
De bewijslast van het op grond van artikel 2:248 lid 2 BW aangesproken bestuur

HR 23 november 2001, RvdW 2001, 189

Inleiding

De bestuurder die aangesproken wordt op grond van artikel 2:248 lid 2 BW, wordt (onweerlegbaar) vermoed zijn taak onbehoorlijk te hebben uitgevoerd indien het bestuur waarvan hij deel uitmaakt, niet heeft voldaan aan de verplichtingen uit artikel 2:10 BW (boekhoudplicht) of artikel 2:394 BW (tijdige publicatie van jaarrekening). Daarnaast wordt (weerlegbaar) vermoed dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Een onbelangrijk verzuim van het bestuur ten aanzien van de genoemde verplichtingen wordt echter niet in aanmerking genomen. Aldus beoogt artikel 2:248 lid 2 BW een grondslag te bieden aan de curator om daarop aansprakelijkheid van de bestuurders voor het faillissement te baseren. In het

kader van de uitleg van artikel 2:248 lid 2 BW is in de rechtspraak en literatuur reeds vele malen de discussie opgelaaid op welke wijze met de in artikel 2:248 lid 2 BW neergelegde vermoedens moet worden omgegaan. Het gaat dan met name om de vraag in hoeverre mag worden uitgegaan van een niet door de bestuurder te weerleggen wettelijke aanname. Het antwoord op deze vraag is van belang voor de bepaling van de bewijslast van de aangesproken bestuurder op grond van artikel 2:248 lid 2 BW.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 23 november 2001, RvdW 2001, 189 zijn leer met betrekking tot de uitleg van artikel 2:248 lid 2 BW gehandhaafd door een herhaling van de in zijn arrest van 20 mei 1988, NJ 1989, 676 gegeven oordeel. In dat laatste arrest had de Hoge Raad geoordeeld dat, indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn in artikel 2:10 of 2:394 BW genoemde verplichtingen:

1. zonder meer als vaststaand moet worden aangenomen dat elke bestuurder zijn taak ook voor het overige kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld; en
2. behoudens tegenbewijs door de aangesproken bestuurder voor aannemelijk moet worden gehouden dat dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

In het meest recente arrest van 23 november 2001 heeft de Hoge Raad daaraan toegevoegd dat de aangesproken bestuurder in het geval dat hij niet heeft voldaan aan zijn in artikel 2:10 of 2:394 BW genoemde verplichtingen, aannemelijk zal moeten maken dat andere feiten (of omstandigheden) dan zijn onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Door op deze wijze te oordelen over de uitleg van artikel 2:248 lid 2 BW heeft de Hoge Raad zijn in zijn arrest van 20 mei 1988 gedane zitting herhaald. Het is de vraag of deze herhaling van zitting door de Hoge Raad wel lag in de lijn der verwachtingen.

Feiten en procesgang

De vennootschap Vlimeta B.V. (hierna: Vlimeta) is op 28 september 1994 door de Rechtbank te Middelburg failliet verklaard. De beide bestuurders van Vlimeta hebben de curator niet in het bezit gesteld van enige administratie van Vlimeta. De laatst opgemaakte en gepubliceerde jaarrekening van Vlimeta betreft het jaar 1991. De bestuurders hebben dus niet voldaan aan hun verplichtingen uit hoofde van de artikelen 2:10 en 2:394 BW. De curator heeft vervolgens de beide bestuurders van Vlimeta gedagvaard voor de recht-

bank te Middelburg en, met een beroep op artikel 2:248 lid 1 en 2 BW, gevorderd de betreffende bestuurders hoofdelijk te veroordelen tot betaling van het bedrag van de schulden van Vlimeta voorzover die niet door vereffening van de overige baten van Vlimenta kunnen worden voldaan. De rechtbank wijst de vordering van de curator toe en het gerechtshof te Den Haag bekrachtigt het vonnis van de rechtbank in hoger beroep. Vervolgens is door beide bestuurders cassatie ingesteld bij de Hoge Raad. De Hoge Raad heeft het arrest van het hof vernietigd naar aanleiding van een tweetal niet direct op artikel 2:248 lid 2 BW betrekking hebbende cassatiemiddelen, die hier niet nader zullen worden besproken. Opvallend is de constatering dat de Hoge Raad de overwegingen van de rechtbank en het gerechtshof ten aanzien van de wettelijke vermoedens en daarmee de bewijslast van de op grond van artikel 2:248 lid 2 BW aangesproken bestuurders ongeschonden in stand heeft gelaten en, zoals reeds vermeld, zelfs uitdrukkelijk heeft bevestigd door een herhaling van de in zijn arrest van 20 mei 1988, NJ 1989, 676 gegeven oordeel hieromtrent.

Onbehoorlijk bestuur

De heersende leer van de Hoge Raad ten aanzien van de uitleg van artikel 2:248 lid 2 BW houdt in dat wanneer het bestuur niet heeft voldaan aan zijn in de artikelen 2:10 en 2:394 BW genoemde verplichtingen, zonder meer als vaststaand moet worden aangenomen dat *ieder der bestuurders* zijn taak ook voor *het overige* onbehoorlijk heeft vervuld. Deze uitleg werd door de Hoge Raad reeds gegeven in zijn eerdergenoemde arrest van 20 mei 1988.

Voornaamste argument voor de huidige opvatting van de Hoge Raad lijkt voort te komen uit de parlementaire geschiedenis en houdt in dat het ontbreken van een behoorlijke boekhouding en het niet tijdig publiceren van de jaarrekening duidt op een weinig betrouwbaar en serieus ondernemerschap, en de wet uit deze feiten dwingend afleidt dat het bestuur zijn taak kennelijk ook in het algemeen onbehoorlijk heeft vervuld, waarbij voorts het vermoeden gerechtvaardigd is dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is (Kamerstukken II, 16 631, nr. 3, p. 1-6). Daartegenover staat de opvatting dat het niet de bedoeling kan zijn om bonafide bestuurders te brandmerken als kennelijk onbehoorlijk opererende bestuurders, die slechts over de causaliteitsvraag nog het woord mogen voeren, zonder dat zij de mogelijkheid hebben gehad om zich ter zake van

hun taakvervulling te verdedigen (Van Maanen, NbBW 2000, p. 22-25).

De huidige opvatting van de Hoge Raad beperkt in feite de mogelijkheden van het tegenbewijs door de op grond van artikel 2:248 lid 2 BW aangesproken bestuurder tot het aannemelijk maken dat andere feiten (of omstandigheden) dan zijn kennelijk onbehoorlijk bestuur, een wettelijke fictie, een belangrijke oorzaak zijn geweest van het faillissement. Met andere woorden: de op grond van artikel 2:248 lid 2 BW aangesproken bestuurder komt niet toe aan het bewijs dat hij *voor het overige* behoorlijk heeft bestuurd. Hierbij zij opgemerkt dat de aangesproken bestuurder te allen tijde in staat wordt gesteld te bewijzen dat er sprake is van een onbelangrijk verzuim.

Individuele disculpatiemogelijkheid

In de discussie omtrent de (reikwijdte van de) bewijslast van de aangesproken bestuurder op grond van artikel 2:248 lid 2 BW behoort tevens te worden meegenomen de individuele disculpatiemogelijkheid van artikel 2:248 lid 3 BW. Hoewel niet specifiek aan de orde gekomen in zijn arrest van 23 november 2001, lijkt de Hoge Raad het verweer van de individuele disculpatiemogelijkheid voor de aangesproken bestuurder op grond van artikel 2:248 lid 2 BW niet toe te laten. Wanneer het bestuur niet heeft voldaan aan zijn in artikel 2:10 en 2:394 BW genoemde verplichtingen, staat voor de Hoge Raad immers zonder meer vast dat *ieder der bestuurders* zijn taak ook voor het overige onbehoorlijk heeft vervuld, hoewel artikel 2:248 lid 2 BW slechts spreekt over kennelijke onbehoorlijke taakvervulling door *het bestuur* (aldus ook Van Maanen, a.w.). Maeijer is in zijn annotatie onder het arrest van de Hoge Raad van 20 mei 1988 stellig waar hij schrijft dat 'de formulering van de Hoge Raad inhoudt dat ook de individuele disculpatiemogelijkheid voorzien in artikel 2:248 lid 3 BW is afgesneden'.

Deze opvatting wordt echter niet onderschreven in literatuur (Van Maanen, a.w. en Van Dijk, NbBW 2001, p. 14-19) en lagere rechtspraak (Hof Amsterdam 4 juni 1992, NJ 1993, 749), waar het uitgangspunt gehanteerd wordt dat de individuele disculpatiemogelijkheid van artikel 2:248 lid 3 BW uitdrukkelijk wel van toepassing is op de situatie van lid 2. Daarnaast is zelfs volgens de parlementaire geschiedenis (Kamerstukken II, 16 631, nr. 3, p. 5) het verweer van de individuele disculpatiemogelijkheid toegelaten voor de op grond van artikel 2:248 lid 2 BW aangesproken bestuurder.

Commentaar

Het feit dat de Hoge Raad in zijn arrest van 7 juni 1996, NJ 1996, 659 oordeelt dat van onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:248 lid 1 BW slechts kan worden gesproken als 'geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben', verhoudt zich niet tot het uitgangspunt van een onweerlegbaar vermoeden van onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur in het algemeen, in het geval dat slechts de uit artikel 2:10 of 2:394 BW voortvloeiende verplichtingen geschonden zijn. Volgens de huidige leer van de Hoge Raad zou zich het geval kunnen voordoen dat wanneer niet voldaan is aan de verplichtingen uit artikel 2:10 of 2:394 BW, een aldus aangesproken bestuurder op grond van artikel 2:248 lid 2 BW, die voor het overige zijn bestuurstaak behoorlijk heeft vervuld, niet de kans krijgt om aan te tonen dat:

1. hij voor het overige zijn bestuurstaken behoorlijk heeft vervuld; en
2. de schending van slechts de verplichtingen uit artikel 2:10 of 2:394 BW (lees: niet de onbehoorlijke taakvervulling in het algemeen) niet heeft geleid tot het faillissement dan wel dat sprake is van andere belangrijke oorzaken van het faillissement.

De beide bestuurders van Vlimeta stellen zich bij het hof op het standpunt dat zij dienen te worden toegelaten tot het bewijs als hiervoor vermeld onder 2, nu hen uitsluitend schending van de boekhoud- en publicatieplicht verweten wordt. De bestuurders van Vlimeta bieden niet aan te bewijzen dat zij voor het overige wel behoorlijk hebben bestuurd. Het lijkt met het oog op de tekst en parlementaire geschiedenis van artikel 2:248 lid 2 BW echter redelijk om alvorens tot het bewijs als hiervoor vermeld onder 2 te worden toegelaten, een bestuurder aantoonbaar dat de onbehoorlijke taakvervulling zich daadwerkelijk heeft beperkt tot schending van de verplichtingen uit artikel 2:10 of 2:394 BW. Wanneer de op grond van artikel 2:248 lid 2 BW aangesproken bestuurder in het bewijs slaagt dat de onbehoorlijke taakvervulling zich heeft beperkt tot schending van de verplichtingen uit artikel 2:10 of 2:394 BW, kan moeilijk van hem worden verwacht dat hij vervolgens meer aantoonbaar dan dat de schending van de verplichtingen uit artikel 2:10 of 2:394 BW geen belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. De aldus op grond van artikel 2:248 lid 2 BW aangesproken bestuurder is met andere woorden slechts in staat aan te tonen dat andere feiten (of omstandigheden) *dan de bewuste schending van de verplichtingen*

uit artikel 2:10 of 2:394 BW een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.

In de parlementaire geschiedenis wordt de mogelijkheid erkend dat de op grond van artikel 2:248 lid 2 BW aangesproken bestuurder aantoonbaar dat hij voor het overige zijn bestuurstaak behoorlijk heeft vervuld. Met betrekking tot de situatie waarin het bestuur stelt dat het voor het overige zijn taken naar behoren heeft gekwet, merkt de Minister van Justitie immers op dat 'indien het bestuur niet slaagt in de vervulling van die bewijslast, het dan nog kan stellen dat er geen causaal verband bestaat tussen zijn onbehoorlijk bestuur en het faillissement' (Kamerstukken II, 16 631, nr. 9, p. 23). Eerste opmerking hierbij zij dat 'causaal verband' gelezen zou moeten worden als 'veroorzaakt in belangrijke mate'. Daarnaast zou hieraan mijns inziens kunnen worden toegevoegd dat indien het bestuur wel slaagt in de vervulling van de bewijslast dat het voor het overige zijn taak naar behoren heeft gekwet, het kan stellen dat er geen causaal verband bestaat tussen het niet voldoen aan de verplichtingen uit artikel 2:10 en 2:394 BW en het faillissement.

Een op grond van artikel 2:248 lid 2 BW aangesproken bestuurder zou in de hiervoor genoemde optiek worden toegelaten tot het leveren van bewijs dat sprake is van:

1. een onbelangrijk verzuim;
2. behoorlijk bestuur voor het overige;
- 3a. andere belangrijke oorzaken van het faillissement dan zijn (algemene) onbehoorlijk bestuur; of, indien de bestuurder geslaagd is in het bewijs dat voor het overige wel behoorlijk bestuurd is,
- 3b. andere belangrijke oorzaken van het faillissement dan de schending van de verplichtingen uit de artikelen 2:10 en 394 BW.

Daarnaast zou de aangesproken bestuurder een beroep moeten kunnen doen op de individuele disculpatiemogelijkheid op grond van artikel 2:248 lid 3 BW ten aanzien van onbehoorlijk bestuur, waarbij het vanzelfsprekend is dat indien de bestuurder aantoonbaar dat voor het overige behoorlijk is bestuurd, het beroep op de individuele disculpatiemogelijkheid zich beperkt tot de schending van de verplichtingen uit de artikelen 2:10 en 394 BW.

Slotopmerking

Het arrest van de Hoge Raad van 23 november 2001 heeft geen verandering gebracht in zijn – sinds zijn arrest van 20 mei 1988 – bestaande leer met betrekking tot de wettelijke vermoedens en bewijslast ten

aanzien van de aangesproken bestuurder op grond van artikel 2:248 lid 2 BW. Dit is, gezien de sinds 20 mei 1988 voortdurende discussie hieromtrent en de recentelijk geplaatste kritische kanttekeningen, niet iets wat door iedereen werd verwacht of waarvan door sommigen wellicht op een ommekeer werd gehoopt.

*Mr. J. de Gier
Allen & Overy*