

## Publicatieplicht na faillissement

### Inleiding

De Rechtbank Arnhem heeft in haar uitspraak van 9 februari 2005<sup>1</sup> geoordeeld dat een bestuurder van een vennootschap hoofdelijk aansprakelijk is voor de schulden van de vennootschap wegens onbehoorlijk bestuur, nu het bestuur niet aan zijn verplichting tot publicatie van de jaarrekening, die voortvloeit uit artikel 2:394 BW, heeft voldaan. Echter, nu deze verplichting tot het opmaken en publiceren van de jaarrekening gedeeltelijk valt in de jaren nadat het faillissement reeds is uitgesproken, rijst de vraag in hoeverre het bestuur hier iets te verwijten valt.

### Rechtbank Arnhem 9 februari 2005

Op 20 september 2001 heeft de Rechtbank Zutphen Tradion Investment B.V. (hierna: Tradion) in staat van faillissement verklaard.

B. Menon (hierna: Menon) stond ten tijde van het faillissement bij het handelsregister ingeschreven als (enig) bestuurder.

In haar hoedanigheid van investeringsmaatschappij heeft Tradion gelden geleend van externe investeerders. De vordering van haar crediteuren beliep op de faillissementsdatum ruim f 45 miljoen. Menon heeft verzuimd de curator mee te delen wat de bestemming van deze gelden is, wat ook niet uit de administratie van Tradion kan worden afgeleid.

In het kader van een strafrechtelijk onderzoek, waarin onder andere Menon als verdachte wordt beschouwd, heeft het ministerie van Justitie op 12 mei 2000 de administratie van Tradion in beslag genomen.

Ten tijde dat Menon bestuurder was, heeft Tradion haar jaarrekening 1998 op 29 februari 2000 gepubliceerd; de jaarrekeningen 1999 en 2000 zijn niet gepubliceerd. Ingevolge artikel 2:394 BW had dit voor wat betreft de jaarrekening 1999 dienen te geschieden uiterlijk op 31 januari 2001, dus voor het faillissement, en voor wat betreft de jaarrekening 2000 uiterlijk op 31 januari 2002, na faillissementsdatum.

De curator vordert van Menon een bedrag van ongeveer € 24 miljoen. De curator stelt dat Menon als bestuurder van Tradion aansprakelijk is voor het tekort in de boedel op grond van de artikelen 6:162, 2:248 juncto 2:10 en 2:394 BW.

De rechtbank oordeelt dat de verplichting voor het bestuur tot het publiceren van de jaarstukken 1999 en 2000 ondanks

het faillissement op het bestuur is blijven rusten. De rechtbank gaat hierbij voorbij aan het verweer van Menon dat hem geen verwijt kan worden gemaakt, aangezien de administratie van Tradion reeds op 12 mei 2000 door Justitie in beslag is genomen. De rechtbank overweegt in dezen dat de feitelijke onmogelijkheid tot publiceren hem niet disculpeert, daar de inbeslagname geheel in Menons risicosfeer ligt. Daarbij komt dat Menon slechts een verzoek tot afgifte van een kopie van de administratie heeft ingediend en niet om ontheffing van zijn plicht tot het opmaken van de jaarrekening heeft gevraagd.

Het vorenstaande leidt, aldus de rechtbank, tot de conclusie dat Menon zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en dat, gezien artikel 2:248 lid 2 BW, dit vermoed wordt een belangrijke oorzaak te zijn van het faillissement. Nu Menon geen overtuigend tegenbewijs heeft geleverd dat dit vermoeden zou weerleggen, veroordeelt de rechtbank Menon tot betaling van het tekort van de boedel.

### Publicatieplicht

Het bestuur van een vennootschap moet op grond van artikel 2:210 BW de jaarrekening opmaken binnen vijf maanden na afloop van het boekjaar (behoudens verlenging met ten hoogste zes maanden na een besluit dat hiertoe genomen is door de algemene vergadering van aandeelhouders). De opgemaakte jaarrekening wordt vervolgens ten kantore van de vennootschap ter inzage voor de aandeelhouders neergelegd. Voorts wordt de jaarrekening, na ondertekening door bestuurders en commissarissen, vastgesteld door de algemene vergadering van aandeelhouders. De vennootschap is hierna verplicht de jaarrekening, binnen acht dagen na vaststelling door de algemene vergadering van aandeelhouders, te deponeren bij het handelsregister. Indien de vaststelling niet heeft plaatsgevonden, dient de niet-vastgestelde jaarrekening na een bepaald tijdsverloop te worden gedeponereerd bij het handelsregister.

Uit artikel 2:394 lid 3 BW volgt dat de jaarrekening uiterlijk dertien maanden na afloop van het boekjaar bij het handelsregister moet worden gedeponereerd. De jaarrekening die gedeponereerd wordt bij het handelsregister, moet in beginsel gelijk zijn aan de jaarrekening die gepresenteerd is aan de algemene vergadering van aandeelhouders en betreft de door de algemene vergadering van aandeelhouders vastgestelde jaarrekening inclusief jaarverslag en overige gegevens.<sup>2</sup>

Niet-naleving van de plicht tot het deponeren levert in geval van faillissement een onweerlegbaar vermoeden van onbehoorlijk bestuur op, met als gevolg dat de bestuurder in beginsel hoofdelijk aansprakelijk is voor het tekort in de boedel, tenzij:

---

1. Rb. Arnhem 9 februari 2005, JOR 2005, 114 m.nt. C.M. Harmsen.

---

2. H. Beckman, *Compendium voor de jaarrekening* (losbl.), Deventer: Kluwer, 2.5.3 (1b).

1. sprake is van een onbelangrijk verzuim; of
2. aannemelijk wordt gemaakt dat het onbehoorlijk bestuur niet een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest; of
3. de bestuurder zich individueel kan disculperen.

### Publicatieplicht na faillissement

Rust na faillissement van de vennootschap de plicht tot het deponeren bij het handelsregister nog steeds bij het bestuur, nu door de faillietverklaring de schuldenaar de beschikking en het beheer over zijn vermogen verliest?

Kortmann<sup>3</sup> meent dat nu het beheer en de beschikking over het vermogen niet meer aan het bestuur toekomen, maar op grond van artikel 23 Faillissementswet (Fw) aan de curator, het bestuur geen jaarrekening meer hoeft op te maken. Deze stelling behoeft toch enige nuance. Voor het boekjaar waarin het faillissement is uitgesproken en de hieropvolgende (boek)jaren gaat de stelling op, aangezien het bestuur geen financiële verantwoording hoeft af te leggen over een periode waarin niet het bestuur, maar de curator bevoegd tot het beheer was.<sup>4</sup> Ook heeft het bestuur niet meer de verplichting zodanige aantekeningen van de vermogenstoestand van de vennootschap te houden, dat daaruit te allen tijde de rechten en verplichtingen kunnen worden gekend (art. 2:10 BW) en is het bestuur dus ook niet verplicht een jaarrekening op te maken. Echter, met betrekking tot de (boek)jaren voorafgaand aan het faillissement brengt het faillissement, in beginsel, geen verandering in de verplichting van het bestuur tot het opmaken en deponeren van de jaarrekening.<sup>5</sup> De bevoegdheden en verplichtingen van het bestuur, anders dan die voortvloeien uit het beheren en beschikken over het vennootschapsvermogen, blijven tijdens een faillissement onverminderd bestaan.<sup>6</sup>

De curator is overigens tijdens het faillissement niet gehouden tot het opmaken en publiceren van de jaarrekening; wel is hij verplicht op grond van artikel 73a Fw telkens na verloop van drie maanden een verslag uit te brengen over de toestand van de boedel.<sup>7</sup>

### Ontheffing van de publicatieplicht

Of het opmaken van de jaarrekening door het bestuur voor de jaren juist voorafgaand aan het faillissement ook daadwerkelijk mogelijk is, hangt af van factoren waarop het

bestuur niet altijd invloed heeft. Zo zal direct na het faillissement de informatievoorziening die nodig is voor het opstellen van de jaarrekening door een externe accountant, vaak moeizaam verlopen vanwege de personele bezetting in de vennootschap en de daardoor ontbrekende knowhow. Het bestuur heeft, door het verlies van zijn bevoegdheid dadelijk na het uitspreken van het faillissement, ook niet meer de vennootschappelijke middelen om deze knowhow te verzamelen, waardoor het vaak feitelijk onmogelijk is een jaarrekening op te maken.<sup>8</sup>

Voornoemde problemen zijn in vele gevallen niet voldoende reden om ontheffing voor het opmaken van een jaarrekening, op grond van artikel 2:210 lid 7 BW, te verkrijgen. De ontheffing voor het opmaken van de jaarrekening brengt logischerwijs met zich dat de plicht tot het deponeren van de jaarrekening niet aan de orde komt. Wel dient in dit geval de ontheffingsbeschikking bij het handelsregister te worden gedeponeerd.

De eerdergenoemde ontheffing tot het opmaken, overleggen en vaststellen (art. 2:210 lid 7 BW) en daarmee tot deponeren (art. 2:394 lid 5 BW) wordt slechts verleend bij gewichtige redenen, zoals in geval van overmacht van de bestuurder door verlies van de gehele boekhouding of door oorlog afgesneden verbindingen. Tevens kan in sommige gevallen ontheffing worden verleend wanneer, als gevolg van surseance of faillissement, belangrijke onzekerheden omtrent de waarderingsgrondslagen het weergeven van een getrouw beeld van de financiële positie onmogelijk maken.<sup>9</sup>

Een ontheffing voor het opmaken van de jaarrekening betekent niet een afstel tot het opmaken, maar slechts een opschorting tot een door de rechter vast te stellen (later) tijdstip. Wanneer de jaarrekening op een later tijdstip is opge maakt, dient die vervolgens gewoon te worden vastgesteld en binnen acht dagen na vaststelling te worden gedeponeerd. Een termijn voor uitstel van opmaken, vaststellen en deponeren van de jaarrekening is niet wettelijk vastgelegd.<sup>10</sup>

Overigens betekent een verleende ontheffing niet een ontheffing voor het opmaken van het jaarverslag. In het betreffende jaarverslag dient het bestuur namelijk de redenen van de ontheffing toe te lichten. Wel betekent ontheffing van de verplichting tot het opmaken van de jaarrekening ontheffing tot het deponeren van dit jaarverslag bij het handelsregister.<sup>11</sup>

3. S.C.J.J. Kortmann, De positie van de vennootschapsorganen, de ondernemingsraad en de curator tijdens het faillissement, in: H.J.M.N. Honée, S.C.J.J. Kortmann, M.J.A. van Mourik, A.V.M. Struycken & D.W.F. Verkade: Van vennootschappelijk belang, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 106.

4. J.M. Winter, Curator, jaarrekening en voortzetting van het bedrijf, in: N.E.D. Faber, J.J. van Hees, S.C.J.J. Kortmann & S.H. de Ranitz (red.), De curator een octopus, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 40.

5. Rb. Utrecht 9 januari 2002, JOR 2002, 54.

6. Kortmann 1988, p. 105.

7. H. Beckman, Compendium voor de jaarrekening, 2.1.8 (5).

8. Winter 1996, p. 40.

9. Besluit Minister van Economische Zaken, 13 augustus 1997, JOR 1997, 113 m.nt. H. Beckman.

10. H. Beckman, Compendium voor de jaarrekening, 2.5.3 (2a).

11. H. Beckman & A.J. Bindinga, Het nieuwe jaarrekeningenrecht, Deventer: Kluwer 1994, p. 138.

## Derde misbruikwet

Artikel 2:248 BW stelt dat falende bestuurders, in beginsel, persoonlijk aansprakelijk zijn voor het tekort van de boedel bij een faillissement van de vennootschap. Het oorspronkelijke doel hiervan is misbruik van de vennootschap, als rechtspersoonlijke buffer voor de gevolgen van dit falen, tegen te gaan.<sup>12</sup> De curator moet trachten aannemelijk te maken dat het 'onbehoorlijk bestuur' van deze bestuurders een belangrijke oorzaak is voor het faillissement. Bij het niet publiceren van de jaarrekening wordt dit vermoed een belangrijke oorzaak te zijn van het faillissement en keert de bewijslast zich om tegen de bestuurder. Wil de curator een geslaagd beroep doen op artikel 2:248 BW, dan moet de onbehoorlijke taakvervulling drie jaren voorafgaand aan het faillissement hebben plaatsgevonden (art. 2:248 lid 6 BW).

Het niet publiceren van de jaarrekening van de vennootschap na het faillissement kan geen grond zijn voor de beoordeling van 'onbehoorlijk bestuur' van de vennootschap voor het faillissement en logischerwijs geen belangrijke oorzaak zijn van het faillissement, nu het faillissement reeds is uitgesproken voor het verzuim van deze publicatieplicht.<sup>13</sup>

## De rol van de curator

De curator heeft overigens er ook zelf de hand in of de bestuurder in staat wordt gesteld de jaarrekening op te maken, daar hij kan beslissen de middelen die nodig zijn voor het opmaken van de jaarrekening, beschikbaar te stellen.<sup>14</sup> Het belang van de curator is dat hij hierdoor een beter inzicht krijgt in de financiële positie van de vennootschap, het beoordelen van eventuele paulianeuze handelingen, geldigheid van tussentijds gedane uitkeringen en het gevoerde beleid ten tijde van de periode voor het faillissement van de vennootschap.<sup>15</sup> Het eventueel niet ter beschikking stellen van deze middelen kan een reden zijn voor ontheffing van de plicht tot het opmaken en publiceren van de jaarrekening.<sup>16</sup>

## Conclusie

Menon had op grond van artikel 2:210 BW de jaarrekeningen 1999 en 2000 van Tradion hebben moeten opmaken en tevens binnen de door artikel 2:394 lid 3 BW gestelde termijn van dertien maanden moeten publiceren, daar inbeslagname van de administratie geen beletsel vormt tot het opmaken, onder voorbehoud, en vervolgens publiceren van een jaarrekening, nu hij in beginsel het gehele jaar het beheer over de vennootschap en haar vermogen had.<sup>17</sup>

Echter, Menon had sinds 12 mei 2000 niet de beschikking over de administratie van Tradion, omdat deze in het kader van een strafrechtelijk onderzoek door het ministerie van Justitie in beslag is genomen. Deze inbeslagname zou in principe gelijk kunnen worden gesteld aan verlies van de gehele boekhouding en daarmee wel een reden tot het verlenen van ontheffing voor het opmaken en publiceren van de jaarrekeningen 1999 en 2000 kunnen zijn.<sup>18</sup> Nu Menon slechts het ministerie van Justitie tot afgifte van een kopie van de administratie heeft verzocht en niet een verzoek tot ontheffing heeft ingediend bij het ministerie van Economische Zaken, levert hem dit geen disculpatiegrond op.

Menon had na herhaalde afwijzingen op het verzoek tot afgifte van een kopie van de administratie van Tradion, afgifte van de administratie in kort geding kunnen vorderen. Als motivatie had hij dan kunnen stellen dat hij de administratie nodig had om aan zijn verplichtingen als bestuurder te voldoen. Hiermee zou hij alles wat in zijn macht ligt als bestuurder, hebben bewerkstelligd om aan zijn verplichtingen te voldoen. Indien het verzoek tot afgifte door de rechter zou worden afgewezen, zou dit naar mijn mening een disculpatiegrond opleveren voor onbehoorlijk bestuur als gevolg van het niet voldoen aan de publicatieplicht.

De rechtbank heeft geoordeeld dat het niet publiceren van de jaarrekeningen voor het jaar 1999 en 2000 een daad van onbehoorlijk bestuur van Menon is en een belangrijke oorzaak van het faillissement heeft gevormd. In casu kan dit slechts gelden voor de jaarrekening van 1999, daar deze uiterlijk op 31 januari 2001, voor faillissementsdatum, gepubliceerd had dienen te worden en niet voor de jaarrekening 2000, die uiterlijk op 31 januari 2002, dus na faillissementsdatum, diende te worden gepubliceerd.

*Mr. T.B. Leeftang  
Loyens & Loeff*

12. Van der Heijden/Van der Grinten, Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 681.

13. Winter 1996, p. 42.

14. H. Beckman, Compendium voor de jaarrekening, 2.1.8 (3).

15. Winter 1996, p. 42.

16. Besluit Minister van Economische Zaken, 13 augustus 1997, JOR 1997, 113 m.nt. H. Beckman.

17. Rb. Utrecht 16 april 1997, JOR 1997, 54.

18. Rb. Arnhem 9 februari 2005, JOR 2005, 114 m.nt. Harmsen.