

University of Groningen

Case note: ECLI:NL:HR:2021:1099

Lennarts, Loes

Published in:
 Tijdschrift voor Insolventierecht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
 2021

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
 Lennarts, L. (2021). Case note: ECLI:NL:HR:2021:1099. Tvl 2021/31. Casenote over: Hoge Raad, 09/07/2021, 19/05871, ECLI:NL:HR:2021:1099 *Tijdschrift voor Insolventierecht*, 27(5), 235-240.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Tvl 2021/31

Hoge Raad (Civiele kamer) 9 juli 2021, nr. 19/05871
m.nt. prof. mr. M.L. Lennarts¹

NJB 2021/2167
V-N Vandaag 2021/1810
V-N 2021/33.21
RvdW 2021/771
ECLI:NL:PHR:2020:1012
ECLI:NL:HR:2021:1099

Indien niet is voldaan aan de plicht tot publicatie van de jaarrekening (art. 2:394 BW) en/of de boekhoudplicht (art. 2:10 BW) staat kennelijk onbehoorlijk bestuur ‘in het algemeen’ vast en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. In dit arrest maakt de Hoge Raad duidelijk dat specifieke gedragingen van (mede)bestuurders die niet kwalificeren als kennelijk onbehoorlijk bestuur kunnen worden aangevoerd ter weerlegging van het causaliteitsvermoeden neergelegd in art. 2:138/248 lid 2 BW. Hiervoor is nodig dat het aangevoerde bestuurshandelen een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Noot bij Hoge Raad 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1099 (Mobile Services)

1. Feiten en procesverloop

De casus die ten grondslag ligt aan het meest recente arrest van de Hoge Raad over de in lid 2 van art. 2:138/248 BW neergelegde bewijsvermoedens is als volgt. A, B, en C hebben in 2005 MS BV opgericht. Via hun persoonlijke holdingvennootschappen, A BV, B BV en C BV besturen zij MS BV, samen met D BV. Enig bestuurder van D BV is D. MS BV is bestuurder en enig aandeelhouder van twee andere vennootschappen, MSI BV en MST BV. MS BV was gespecialiseerd in het leggen van snelle internetverbindingen. De taken binnen het bestuur van MS BV waren feitelijk als volgt verdeeld. D had de dagelijkse leiding over MS BV, C verzorgde de dagelijkse administratie en A en B waren verantwoordelijk voor de uitvoerende taken in de buitendienst. In 2010 is tussen de vier (indirecte) bestuurders onenigheid ontstaan over de koers van de vennootschap. A en B wilden eind 2009 stoppen met de onderneming. Hierna vond een gesprek plaats tussen A, B, C en D. Tijdens dat gesprek is C opgestapt en heeft hij zijn taken als (indirect) bestuurder van MS BV neergelegd. A heeft de taken van C tot einde maart 2010 overgenomen, daarna zijn deze taken vervuld door de echtgenote van D. Er is gesproken over overname door D van de aandelen die A en B houden in MS BV, maar dit is op niets uitgelopen. Op 25 mei 2010 is een bedrag van € 32.733,13 overgemaakt van de bankrekening van MS BV naar de rekening van D BV. Op

26 mei 2010 heeft D aan het personeel van MS meegedeeld dat het bedrijf in zwaar weer verkeerde. Op 1 juni 2010 is D BV uitgeschreven als bestuurder van MS BV en een dag later is D met onmiddellijke ingang geschorst als indirect bestuurder van MS BV. Sinds juni 2010 is de administratie van MS in opdracht van A en B door een derde verzorgd. Inmiddels waren A en B aandeelhouder geworden van TWS Infra BV, een deelneming van TWS, de grootste opdrachtgever van MS BV. TWS Infra/TWS heeft in de periode juni-september enige activa van MS BV overgenomen, een aantal leasecontracten van MS BV afgekocht en aantal facturen van MS BV vooruitbetaald. Op 25 januari 2011 zijn de faillissementen van MS BV en haar twee dochtervennootschappen uitgesproken. Een deel van het personeel van MS BV is na het faillissement in dienst getreden bij TWS (Infra).

De curator heeft geconstateerd dat bij MS BV en haar dochtervennootschappen niet is voldaan aan de administratieplicht en de plicht om de jaarstukken tijdig te deponeren. Nadat pogingen tot het bereiken van een minnelijke schikking zijn mislukt, heeft hij A, B, C en hun persoonlijke holdingvennootschappen aansprakelijk gesteld voor het faillissementstekort op grond van art. 2:248 lid 1 juncto lid 2 BW. De rechtbank heeft de vordering afgewezen omdat de aangesproken bestuurders voldoende hebben weerlegd “het in artikel 2:248 lid 2 BW bedoelde vermoeden dat de gevoerde administratie in het tweede half jaar van 2010 of het niet tijdig deponeren van de jaarrekening over 2009 in belangrijke mate hebben bijgedragen aan het faillissement”. Het zal de lezers van dit tijdschrift niet verbazen dat dit oordeel in hoger beroep onderuit is gegaan. Terecht heeft het hof geoordeeld dat dit oordeel niet strookt met het systeem van art. 2:248 lid 2 BW.² Het hof overweegt onder verwijzing naar eerdere arresten van de Hoge Raad³ dat de schending van art. 2:10 BW impliceert dat *over de gehele linie* sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur en dat de bestuurders aannemelijk moeten maken dat andere feiten of omstandigheden dan die kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. De bestuurders hebben als andere belangrijke oorzaken onder meer aangevoerd dat D vlak voor zijn vertrek vrijwel het gehele werkkapitaal van MS BV naar de rekening van D BV heeft overgemaakt en dat hij in een mailing aan klanten heeft aangekondigd dat A en B uit MS BV zouden stappen. Het hof overweegt ten aanzien van de onttrekking dat niet valt in te zien “hoe laakbaar handelen van een medebestuurder kan meebrengen dat een ander feit dan kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Integendeel. [geïntimeerden] zien over het hoofd dat de aansprakelijkheid ex art. 2:248 BW een collectieve aansprakelijkheid is voor het bestuur als geheel (behoudens een succesvol beroep op disculpatie) en dat hun eventueel onderling regres de curator niet regardeert.” Ook met het beroep op de door D verstuurd mailing miskennen geïntimeerden volgens het hof

¹ Gelieve dit artikel aan te halen als: M.L. Lennarts, ‘Noot bij Hoge Raad 9 juli 2021, zaaknummer 19/05871, ECLI:NL:HR:2021:1099 (Mobile Services)’, Tvl 2021/31. Prof. mr. M.L. (Loes) Lennarts is hoogleraar Vergelijkend ondernemingsrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en redacteur van dit tijdschrift.

² Hof Arnhem-Leeuwarden 24 september 2019, JOR 2020/3, m.nt. C.M. Harmsen.

³ HR 20 mei 1988, NJ 1989, 676, m.nt. Ma en Alkema (Koster/Van Nie q.q.) en HR 12 juli 2013, NJ 2013/401 (Bobo Holding/König).

het uitgangspunt van collectieve aansprakelijkheid. Ook dat was immers een actie van een medebestuurder.

A, B en C stellen cassatieberoep in tegen het arrest van het hof en richten hun pijlen onder meer tegen de hiervoor geciteerde overweging. De daartegen gerichte klacht houdt in dat het oordeel van het hof miskent dat ook handelingen van een medebestuurder (en onder omstandigheden zelfs van een aangesproken bestuurder zelf) die op zichzelf niet aan te merken zijn als kennelijk onbehoorlijk bestuur, een belangrijke oorzaak van het faillissement kunnen opleveren, waarmee het bewijsvermoeden van art. 2:248 lid 2 BW in beginsel is uitgewerkt.

2. Uitspraak Hoge Raad

Het oordeel van de Hoge Raad is kort maar krachtig. Hij wijst er – nog eens – op dat een redelijke uitleg van art. 2:248 lid 2 BW meebrengt dat de bestuurder voor het ontzenuwen van het causaliteitsvermoeden kan volstaan met aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan zijn (kennelijk) onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Als dat lukt, is het aan de curator om ex art. 2:248 lid 1 BW aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Hierna volgt de kernoverweging, die leidt tot vernietiging van het arrest van het hof:

“Naast van buiten komende oorzaken, kan ook het handelen of nalaten van een of meer bestuurders dat op zichzelf beschouwd geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert – en waarvan dus niet gezegd kan worden dat geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld – voldoende zijn voor ontzenuwing van het in art. 2:248 lid 2 BW bedoelde vermoeden.

Het vorenstaande wordt niet anders doordat art. 2:248 lid 2 BW bepaalt dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld indien het niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit art. 2:10 BW of art. 2:394 BW, en in de wetsgeschiedenis is opgemerkt dat hiermee is bedoeld dat uit deze tekortkomingen wordt afgeleid dat het bestuur zijn taak ook in het algemeen onbehoorlijk heeft vervuld en daartegen geen tegenbewijs openstaat. *Een en ander moet immers worden gelezen in het licht van het aan art. 2:248 BW ten grondslag liggende uitgangspunt dat het niet erom gaat de bestuurders persoonlijk voor het gehele tekort aansprakelijk te maken wegens het enkele feit van het onbehoorlijke bestuur, ook al heeft dit niet tot het faillissement geleid* (curs. LL). Met dit laatste strookt dat in de wetsgeschiedenis ook is opgemerkt dat het bestuur in verband met het bijeenbrengen van tegenbewijs tegen het wettelijk vermoeden dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest, bewijs ervan kan leveren dat het zich voor het overige wel behoorlijk van zijn taak heeft gekweten.”

3. Commentaar

3.1 Het is bijna 35 jaar geleden dat art. 2:138/248 BW in werking trad als onderdeel van de derde misbruikwet. In die periode heeft de Hoge Raad ruim twintig keer moeten oordelen over de wijze waarop lagere rechters deze bepalingen hebben toegepast.⁴ Een aanzienlijk deel van de uitspraken heeft betrekking op de werking van de vermoedens neergelegd in het tweede lid, die in de wet zijn opgenomen om de curator een helpende hand te bieden bij het aansprakelijk stellen van bestuurders die de vennootschapsschuldeisers hebben benadeeld door kennelijk onbehoorlijk bestuur. Naar twee van die uitspraken heeft het hof in deze zaak verwezen ter onderbouwing van zijn oordeel dat geen bestuurshandelen (of -nalaten) kan worden aangevoerd ter ontzenuwing van het vermoeden van causaal verband als kennelijk onbehoorlijk bestuur op grond van het tweede lid vaststaat. Het hof noemt in de eerste plaats *Koster/Van Nie q.q.*, het eerste arrest van de Hoge Raad met betrekking tot art. 2:248 BW, gewezen in het jaar na inwerkingtreding van de derde misbruikwet.⁵ Volgens de Hoge Raad geldt dat, als niet is voldaan aan art. 2:10 BW en/of art. 2:394 BW:

- “1) zonder meer als vaststaand moet worden aangenomen dat *ieder* der bestuurders zijn taak voor *het overige* ook kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld; en
- 2) *behoudens tegenbewijs* door de aangesproken bestuurder voor aannemelijk moet worden gehouden dat *dit kennelijk onbehoorlijke bestuur* een belangrijke oorzaak is van het faillissement”. (curs. LL)

Met het eerste element verwijst de Hoge Raad naar de wetsgeschiedenis, waarin niet de woorden ‘voor het overige’, maar ‘in het algemeen’ worden gebruikt.⁶ Wat precies wordt bedoeld met *het zonder meer vaststaan* van kennelijk onbehoorlijk bestuur ‘in het algemeen’ wordt echter niet geheel duidelijk uit de wetsgeschiedenis. Zoals de Hoge Raad in het arrest van 9 juli 2021 overweegt, is in die wetsgeschiedenis immers ook opgemerkt dat het bestuur in verband met het bijeenbrengen van tegenbewijs tegen het wettelijk vermoeden dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest, bewijs ervan kan leveren dat het zich voor het overige wel behoorlijk van zijn taak heeft gekweten.⁷ Hoewel dit voor de bestuurder een loodzware bewijslast oplevert, biedt deze passage uit de wetsgeschiedenis ruimte voor nuancering van het ‘zonder meer vaststaan’ van kennelijk onbehoorlijk bestuur in het algemeen.

Het is bovendien goed om de geciteerde overweging te lezen tegen de achtergrond van de klacht waarop zij betrekking heeft. Bestuurder Koster had in cassatie aangevoerd dat het ontbreken van een balans en van een boekhouding wel

4 Ik heb de 81 RO-zaken buiten beschouwing gelaten, alsmede zaken waarin art. 2:138/248 BW wel een grondslag van de vordering was, maar deze bepalingen in het arrest van de Hoge Raad geen rol (van betekenis) speelden.

5 HR 20 mei 1988, NJ 1989, 676, m.nt. Ma en Alkema (*Koster/Van Nie q.q.*).

6 *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, nr. 3, p. 4.

7 *Kamerstukken I* 1985/86, 16631, nr. 27b, p. 11-12 en 37.

een vermoeden oplevert dat kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement, maar dat het dit nog niet aannemelijk maakt, zoals is vereist op grond van het eerste lid van art. 2:248 BW. De geciteerde overweging heeft niet meer om het lijf dan dat de Hoge Raad daarin uitlegt wat een wettelijk causaliteitsvermoeden inhoudt. Het is aan de bestuurder om tegenbewijs te leveren en niet aan de curator om nog iets aannemelijk te maken. Het accent ligt dus – gelet op de inhoud van de klacht – op het tweede element in de geciteerde overweging. De precieze betekenis van het eerste element – de wettelijke fictie dat ieder van de bestuurders ook ‘voor het overige’ zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld – voor de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren was niet aan de orde in deze zaak.

3.2 Ook in het tweede arrest waarnaar het hof verwijst, gewezen in de zaak *Bobo Holding/König q.q.* (ook wel: *Apeldoornse Asbestsanering*), ging het niet om de vraag wat kan worden aangevoerd ter ontkrachting van het causaliteitsvermoeden.⁸ Het ging daarin om de betekenis van ‘onbelangrijk verzuim’ in art. 2:138/248 lid 2 BW. De bestuurder had in cassatie aangevoerd dat het feit dat er weinig belang is bij publicatie van de jaarrekening meebrengt dat sprake is van een onbelangrijk verzuim, zodat het tweede lid niet van toepassing is. Volgens de Hoge Raad is deze opvatting onjuist. De reden waarom bij schending van art. 2:10 BW en bij schending van art. 2:394 BW kennelijk onbehoorlijk bestuur vaststaat, is dat:

“het niet voldoen aan deze verplichtingen – gelet op het gewicht dat aan de nakoming daarvan toekomt – erop wijst dat het bestuur zijn taak ook voor het overige niet behoorlijk vervult (*Kamerstukken II* 16 631, 1980-1981, nr. 3, p. 4 en HR 20 mei 1988, *NJ* 1989/676, rov. 3.4). Ook indien het belang bij openbaarmaking in het gegeven geval betrekkelijk is om redenen als bedoeld in het onderdeel, wijst de niet-tijdige openbaarmaking van de jaarrekening op zichzelf op een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. Die redenen kunnen geen grond zijn om een onbelangrijk verzuim aan te nemen als bedoeld in de slotzin van art. 2:248 lid 2 BW.”

3.3 De invulling van de mogelijkheid tot weerlegging van het causale verband was wel aan de orde in een aantal andere arresten, die nauwgezet worden geanalyseerd door A-G Assink in zijn conclusie bij het onderhavige arrest. Eerste in deze rij was het arrest in de zaak *Vlimeta* (ook wel: *Mefigro*).⁹ Het hof had zich in deze zaak verenigd met de bewijsopdracht die de rechtbank aan de bestuurder had gegeven, te weten het leveren van bewijs dat het faillissement van *Vlimeta* niet in belangrijke mate was veroorzaakt door (kennelijk) onbehoorlijke taakvervulling ‘ook voor het overige’. Volgens de bestuurder kwam dit neer op een ‘diabolisch tegenbewijs’ en zou art. 2:248 lid 2 BW slechts verlangen dat het in die bepaling uitgedrukte vermoeden dat (kennelijk) onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke

oorzaak is voor het faillissement, moet worden ontzenuwd. De bestuurder werd in deze procedure bijgestaan door Van Schilfgaarde, die in 1986 al een soepele benadering van het causaliteitsvermoeden had bepleit:

“Neemt men de bepaling letterlijk dan zou de bestuurder moeten bewijzen dat het faillissement uitsluitend is veroorzaakt door omstandigheden die niets met onbehoorlijk bestuur te maken hebben. Het aantonen van één of meer belangrijke externe oorzaken sluit immers niet uit dat onbehoorlijk bestuur ook een belangrijke oorzaak is. Wil men echter de bestuurders niet in een onmogelijke positie brengen, dan zal men de regel met enige soepelheid moeten hanteren. Uit de memorie van antwoord¹⁰ mag worden afgeleid dat dit de bedoeling is.”¹¹

De Hoge Raad herhaalt wederom zijn overweging uit *Koster/Van Nie q.q.* en voegt daaraan toe dat de aangesproken bestuurder in zo’n geval aannemelijk zal moeten maken dat andere feiten (of omstandigheden) dan zijn onbehoorlijke bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Dit heeft het hof volgens de Hoge Raad niet miskend,¹² waarbij de Hoge Raad nog wel opmerkt dat onder de term ‘bewijzen’ die rechtbank en hof hebben gebruikt moet worden verstaan: aannemelijk maken. Opmerking verdient dat de Hoge Raad in dit arrest niet spreekt van andere externe feiten en omstandigheden. In het vijf jaar later gewezen arrest in de zaak *Van Schilt/Jansen q.q.* is evenmin een beperking tot externe feiten en omstandigheden te vinden.¹³ Daar was ook geen aanleiding toe, nu in deze zaak juist externe omstandigheden waren aangedragen. Het hof had geoordeeld dat de aangesproken bestuurder niet aannemelijk had gemaakt dat het onbehoorlijk bestuur niet mede een belangrijke oorzaak was van het faillissement. De bestuurder voert in cassatie een klacht tegen dit oordeel aan. Onder verwijzing naar zijn arrest in de zaak *Vlimeta* oordeelt de Hoge Raad dat het hof inderdaad te hoge eisen aan het tegenbewijs heeft gesteld. De bestuurder hoeft niet aannemelijk te maken dat zijn onbehoorlijke bestuur geen belangrijke oorzaak is van het faillissement. Hij kan volstaan met aannemelijk te maken dat er een andere belangrijke oorzaak is dan zijn (kennelijk) onbehoorlijke bestuur. Wat hij daartoe precies kan aanvoeren bleef ook in dit arrest in het midden.

3.4 In de volgende zaak, *Blue Tomato*, had de bestuurder ook een externe oorzaak aangevoerd, namelijk een brand in het bedrijf en de daaropvolgende weigering van de verzekeraar om de schade te vergoeden (omdat in het bedrijf geen

8 HR 12 juli 2013, *NJ* 2013/401 (*Bobo Holding/König*).

9 HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 95, m.nt. Ma (*Vlimeta*).

10 Van Schilfgaarde verwijst naar MvA 16631, p. 38.

11 P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen* (IVO-reeks deel 3), Deventer: Kluwer, 1986, p. 58.

12 De Hoge Raad heeft het hofarrest op een ander punt vernietigd, maar had het even goed ook op dit punt kunnen vernietigen. Er zit immers licht tussen: 1) het aannemelijk maken dat het faillissement niet in belangrijke mate is veroorzaakt door kennelijk onbehoorlijke taakvervulling ook voor het overige en 2) het aannemelijk maken dat andere feiten of omstandigheden dan kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.

13 HR 20 oktober 2006, *NJ* 2013/401, m.nt. Ma (*Bobo Holding/König*).

inbraakalarm aanwezig was, wat de bestuurder wist). Het bedrijf had op advies van zijn advocaat in de weigering berust. Het hof oordeelde dat dit niet als een ‘van buiten komende’ oorzaak kon worden beschouwd omdat de weigering tot uitkering aan de bestuurder te wijten was. De Hoge Raad vernietigt het hofarrest op dit punt. De Hoge Raad maakt na een voorzet van A-G Timmerman duidelijk wat de stelplicht (en bewijslast) van de bestuurder is als de curator aanvoert dat de bestuurder heeft nagelaten het intreden van de door de bestuurder aangevoerde ‘van buiten komende’ oorzaak te voorkomen. De bestuurder zal dan, zo overweegt de Hoge Raad, “(tevens) feiten en omstandigheden moeten stellen en zo nodig aannemelijk maken waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert”.¹⁴ Slaagt hij daarin, dan is het bewijsvermoeden uitgewerkt. De curator zal dan alsnog aannemelijk moeten maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement.

In hun commentaar op het *Blue Tomato*-arrest merken Katan en Van Maanen op dat uit het arrest kan worden afgeleid dat niet noodzakelijkerwijs een externe oorzaak hoeft te worden aangevoerd.¹⁵ De formulering van de Hoge Raad – “stelt de bestuurder daartoe een van buiten komende oorzaak, ...” – sluit inderdaad niet uit dat een interne oorzaak wordt aangevoerd. Steun voor de opvatting dat interne omstandigheden kunnen worden aangevoerd is ook te vinden in de conclusie bij dit arrest van A-G Timmerman. Deze overweegt dat art. 2:248 BW lid 2 BW niet vereist dat de aangesproken bestuurder een van buiten komende oorzaak die niet aan hem is toe te rekenen aannemelijk maakt. Hij acht het zinvol zo veel mogelijk aan de tekst van de wettelijke formulering vast te houden, omdat dit verhindert dat een bestuurder op grond van art. 2:248 lid 2 BW aansprakelijk is in het geval dat hij zich weliswaar heeft bezondigd aan onzorgvuldig bestuur dat een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest, maar niet de zware kwalificatie van onbehoorlijk bestuur verdient. Aan het slot van hun commentaar bepleiten Katan en Van Maanen dat een bestuurder, ook als hij een (belangrijke) interne oorzaak aanvoert tegen het causaliteitsvermoeden, aannemelijk mag maken dat zijn aandeel daarin niet kwalificeert als onbehoorlijk bestuur. Veertien jaar na *Blue Tomato* heeft dit pleidooi gehoor gevonden bij de Hoge Raad, nadat deze voor het eerst de vraag kreeg voorgelegd of handelen van een medebestuurder (dat niet kwalificeert als kennelijk onbehoorlijk bestuur) kan worden aangevoerd als andere belangrijke oorzaak ter ontzenuwing van het causaliteitsvermoeden.

3.5 Het arrest van 9 juli 2021 past in de koers die de Hoge Raad is gaan varen in 2:248 lid 2 BW-zaken na het arrest *Koster/Van Nie q.q.* Langzaam, maar gestaag heeft de Hoge Raad de scherpe kanten van het ‘nogal draconische’¹⁶ tweede lid van art. 2:248 BW bijgevijsd. Een uitspraak die ik nog niet heb genoemd, is het HR-arrest in de zaak

Langelaar/Velenturf q.q. (ook wel: *The Law*).¹⁷ Deze enigszins onderbelicht gebleven uitspraak krijgt terecht veel aandacht in de conclusie van A-G Assink bij het onderhavige arrest. In deze zaak ging het om twee advocaten, Langelaar en Golterman, die via hun praktijkvennootschappen, The Law BV en Golterman BV, samenwerkten in een kostenmaatschap. Nadat de maatschap werd ontbonden, bleef The Law de helft van het door de maatschap gehuurde pand gebruiken en betaalde zij de helft van de huur. Toen betaling van de andere helft uitbleef, startte de verhuurder een procedure waarin de rechter oordeelde dat The Law BV naast Golterman BV hoofdelijk aansprakelijk was voor de volledige huurprijs. Vervolgens is The Law gefailleerd. De curator heeft Langelaar aansprakelijk gesteld op grond van art. 2:248 lid 2 juncto lid 1 BW omdat de jaarrekening van The Law vier maanden te laat is gepubliceerd. Langelaar heeft als andere belangrijke oorzaak aangevoerd dat de omzet van Golterman BV is achtergebleven en dat daardoor de helft van de huur onbetaald is gebleven. Het hof verwerpt dit verweer, omdat Langelaar niet aannemelijk zou hebben gemaakt dat deze omstandigheid en niet de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Volgens het hof had Langelaar als bestuurder van The Law zicht moeten hebben op de financiële positie van Golterman BV, waarmee The Law een kostenmaatschap was aangegaan. Dit oordeel houdt geen stand bij de Hoge Raad:

“Het oordeel van het hof komt erop neer dat, ervan uitgaande dat de teruglopende omzet van Golterman BV een belangrijke oorzaak van het faillissement van The Law is geweest, Langelaar ook in dat verband een verwijt van onbehoorlijke taakvervulling kan worden gemaakt omdat hij feitelijk zicht had – of kon hebben – op de financiële positie van Golterman BV. Dit oordeel is zonder nadere motivering onbegrijpelijk. Van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling is pas sprake indien geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld. (vgl. o.a. HR 8 juni 2001, NJ 2001/454, rov. 3.7). Zonder motivering, die ontbreekt, valt niet in te zien hoe de enkele omstandigheid dat Langelaar zicht had of kon hebben op de financiële positie van Golterman BV, het oordeel kan dragen dat Langelaar onbehoorlijke taakvervulling kan worden verweten met betrekking tot de omstandigheid dat de teruglopende omzet bij Golterman BV oorzaak is geweest van het faillissement van The Law. Daaruit volgt immers nog niet dat Langelaar aanleiding had om attent te zijn op een teruglopende omzet van Golterman BV of in dit verband actie had kunnen en moeten ondernemen.”

Met deze overweging benadrukt de Hoge Raad 9 jaar na *Blue Tomato* nogmaals dat bestuurders in een lid 2-zaak een reële kans moeten krijgen om aannemelijk te maken dat iets anders dan kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak

14 R.o. 2.6 van de conclusie.

15 B.M. Katan en M.H.J. van Maanen, ‘Tomato: nieuwe ontwikkelingen in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht’, *MvV* 2008, p. 28-30.

16 Aldus J.B. Wezeman in zijn noot onder het *Blue Tomato*-arrest, *Ondernemingsrecht* 2008/12.

17 HR 12 februari 2016, *JOR* 2016/223, m.nt. Y. Borrius (*Langelaar/Velenturf q.q.*).

is van het faillissement. Dit strookt met de reden waarom de derde misbruikwet is ingevoerd: het bestrijden van misbruik van rechtspersonen. Dát doel verklaart dat de curator niet hoeft te stellen en zo nodig bewijzen welke schade precies is veroorzaakt door het kennelijk onbehoorlijk bestuur, maar kan volstaan met het *aannemelijk maken* van oorzakelijk verband met het faillissement, waarbij volstaat dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur *een belangrijke oorzaak* is van het faillissement. Slaagt de curator erin dit aannemelijk te maken, dan zijn de bestuurders behoudens disculpatie of matiging voor *het hele tekort* aansprakelijk. Hiermee wijkt het mechanisme van art. 2:248 BW op ingrijpende wijze af van het 'normale' regime, dat geldt in andere bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures op grond van art. 2:9 BW of art. 6:162 BW. In dergelijke zaken heeft de curator immers een stelplicht (en bij voldoende gemotiveerd verweer: de bewijslast) ter zake van de *schade* en *het causaal verband tussen het gestelde kennelijk onbehoorlijke bestuur/onrechtmatige bestuurshandelen en die schade*. Niet voor niets grijpen curatoren als het even kan naar het wapen van art. 2:138/248 BW, zeker als ze gebruik kunnen maken van de vermoedens van het tweede lid. Ook deze vermoedens ontlenen hun bestaansgrond aan de bedoeling van de wetgever om de curator te helpen in het redresseren van de gevolgen van misbruik van rechtspersoonlijkheid. De strekking van de misbruikwetgeving brengt naar mijn mening met zich mee dat de bestuurder ook in lid 2-zaken de kans moet krijgen om aan te tonen dat hij niet heeft gehandeld (of nagelaten) met de objectief te bepalen wetenschap dat de schuldeisers zouden worden benadeeld.¹⁸ Met die strekking strookt niet dat een bestuurder aansprakelijk wordt gehouden voor het tekort omdat:

- hij niet heeft gecontroleerd of in het bedrijfspand een functionerend inbraakalarm aanwezig is (*Blue Tomato*); of omdat
- hij niet heeft ingezien dat zijn vennootschap zou worden aangesproken voor de volledige huur die was aangegaan door de kostenmaatschap waarin zijn vennootschap samenwerkte met een partner die zijn aandeel in de huur niet meer bleek te kunnen betalen (*Langelaar/Velenturf q.q.*).

Uit de genoemde arresten volgt al dat het vaststaan van kennelijk onbehoorlijk bestuur door *ieder* van de bestuurders ook voor *het overige* niet betekent dat de aangesproken bestuurder geen bestuurshandelen kan aanvoeren ter ontzenuwing van het causaliteitsvermoeden. Die lijn wordt in dit arrest doorgetrokken naar de bestuurder die geen 'externe' oorzaak aanvoert, maar rechtstreeks verwijst naar handelen van een medebestuurder als andere belangrijke oorzaak. Als dat handelen inderdaad niet kennelijk onbehoorlijk is, maar wel kwalificeert als een belangrijke oorzaak van het faillissement, dan kan dit met succes worden aangevoerd ter ontzenuwing van het causaliteitsvermoeden.

3.6 Na lezing van het arrest beкроop mij de vraag wat het arrest de aangesproken bestuurders uiteindelijk zal

18 Ik betoogde dit al eerder in dit tijdschrift: M.L. Lennarts, '(Waar) hoort voorzienbaarheid van benadeling thuis in het toetsingskader van art. 2:138/248 BW?', *Tvl* 2021, p. 70-71. Zie in deze zin ook Y. Borrius in haar *JOR*-noot onder het arrest *Langelaar/Velenturf q.q.*

opleveren. Ik denk dat zij de vlag nog niet kunnen uithangen. Het hof had al vastgesteld dat de onttrekking van ruim € 30.000 door D geen belangrijke oorzaak is van het faillissement. Daartegen was geen klacht gericht. Zelfs als dit niet kwalificeert als kennelijk onbehoorlijk bestuur kan het dus niet worden aangevoerd ter weerlegging van het causale verband. De Hoge Raad overweegt dan ook dat dit niet meer ter beoordeling voorligt bij het hof dat de zaak na verwijzing moet behandelen. Wat de bestuurders nog meer hebben aangevoerd is niet helemaal duidelijk, omdat het hof – ten onrechte dus volgens de Hoge Raad – niet op alle stellingen is ingegaan. Uit het hofarrest volgt slechts dat ook de mailing van D aan klanten van MS BV over het aanstaande vertrek van A en B als een belangrijke oorzaak van het faillissement is aangevoerd. De bestuurders zullen feiten en omstandigheden moeten stellen waaruit volgt dat dit geen kennelijk onbehoorlijk bestuur oplevert. Of zij daarin slagen hangt mijns inziens af van de vraag of D moest weten dat hij met deze mailing de schuldeisers van MS BV zou benadelen. Het getuigt wellicht niet van zorgvuldig bestuur om een dergelijk bericht zonder ruggespraak met je medebestuurders de deur uit te doen, maar dat maakt het nog niet kennelijk onbehoorlijk. Of dat zo is, zal onder meer afhangen van de precieze inhoud van de mailing en de vooruitzichten voor MS BV op dat moment. Als de bestuurders erin slagen aannemelijk te maken dat het gedrag van D niet kennelijk onbehoorlijk was, moeten zij vervolgens aannemelijk maken dat het wel een belangrijke oorzaak was van het faillissement. Dat lijkt mij lastig, als is vastgesteld dat D niet hoefde te weten dat de mailing zou leiden tot benadeling van de schuldeisers van MS BV. Gesteld dat het de bestuurders gaat lukken om het causale verband te ontcrachten, dan zijn ze nog niet van de curator af. Deze mag immers alsnog op de voet van art. 2:248 lid 1 BW aannemelijk maken dat *de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak* is van het faillissement, zo volgt uit het arrest *Blue Tomato*. En *de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling staat nog steeds 'in het algemeen' vast*. De curator zal deze fictie handen en voeten moeten geven om causaal verband met het faillissement aannemelijk te kunnen maken. Vervolgens is de vraag of de bestuurders zich dan nog kunnen verweren door feiten en omstandigheden aan te voeren ter onderbouwing van de stelling dat zij zich niet hebben bezondigd aan kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het arrest van 9 juli 2021 geeft geen antwoord op deze vraag. Het zou echter niet consequent zijn als de Hoge Raad die vraag in een volgend arrest ontkennend zou beantwoorden.¹⁹ Daarmee zou de betekenis van het 'in het algemeen vaststaan' van kennelijk onbehoorlijk bestuur verregaand zijn gerelativeerd. De betekenis van het

19 Zie B. Katan en M.H.J. van Maanen, 'Tomato: nieuwe ontwikkelingen in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht', *MvV* 2008, p. 29. Zij wijzen erop dat het *Blue Tomato*-arrest impliceert dat de onbehoorlijkheid van de overige taakvervulling niet ter discussie kan worden gesteld en dat alleen de vraag naar het causaal verband tussen die overige bestuursdaden en het faillissement nog aan de orde is. Zij vragen zich vervolgens af wat de rechtvaardiging is voor het onderscheid met de causaliteitsdiscussie op de voet van lid 2: "in beide gevallen gaat het uiteindelijk immers om een belangrijke oorzaak van het faillissement die kan worden teruggevoerd op een niet kennelijk onbehoorlijk handelen of nalaten van de bestuurder".

onweerlegbare vermoeden is dan zo gering geworden, dat het wellicht beter zou zijn om de tekst van de wet aan te passen door het onweerlegbare vermoeden te schrappen en te volstaan met een weerlegbaar vermoeden dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement.²⁰ Als de wetgever hiermee aan de slag zou gaan, dan zou hij het intreden van dat vermoeden meteen kunnen beperken tot de situatie dat de boekhouding niet op orde is, zoals door verschillende auteurs (herhaaldelijk) is bepleit.²¹ Een ondeugdelijke of ontbrekende boekhouding is immers een indicatie van kennelijk onbehoorlijk bestuur, het niet voldoen aan de publicatieplicht is dit niet.²²

3.7 Tot slot nog een kanttekening bij het disculpatieverweer dat bestuurders in deze zaak bij het hof hebben aangevoerd. Dit kan nogmaals onderwerp van debat worden na verwijzing. A-G Assink bespreekt daarom – ten overvloede – de vraag welke betekenis moet worden gehecht aan de slotzin van r.o. 3.8 van het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Verify*.²³ Volgens de Hoge Raad volgt uit de wetgeschiedenis dat, ingeval het bestuur op grond van het tweede lid aansprakelijk is, voor disculpatie door een individuele bestuurder volstaat dat deze aantoont dat hem van het verzuim van de publicatieplicht (of zoals in de zaak *Mobile Services*: de boekhoudplicht) geen verwijt treft. Ik heb mij destijds het hoofd gebroken over deze frase,²⁴ net als Van Schilfgaarde.²⁵ Wij kwamen beide tot de conclusie dat deze uitleg van lid 3 in verbinding met lid 2 niet kan worden gebaseerd op de tekst van de bepalingen en de toelichting die daarop is gegeven door de wetgever. Een dergelijke uitleg vergt een wetwijziging. Ik begrijp uit de conclusie van A-G Assink dat deze er ook zo over denkt. Hij zou de slotzin van r.o. 3.8 ‘met enige reserve’ willen uitleggen. Enige reserve blijkt de nodige reserve: de A-G vindt namelijk dat uit die enkele slotzin niet zonder meer volgt dat de bestuurders naar geldend recht hun disculpatieverweer kunnen beperken tot hun rol bij de vastgestelde schending van art. 2:10 BW en/of 2:394 BW. Voor een verdergaande uitleg ziet hij, voornamelijk, onvoldoende aanknopingspunten.

Prof. mr. M.L. Lennarts

20 In 2007 heeft de Commissie-Kortmann al voorgesteld om het onweerlegbare vermoeden uit het tweede lid te schrappen. Zie art. 8.2 lid 2 Voorontwerp Insolventiewet.

21 Al (veel) eerder is schrapping van art. 2:394 BW uit lid 2 bepleit door: H. Beckman, ‘Administratie en openbaarmaking van de jaarrekening in het licht van de boedelaansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen’, *TVVS* 1998, p. 358-359. Zie ook: J.B. Wezeman en M. Kroeze, ‘De openbaarmakingsplicht en aansprakelijkheid in faillissement’, in: M.J. Kroeze e.a. (red.), *Verantwoording aan Hans Beckman*, Deventer: Kluwer, 2006, p. 335-336. Zie voorts A. Schild, ‘Artikel 2:248 lid 2 BW, quo vadis?’, in: B.F. Assink e.a. (red.), *De toekomst van het ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, 2015, p. 472. Zijn voorstel is om het hele tweede lid te schrappen.

22 Ik wijs voor een meer uitgebreide motivering naar J.B. Wezeman, ‘Het mechanisme van lid 2’, in: *De vele gezichten van Maarten Kroeze’s ‘bange bestuurders’* (IVO-reeks deel 104), Deventer: Wolters Kluwer, 2017, p. 468-469 en Y. Borrius, ‘Schending publicatieplicht: bewijsvermoeden te betweden?’, in: P.W. Schreurs e.a. (red.), *De gereedchapskist van de curator*, Deventer: Wolters Kluwer, 2015, p. 26.

23 HR 1 november 2013, *NJ* 2014/7, m.nt. Pvs (*Verify*).

24 M.L. Lennarts, noot bij HR 1 november 2013, *Ondernemingsrecht* 2014/63.

25 In zijn *NJ*-noot onder het *Verify*-arrest.

Tvl 2021/32

Hoge Raad (Civiele kamer) 18 december 2020, nr. 20/00303 m.nt. mr. J.E.P.A. van Hooff¹

NJB 2021/107

RvdW 2021/77

RI 2021/10

RBP 2021/25

ECLI:NL:HR:2020:2100

ECLI:NL:PHR:2020:741

Insolventieprocesrecht. Gevolgen van faillissement voor niet-aanhangige procedure die voor faillissement is aangevangen. De Hoge Raad komt terug van HR 16 januari 2009, JOR 2009/95 (Wertenbroek q.q./Erven Van Vlerken) en HR 23 september 2011, JOR 2011/354 (Dekker q.q./Van Schijndel). Procedure tegen de failliet heeft voldoening uit de boedel ten doel. Op de dag van faillietverklaring is er al uitspraak gedaan in eerste aanleg, maar is het hoger beroep nog niet aanhangig. De Hoge Raad oordeelt dat in een dergelijk geval, na instelling van het hoger beroep, de procedure van rechtswege wordt geschorst op grond van art. 29 Fw met ingang van het tijdstip waarop het geding aanhangig is bij de rechter die kennisneemt van het rechtsmiddel.

Noot bij HR 18 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2100 (Van der Schee q.q./X)

1. Inleiding

Een failliet is partij bij een procedure. De procedure is ingesteld tegen de failliet en heeft de voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel. Op de dag van faillietverklaring is er al uitspraak gedaan in eerste aanleg, maar is het hoger beroep nog niet aanhangig. Wat is het gevolg van het faillissement voor de procedure? De Hoge Raad oordeelt dat in een dergelijk geval, na instelling van het hoger beroep, de procedure van rechtswege wordt geschorst op grond van art. 29 Fw met ingang van het tijdstip waarop het geding aanhangig is bij de rechter die kennisneemt van het rechtsmiddel. De Hoge Raad komt daarmee terug van HR 16 januari 2009, *JOR* 2009/95 (*Wertenbroek q.q./Erven Van Vlerken*) en HR 23 september 2011, *JOR* 2011/354 (*Dekker q.q./Van Schijndel*).

Na een korte inleiding op het wettelijke systeem, bespreek ik het arrest en de gevolgen daarvan voor de praktijk.

2. Korte inleiding op het wettelijke systeem

Art. 25 lid 1 Fw bepaalt dat rechtsvorderingen die betrekking hebben op rechten of verplichtingen van de boedel, tijdens het faillissement alleen door of tegen de curator kunnen worden ingesteld. Het artikel heeft betrekking op

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: J.E.P.A. van Hooff, ‘Noot bij HR 18 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2100 (Van der Schee q.q./X)’, *Tvl* 2021/32. J.E.P.A. van Hooff is advocaat te Amsterdam.