweg zoals een aanvaardbare verklaring voor de te late publicatie.⁴

De jaarrekening deponeren staat bij veel (mkb) bedrijven, vooral in een economisch moeilijk klimaat, laag op de prioriteitenlijst. Rond één derde van ondernemers deponeert niet of te laat.⁵ Dit zou betekenen dat het bestuur van al deze ondernemingen zijn taak in het algemeen niet behoorlijk heeft vervuld. Het vergt een wetswijziging om het rechtsgevolg van vaststaand kennelijk

1. Yvette Borrius is advocaat/partner bij Höcker Advocaten te Amsterdam. Zij treedt o.a. op voor en tegen bestuurders en commissarissen in aansprakelijkheidszaken en wordt regelmatig ingeschakeld voor procesadvies.
2. Gebaseerd op eigen waarneming, uitkomst vraagesprekken en quick scan rechtspraak (zie onderdeel 6 van deze bijdrage).
3. Zie HR 5 september 2014, *NJ* 2015/21 (Tulip Air) en *NJ* 2015/22 m.nt. Van Schilfgaarde (RCI Financial Services).
4. Een recent voorbeeld betreft Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, *JOR* 2015/97 m.nt. Van Andel (ER Systemen).
5. Uit onderzoek van Graydon in opdracht van het Financieele Dagblad (‘Graydon onderzoek’) is gebleken dat ‘de deponeringsmoraal’ in Nederland is verslechterd. Ruim een derde van de bedrijven (35,5%) die daartoe verplicht zijn, heeft de jaarrekening over 2011 niet of te laat ingediend bij de KvK. FD 23 april 2013, p. 1 en 2.

onbehoorlijk bestuur bij schending van de publicatieplicht te elimineren. De vraag rijst welke waarborgen beschikbaar zijn om beroep op te late deponering in rechte in te perken c.q. de effecten van aansprakelijkheid te mitigeren en of de keten van waarborgen in de praktijk afdoende werkt.

Deze bijdrage betreft een verkenning naar de wijze waarop curatoren het verwaarlozen van de publicatieverplichting in het perspectief van aansprakelijkheid inzetten en op basis van welke informatie rechter-commissarissen (RC's) verzoeken van curatoren om op de voet van lid 2 te kunnen procederen toetsen en machtiging verlenen. De verkenning wordt ingebed in de wetsgeschiedenis van art. 2:138/248 BW⁶ en ontwikkeling van uitleg(regels) in de jurisprudentie, specifiek ten aanzien van lid 2. Het bevat geen uitputtend overzicht van rechtspraak op dit gebied; ik beoog om tendensen of relevante ontwikkelingen te signaleren.

2. Wet en wetsgeschiedenis

De in 1987 ingevoerde derde antimisbruikwet houdt in dat in geval van faillissement iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor het tekort van de failliete rechtspersoon indien het bestuur in de periode van drie jaar voorafgaand aan het faillissement zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De anti-misbruikwetgeving is bedoeld om alleen excessen van onverantwoordelijk bestuur af te snijden en de bestuurders een ruime marge te laten.⁷ Van misbruik is sprake wanneer onverantwoordelijk is gehandeld met de objectief te bepalen wetenschap (wetende of redelijkerwijs kunnen weten) van benadeling van schuldeisers. De rechter heeft aan de hand van zo objectief mogelijke maatstaven marginaal te toetsen.⁸ Aansprakelijkheid is eerst aan de orde indien *'geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus gehandeld zou hebben'*.⁹

Om de positie van de curator te versterken is in lid 2 van art. 2:138/248 BW een onweerlegbaar vermoeden opgenomen dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk

6. Omdat de problematiek voornamelijk BV's (be)treft refereer ik ook aan alleen art. 2:248 BW.
7. Zie uitvoerige Parlementaire geschiedenis Wet Bestuurdersaansprakelijkheid in geval van Faillissement ('PG WBF').
8. Maatgevend is nog steeds het arrest Van Zoolingen, HR 7 juni 1996, *NJ* 1996, 695 en *JOR* 1996/68 m.nt. Kortmann, expliciet voor de derde anti-misbruikwet bevestigd in het arrest Gilhuis q.q./Panmo, HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 454.
9. Een redelijk denkend bestuurder wil mijns inziens zeggen een bekwaam, kundig en verstandig bestuurder, qua capaciteiten berekend op zijn – nauw met de aard van de onderneming samenhangende – bestuurstaak.

Schending publicatieplicht: bewijsvermoeden te beteugelen?

heeft vervuld indien de vennootschap niet heeft voldaan aan de administratieplicht van art. 2:10 BW of de publicatieverplichting van art. 2:394 BW. De enkele schending van art. 2:10 c.q. art. 2:394 BW leidt (bij faillissement) tot het onweerlegbare vermoeden dat het bestuur zich op straffe van aansprakelijkheid voor het tekort 'over de gehele linie' schuldig heeft gemaakt aan kennelijk onbehoorlijk bestuur.¹⁰ Tegenbewijs dat desondanks wel behoorlijk is bestuurd, staat niet open. Wel kan de bestuurder tegenbewijs leveren terzake van het wettelijke causale vermoeden dat het op basis van lid 2 vaststaande, niet nader gespecificeerde, onbehoorlijke bestuur (als wettelijke fictie) in belangrijke mate tot het faillissement van de vennootschap heeft geleid. De curator behoeft evenmin de veroorzaakte schade aan te tonen. Het boedeltekort overtreft vrijwel steeds vele malen enig door onbehoorlijk bestuur daadwerkelijk teweeg gebrachte schade. De wetbepaling geeft de curator een belangrijke *tool* in handen om bestuurders hoofdelijk aansprakelijk te kunnen stellen voor het tekort in het faillissement van de vennootschap.

De aan schending van de administratieplicht, als fundamentele bestuursverplichting, gekoppelde wettelijke fictie van kennelijk onbehoorlijk bestuur is als zodanig nog te begrijpen. Dit bewijsrechtelijke hulpmiddel is ook praktisch bedoeld: een administratie die – per faillissementsdatum – in de zin van art. 2:10 BW naar behoren is gevoerd, faciliteert het inzicht van de curator in de vermogenspositie van de vennootschap(en), het door het bestuur gevoerde beleid en de mogelijke oorzaken van het faillissement.¹¹ Zonder een behoorlijke administratie is het voor een curator ondoenlijk om (op voldoende vlotte wijze) de hiervoor bedoelde inzichten te verkrijgen en daarnaar te kunnen handelen. Anders dan de administratieverplichting staat de deponeringsplicht niet in enige relatie tot het (kunnen) monitoren van beleidsbeslissingen en het geven van sturing aan werkzaamheden van de vennootschap; met de gepubliceerde jaarrekening legt het bestuur achteraf verantwoording voor zijn beleid af. De wetgever hanteert echter als uitgangspunt dat ook de publicatieplicht een elementaire bestuursverplichting betreft.¹² Volgens de wetgever is doelstelling van de publicatieverplichting "(...) *het naar buiten bekendmaken van de*

10. De term "over de gehele linie" in dit specifieke verband is afkomstig van de Hoge Raad, gebruikt in het arrest inzake faillissement Blue Tomato (HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 91 m.nt. Macijer, tevens *JOR* 2008/29 m.nt. Borrius).
11. De op de verwaarlozing van art. 2:10 BW gestoelde wettelijke fictie van kob, vloeit volgens de PG WBF voort uit geconstateerde praktijken van 'schoenendozen-met-bonnetjes' c.q. 'verdwenen boekhoudingen' waarmee de curator werd geconfronteerd en hem met de handen in het haar deed staan.
12. "*de belangrijkste wettelijke waarborg dat er in de vennootschap een ordelijk, verantwoord en nauwgezet bestuur wordt gevoerd*", Tweede Kamer, vergaderjaar 1983-1984, 16 631, nr. 6 (MvA), p.27.

jaarstukken, waaruit degenen die met de rechtspersoon handelen kennis kunnen nemen van de financiële toestand van de onderneming van de rechtspersoon". De publicatieverplichting "begeeft zich niet in de vraag of hetgeen is gepubliceerd een juiste weergave is van de financiële toestand van de rechtspersoon".¹³ Ik merk op dat (steeds meer) bedrijven alleen een voorlopige jaarrekening deponeren.¹⁴ De in de inleiding genoemde cijfers illustreren dat van het beoogde preventieve effect van aangescherpte aansprakelijkheid, dat tijdige deponering zou moeten bevorderen, niet veel terecht is gekomen.

Dat de aannames van de wetgever ook inhoudelijk gezien niet valide zijn heeft Beckman geruime tijd geleden op heldere wijze aangevoerd:¹⁵

"Er kan ook niet in redelijkheid worden volgehouden dat het niet, niet volledig of te laat openbaar maken de belangen van crediteuren schaadt. Hun vorderingen waren immers al ontstaan op het moment dat openbaarmaking had moeten plaatsvinden of zijn ontstaan zonder dat het ontbreken van (tijdig) openbaar gemaakte jaarrekeningen als gemis werd ervaren. Voor zover nog betoogd zou worden dat openbaarmaking wezenlijk is in de beoordeling van continuering van zakendoen, is zulks als zodanig juist maar dan mag niet worden vergeten dat een openbaar gemaakte financiële positie, gelet op de openbaarmakingstermijn, al lang op het openbaarmakingsmoment achterhaald kan zijn."

Er bestaat geen rationele grondslag voor de koppeling tussen de schending van de publicatieplicht en de aansprakelijkheid van bestuurders voor het faillissementstekort. Schrapping van de deponeringsplicht uit lid 2 is op zijn plaats.¹⁶ Zolang de wetgever geen gehoor geeft aan de oproep tot wetwijziging¹⁷ hebben de spelers in het veld het met de huidige tekst te doen.

13. Eerste Kamer, vergaderjaar 1985-1986, 16 631, nr. 27b (MvA), p. 13.

14. Over 2011 zijn 7232 voorlopige jaarstukken (binnen de wettelijke termijn van 13 maanden) bij de KvK gedeponerd; een ruime verdubbeling ten opzichte van 2007. Bron Graydon onderzoek, FD 23 april 2013, p. 1 en 2.

15. H. Beckman 'Administratie en openbaarmaking van de jaarrekening in het licht van boedelaansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen', *TVVS* 1998, p. 358-359, tevens aangehaald in M.J. Kroeze en J.B. Wezeman 'De openbaarmakingsplicht en aansprakelijkheid in faillissement' in: *Verantwoording aan Hans Beckman*, Deventer: Kluwer 2006, p. 328.

16. Voor een overzicht van in de rechtsliteratuur bepleitte standpunten verwijs ik korthedshalve naar J.M. Siegers, 'Tijd om te deponeren! De kwalificatie van de 'onbelangrijk verzuim'-exceptie van artikel 2:248 lid 2 bij niet-naleving van de publicatietermijn van artikel 2:394 lid 3 BW', *V&O* 2013, nr. 12, noot 30.

17. In het (afgevoerde) Voorontwerp Insolventiewet was in art. 8:2 lid 4 in een zekere verzachting van lid 2 voorzien, geïnspireerd op wettelijke bepalingen van de (voormalige) Nederlandse Antillen, zie verder M.L. Lennarts, commentaar bij HR 1 november 2013, *NJ* 2014/7 (Verify), *OR* 2014/63.

Schending publicatieplicht: bewijsvermoeden te beteugelen?

De parlementaire geschiedenis biedt aanknopingspunten in welke context het sanctioneren van schending van de publicatieverplichting dient te worden gezien. *“De positie van het bestuur wat betreft het bijbrengen van tegenbewijs tegen het wettelijk vermoeden dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest, is niet steeds hopeloos. Bijvoorbeeld is dat niet het geval wanneer de boekhouding en de bedrijfsadministratie in orde zijn en de nalatigheid om te publiceren aantoonbaar niet haar oorzaak vindt in de malafiditeit van het bestuur, dat degenen met wie de rechtspersoon te maken heeft een rad voor ogen wil draaien aangaande de financiële toestand van de onderneming”*.¹⁸ De wetgever gaat er aldus van uit dat de sanctie bij verwaarlozing van de publicatieverplichting toepassing zal vinden indien sprake is van malafiditeit. *Tegen ondernemingen die blijken dan [na aanschrijving] nog geen ernst te maken met de publicatieplicht, zullen hardere maatregelen moeten worden genomen*. (...) *“Tenslotte moet worden bedacht dat het voldoen aan de publicatieplicht voor het bestuur geen enkel probleem hoeft op te leveren in de gevallen dat het met de rechtspersoon in orde is. Voldoet men aan die verplichting willens en wetens en ondanks aanmaningen van de zijde van de Kamers van Koophandel niet, dan ligt het vermoeden voor de hand dat de soliditeit van de rechtspersoon en het verantwoordelijkheidsbesef van het bestuur te wensen overlaten”*.¹⁹

Er klinkt een zekere ‘hardleersheid’ in de toelichting door: ondernemers die ondanks waarschuwingen, kennelijk willens en wetens, niet of te laat publiceren, moeten dat dan maar voelen. In de praktijk ontvangen bestuurders geen wezenlijke aanmaningen of waarschuwingen²⁰ en zijn sancties (zoals boetes), indien zij – eenmalig of jaren achtereen – verzuimen tijdig te deponeren, uitzonderlijk.²¹ Dit terwijl de wet in een arsenaal aan sancties voorziet.²² Het is

18. Eerste Kamer, vergaderjaar 1985-1986, 16 631, nr. 27b (MvA), p. 11.

19. Eerste Kamer, vergaderjaar 1985-1986, 16 631, nr. 27b (MvA), p. 14.

20. Doorgaans komen waarschuwingen alleen van de (eigen) boekhouder of accountant.

21. Over het boekjaar 2011 zijn 275.000 bedrijven met tijdige deponering in gebreke gebleven. De Belastingdienst Holland Midden (toezien op handhaving) heeft over 2012 een aantal van 1230 onderzoeken verricht, 663 rechtspersonen zijn geformaliseerd (d.w.z. minder dan 1 % van in gebreke gebleven ondernemingen). In totaal heeft het Functioneel Parket (fraude afdeling OM) 141 strafbeschikkingen opgelegd voor een gemiddeld bedrag van € 913. De door de rechter (in zoverre door ondernemers aangezocht) vervolgens opgelegde geldstraf bedroeg gemiddeld een bedrag van € 590. Bron Graydon onderzoek, FD 23 april 2013, p. 1 en 2.

22. Schending van de publicatieverplichting betreft een economisch delict (art. 1 aanhef en sub 4 WED) dat gestraft wordt met hechtenis van ten hoogste 6 maanden, een taakstraf of een geldboete van de vierde categorie (max. € 19.500) (art. 6 lid 1 sub 4 WED). Behalve tegen de rechtspersoon kan ook tegen degene die opdracht tot / feitelijk leiding aan de verboden gedraging heeft gegeven strafvervolging worden ingezet (art. 51 lid 2 Sr).

opmerkelijk dat, waar tijdige deponering zo van belang wordt geacht, de overheid dit niet met de beschikbare minder vergaande instrumenten stimuleert, bevordert en afdwingt. De disproportionele sanctie van aansprakelijkheid voor het boedeltkort bij faillissement wordt daarmee een ware sluipmoordenaar.

De wetgever heeft aandacht besteed aan het belang om de effecten van de wettelijke ficties van lid 2 te kunnen mitigeren. Dit kan onder meer plaatsvinden door de interpretatie van “onbelangrijk” in de concrete gevallen van verzuim en ervoor te waken dat tegenbewijs ten aanzien van het wettelijke causale vermoeden materiële betekenis houdt. *“De vrees dat curatoren de verwaarlozing van de publicatieplicht zouden aangrijpen en niet zouden onderzoeken of er een boekhouding aanwezig is die aan redelijk te stellen eisen voldoet, deel ik reeds daarom niet, omdat – zoals hiervoor is uiteengezet – de bestuurders gemakkelijker tegenbewijs kunnen leveren tegen het wettelijk vermoeden van causaliteit van kennelijk onbehoorlijk bestuur en faillissement in het geval dat (slechts) de publicatieplicht is verwaarloosd”.*²³

In dit bestek heeft de Hoge Raad verder aangehaald *“dat de curator en de rechter-commissaris zullen waken tegen misbruik van de regeling, alsmede dat de rechter op de voet van art. 2:248 lid 4 het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn kan matigen.”*²⁴

In hoeverre deze waarborgen c.q. ontsnappingsroutes in de praktijk werken, belicht ik in de volgende onderdelen.

3. Uitleg regels jurisprudentie lid 2

In de praktijk geven de bewijsregels van lid 2²⁵ aanleiding tot complicaties; over de reikwijdte van het tweede lid worden veel procedures gevoerd.

De Hoge Raad heeft in een aantal arresten lid 2 restrictief uitgelegd. Zeer beknopt samengevat betreffen de nuanceringen dat voor toepassing van lid 2 (i) ten aanzien van de deponeringsverplichting steeds de maximale openbaarmakingstermijn van dertien maanden wordt vergund,²⁶ (ii) van een onbelangrijk verzuim sprake is indien het niet voldoen aan de verplichting in de omstan-

23. Eerste Kamer, vergaderjaar 1985-1986, 16 631, nr. 27b (MvA), p. 13.

24. HR 20 oktober 2006, *NJ* 2007, 2, tevens *JOR* 2006/288 m.nt. Borrius (Van Schilt/Jansen q.q.), rov. 4.3.1.

25. Zie tevens bijdrage mr. K. Hermsen elders in deze bundel.

26. HR 11 juni 1993, *NJ* 1993, 713 (Brens qq/Sarper).

Schending publicatieplicht: bewijsvermoeden te beteugelen?

digheden²⁷ van het geval *niet* er op wijst dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld, dat zich met name kan voordoen indien voor het verzuim een aanvaardbare verklaring bestaat,²⁸ waarbij als het gaat om een overschrijding van de termijn voor publicatie, er hogere eisen gelden voor de reden tot overschrijding naarmate de termijn daarvan langer is,²⁹ (iii) voor het weerleggen van het causale vermoeden voldoende is dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat (ook) andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest,³⁰ (iv) de regels van lid 2 na geslaagd causaliteitsverweer volledig zijn uitgewerkt,³¹ en (v) ook een niet volledig buiten het bestuur gelegen oorzaak als tegenbewijs kan dienen om het causale vermoeden van lid 2 te weerleggen.³²

De twee laatst genoemde restricties licht ik – vanuit het belang van weerlegging van het causale vermoeden: de door de wetgever aangeduide ‘eenvoudige’ ontsnappingsroute – kort nader toe. Uit het arrest Schilt/Jansen³³ volgt dat wanneer de bestuurder in weerlegging van het causale vermoeden van lid 2 slaagt, het vervolgens op de weg van de curator ligt om op de voet van lid 1 aannemelijk te maken dat ‘de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest’. Alsdan zijn er meerdere belangrijke oorzaken van het faillissement naast elkaar aan te wijzen, zowel extern als gelegen in het kennelijk onbehoorlijk bestuur zelf. De curator zal aannemelijk dienen te maken dat in het geheel van factoren dat tot het faillissement heeft geleid, het onbehoorlijke bestuursgedrag een opvallende plaats heeft ingenomen en een aanwijsbare rol heeft gespeeld bij het ontstaan van de faillissementssituatie.³⁴

27. Onder omstandigheden kan ook het niet deponeren van de verplichte accountantsverklaring als onbelangrijk verzuim worden aangemerkt, zie HR 20 oktober 2006 (Van Schilt/Jansen q.q.) aangehaald in noot 24.

28. Recent HR 12 juli 2013, *NJ* 2013, 401, *JOR* 2013 2013, 300 m.nt. Van Aniel (Apeldoornse Asbestsanering).

29. Recent HR 1 november 2013, *NJ* 2014, 7 m.nt. Van Schilfgaarde (Verify).

30. HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 95 m.nt. Maeijer (inzake Vlimeta).

31. HR 20 oktober 2006 (Van Schilt/Jansen q.q.) aangehaald in noot 24.

32. HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 91 m.nt. Maeijer, tevens *JOR* 2008/29 m.nt. Borrius (Blue Tomato).

33. HR 20 oktober 2006 (aangehaald in noot 24).

34. “De aan het woord zijnde leden willen voorts weten of het woord “belangrijk” (“belangrijke oorzaak van het faillissement”) zo moet worden verstaan dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur tegenover de som van de overige oorzaken overwegend moet zijn (meer dan 50%) of slechts dat zij van betekenis moet zijn voor het ontstaan van het faillissement. (...) Vergelijkt men haar met de oude tekst, dan is duidelijk dat “belangrijk” méér inhoudt dan gedeeltelijk, in die zin dat het gedrag van het bestuur in het samenstel van oorzaken bij wijze van spreken een opvallende plaats moet innemen. Onvoldoende is, wanneer dat gedrag weliswaar eniger mate heeft →

Mr. Y. Borrius

In het arrest Blue Tomato³⁵ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat (i) indien een bestuurder ter ontzenuwing van het bewijsvermoeden een van buiten komende oorzaak voor het faillissement stelt en (ii) de curator de bestuurder verwijt dat hij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, dan zal (iii) 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 is het vervolgens aan de curator om op de voet van lid 1 aannemelijk te maken dat nochtans de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.³⁶

De restrictieve toepassing door de Hoge Raad is in lijn met de kritieken die nuancering van de in het tweede lid opgenomen verplichtingen betogen, met name ten aanzien van de verplichte deponering van de jaarrekening. Onevenredige uitkomsten zijn daarmee nog niet van de baan, waarop ik terugkom in onderdeel 6 'Instrumenten ter mitigering in rechtspraak'.

4. Aanvliegroute curator gebruik bewijsvermoeden te late deponering

De curator, belast met het beheer en vereffening van de boedel, vervult een publieke taak. Hij (zij) is door de wetgever met belangrijke bevoegdheden uitgerust om primair in het belang van de schuldeisers het faillissement naar behoren af te wikkelen. Een van de bevoegdheden is om – met procesmachtiging van de RC – een of meer bestuurders (en/of commissarissen en relevante anderen) in rechte te kunnen betrekken. Het is aan de curator om te bepalen of hij een aansprakelijkheidsprocedure start; daar kan – ook indien kennelijk onbehoorlijk bestuur een gegeven lijkt – om bijvoorbeeld proceseconomische redenen tevens van worden afzien.

Alhoewel curatoren zich bewust (behoren te) zijn van het gegeven dat schending van de publicatieverplichting realistisch gezien nimmer als een belangrijke oorzaak van faillissement kan kwalificeren, is de nadruk die sommige curatoren op gebrekkige deponering van de jaarrekeningen leggen opmerkelijk te noemen. De vraag rijst of en in hoeverre curatoren bij beroep op

bijgedragen tot de deconfiture, maar toch in vergelijking met de andere oorzaken een geringe rol heeft gespeeld. Aan de andere kant kan "belangrijk" niet op één lijn worden gesteld met "in overwegende mate". Eerste Kamer, vergaderjaar 1985-1986, 16 631, nr. 27b (MvA), p. 8.

35. HR 30 november 2007 (aangehaald in noot 32).

36. Zie voor een nadere toelichting Y. Borrius, 'Kroniek Bestuurdersaansprakelijkheid', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2008-2009* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 99), p. 105-106.

Schending publicatieplicht: bewijsvermoeden te beteugelen?

het bewijsvermoeden wegens schending van de publicatieverplichting zich er van vergewissen in hoeverre sprake is van concreet kennelijk onbehoorlijk bestuur, in materiële (niet fictieve) zin. Een curator zal aan de hand van (oorzaken)onderzoek de overtuiging dienen te hebben dat de aangesproken bestuurder(s) andere verwijten gemaakt kunnen worden die – hoogstwaarschijnlijk – verband houden met het ingetreden faillissement en kwalificeren als kennelijk onbehoorlijk bestuur. Om tunnelvisie of vooringenomenheid³⁷ te voorkomen verdient het de voorkeur dat de curator kritisch advies inwint of hij 'een zaak heeft'. In kleinere faillissementen is het zinvol om de zaak intern, binnen kantoor, tegen een of twee niet-betrokken deskundige collega's aan te houden. Bij een groter of complex faillissement heeft het de voorkeur dat een derde (gespecialiseerd advocaat, niet zijnde kantoorgenoot) op basis van het oorzakenonderzoek op onafhankelijke wijze een opinie, procesadvies, afgeeft over de merites van een eventueel aanhangig te maken bestuurdersaansprakelijkheidszaak.

Een objectief (feitelijk) oorzakenrapport heeft, los van een eventueel te onderbouwen bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure, tot doel alle betrokkenen, in eerste instantie de crediteuren, te informeren over de relevante feiten en omstandigheden voorafgaand aan het faillissement. Over de wijze waarop gewaarborgd dient te worden dat dit onderzoek daadwerkelijk objectief en deugdelijk geschiedt – en niet gekleurd als opmaat naar mogelijke conclusies over aansprakelijkheid – heerst onduidelijkheid.³⁸ De door INSOLAD opgestelde Praktijkregels voor Curatoren³⁹ – door curatoren bij hun beroepsuitoefening te hanteren *best practice rules* – bieden daartoe geen richtsnoer.

De Praktijkregels voor Curatoren (hoofdstuk 5) bevatten wel specifieke richtlijnen omtrent aansprakelijkstelling van (ex)bestuurders, (ex)commissarissen en derden voor het ontstaan van het faillissement. Binnen het bestek van deze bijdrage zijn met name regels 5.2 en 5.4 (met toelichting), verkort weergegeven, van belang:

37. *"Tunnelvisie is ook een curator niet vreemd. De curator heeft wat ontdekt, soms na lang speurwerk, en wil oogsten op zijn kostbare inspanningen (...). Hij is als iedere cliënt overtuigd van zijn gelijk. Een koele hand op het voorhoofd kan wonderen doen en onnodige kosten besparen"* aldus S.M. van der Zwan, 'Maclou in toga', *TvI* 2014, 18.
38. Voor daarover gevoerd (polemisch) debat verwijs ik naar R.J. Schimmelpenninck, 'Protocol oorzakenonderzoek voor complexe faillissementen', *TvI* 2008, 20, S.H. de Ranitz, 'Perverse prikkels, curatoren en de goede procesorde', *TvI* 2008, 42 en F.H. Tiethoff, 'De curator, een integere advocaat!', *TvI* 2011, 1.
39. Praktijkregels voor curatoren september 2011 (www.insolad.nl/praktijkregels.html).

5.2 De curator van een rechtspersoon gaat in het algemeen niet over tot aansprakelijkstelling van (ex-)bestuurders (...) voor een vordering als bedoeld in praktijkregel 5.1 alvorens hij die (ex-)bestuurders (...) in de gelegenheid heeft gesteld hun visie te geven op de oorzaken van het faillissement en de rol van (ex-)bestuurders en (ex-)commissarissen.

Toelichting

De beginselen dat de curator zich integer en betamelijk gedraagt en dat hij streeft naar objectiviteit in zijn oordeelsvorming brengen in het algemeen mee dat de curator niet tot aansprakelijkstelling in gevallen als de onderhavige overgaat zonder de aansprakelijk te stellen personen of rechtspersonen eerst in de gelegenheid te stellen hun visie op de gang van zaken te geven. (...)

5.4 De curator van een rechtspersoon gaat slechts dan over tot het aansprakelijk stellen van een (rechts)persoon (...) indien hij er van overtuigd is dat de betreffende (rechts)persoon ook werkelijk aansprakelijk is.

Toelichting

(...) Of die vorderingen bestaan is niet altijd aanstonds duidelijk. In een faillissement van een rechtspersoon zal er dikwijls wel wat aan te merken zijn op de handel en wandel van de (ex-)bestuurder(s) en/of (ex-)commissaris(sen), maar gelet op de criteria die de jurisprudentie daaraan stelt zal dat in het merendeel van de gevallen niet leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid. Goed boedelbeheer brengt mee dat de curator slechts dan tot aansprakelijkstelling overgaat als hij er na deugdelijk onderzoek van overtuigd is dat er inderdaad sprake is van een harde claim.

Deugdelijk onderzoek behelst ondermeer dat de curator zich idee vormt over alle oorzaken van het faillissement. Hij mag zich niet beperken tot oorzaken die mogelijke aansprakelijkheid van betrokken personen opleveren, maar zal zich ook in de andere oorzaken moeten verdiepen. Het ligt op zijn weg om de diverse betrokkenen actief te bevragen wat zij als relevante oorzaken van het faillissement beschouwen. Zonder daarop gerichte vragen – en doorvragen – hoeven geïnterviewden zich niet bewust te zijn van het belang van dergelijke vragen en niet zelf het initiatief nemen om hun visie te geven. Dit traject bevordert inzicht in de samenhang tussen interne en externe oorzaken van faillissement. In een deugdelijk onderzoeksrapport van de curator behoren de relevante bedrijfseconomische ontwikkelingen binnen de branche waarbinnen het bedrijf werkzaam is te worden beschreven, de plaats die het bedrijf binnen de branche inneemt en de ontwikkeling die het bedrijf heeft doorgemaakt. Hierbij wordt de strategie en de economische ontwikkeling van het bedrijf en de

Schending publicatieplicht: bewijsvermoeden te beteugelen?

anticipatie of reactie op marktontwikkelingen behandeld.⁴⁰ Betrokkenen dienen in het kader van hoor en wederhoor op behoorlijke wijze in de gelegenheid te worden gesteld om commentaar te leveren op de feitelijke bevindingen van de curator c.q. door hem ingeschakelde externe onderzoekers. In zoverre in belang van hoor en wederhoor zullen bestuurders desgevraagd moeten kunnen beschikken over bepaalde relevante stukken van de vennootschap (zoals notulen) en administratieve gegevens die zich onder de curator bevinden.

De wijze waarop het onderzoek wordt uitgevoerd, (ex)bestuurders en commissarissen in dat onderzoek worden betrokken (en in welke fasen) en hoor en wederhoor plaatsvindt, vertoont in de praktijk grote verschillen. Tal van onderzoeken vinden op deugdelijke wijze plaats. De praktijk wijst echter uit dat er ook geregeld en vrij fundamenteel het nodige aan onderzoek schort. In minder grote faillissementen, veelal een mkb-bedrijf, komt het voor dat de aangestelde curator de betrokken bestuurder(s) slechts éénmaal kort oriënterend komt te spreken. Er wordt evenmin een gespreksverslag ter becommentariëring of aanvulling voorgelegd. Het openbare faillissementsverslag biedt direct betrokkenen geen inhoudelijke informatie over enig onderzoek – dat bij kleinere faillissementen in de regel door de curator zelf wordt uitgevoerd – en de reikwijdte daarvan. Het is niet zelden dat een bestuurder eerst aan de hand van een dagvaarding achterhaalt wat hem verweten wordt en wat de onderbouwing daarvan is.⁴¹ Een bestuurder – indien niet bereid om de onvermijdelijke schikking te treffen – dient substantiële tijd en kosten te spenderen om verweer tegen de aannames van de curator te voeren. Het komt zelfs voor dat bij een vordering gestoeld op schending van art. 2:10 BW (naast art. 2:394 BW), de curator niet de moeite heeft genomen om de boekhouder van de vennootschap te bevragen. Onjuiste veronderstellingen worden vervolgens bij verweer tenietgedaan. Dergelijk onderzoek (huiswerk van de curator) behoort uiteraard voorafgaand aan een eventuele procedure te worden uitgevoerd.

40. Zie R.J. Schimmelpenninck (aangehaald in noot 38).

41. Het feit dat de Faillissementswet geen specifieke bepalingen bevat die betrekking hebben op informatieverplichtingen van de curator aan de (bestuurder van de) gefailleerde – in tegenstelling tot diverse verplichtingen tot informatieverschaffing aan de curator – betekent niet dat een redelijk handelend curator niet gehouden is om (het bestuur van) de gefailleerde te informeren over specifieke aangelegenheden die hen aangaan. Bijkomend voordeel is dat misverstanden kunnen worden voorkomen. Indien een curator machtiging verzoekt om tegen een bestuurder te procederen, gaat dit gepaard met informatieverplichtingen aan de RC (zie onderdeel 5). Dit impliceert dat de curator de bestuurder op voorhand informeert over diens voornemen tot aansprakelijkstelling. Vgl. R. Mulder, 'It takes two to tango', in: *De curator en Informatie*, *INSOLAD jaarboek 2013*, p. 19 en 23.