

## Artikel 2:248 lid 2 BW: geen gelopen race voor de curator

### Inleiding

Eind vorig jaar wees de Rechtbank Amsterdam een vonnis op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW naar aanleiding van de faillissementen van vier Nederlandse Commodore-vennootschappen.<sup>1</sup> Deze bestuurdersaansprakelijkheidszaak is de grootste van Nederland geweest, waarbij de curator een vordering instelde van 220 miljoen euro tegen elf voormalige bestuurders. In deze bijdrage wordt dit vonnis besproken. Eerst zal in algemene zin worden ingegaan op bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:138 en 248 BW.

### Artikelen 2:138/248 BW

De artikelen 2:138 en 248 BW zijn bedoeld om de curator tegenover bestuurders van een NV of BV een sterkere positie te geven. Het wordt hem gemakkelijker gemaakt om bestuurders persoonlijk aan te spreken als zij hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld.<sup>2</sup>

Lid 1 van artikel 2:138/248 BW bepaalt dat iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor het tekort in het faillissement van de vennootschap indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de vennootschap. De bewijslast ligt bij de curator. Voorbeelden van kennelijk onbehoorlijk bestuur die hun oorzaak niet vinden in het verzaken van de publicatie- en/of boekhoudplicht, zijn bijvoorbeeld het verwaarlozen van kredietbewaking, het zich niet tijdig indekken tegen duidelijk voorzienbare risico's en ongerechtvaardigde persoonlijke verrijking waarvan schuldeisers van de vennootschap de dupe zijn.<sup>3</sup>

Lid 2 van artikel 2:138/248 BW legt een verband tussen de verplichtingen van de artikelen 2:10 BW (boekhoudplicht) en 2:394 BW (publicatieplicht) en kennelijk onbehoorlijk bestuur. Deze plichten worden beschouwd als fundamentele verplichtingen van het bestuur.<sup>4</sup> Indien deze fundamentele bestuursverplichtingen door het bestuur niet in acht worden genomen, dan staat vast dat zij (in het algemeen) kennelijk onbehoorlijk hebben bestuurd. Dit is een onweerlegbaar wettelijk vermoeden; tegenbewijs is niet mogelijk. Indien dit kennelijk onbehoorlijk bestuur op de voornoemde grond vaststaat, wordt de onbehoorlijke taakvervulling vermoed een belangrijke oorzaak te zijn van het faillissement.<sup>5</sup> Dit is een weerlegbaar wettelijk vermoeden.

- 
1. Rb. Amsterdam 28 december 2005, rolnr. H 97.4082 en H 98.2264, niet gepubliceerd.
  2. Kamerstukken II 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 1.
  3. H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2003, p. 61.
  4. Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 27.
  5. De Groot 2003, p. 65.

den; de bestuurders mogen tegenbewijs leveren. Zij kunnen dit met name doen door aannemelijk te maken dat externe oorzaken ten grondslag liggen aan het faillissement.

#### De Commodore-zaak

Commodore B.V., Commodore Holding B.V., Commodore Phillipines B.V. en Commodore Manufacturing Contractor B.V. werden failliet verklaard in 1994. De curator vorderde van de voormalige bestuurders vergoeding van het boedeltekort ingevolge artikel 2:248 BW. De curator stelde dat de bestuurders niet voldaan hadden aan de artikelen 2:394 BW en 2:10 BW en trok daaruit de conclusie dat sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Een en ander bracht volgens hem mee dat wordt vermoed dat dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak was van de faillissementen (vergelijk art. 2:248 lid 2 BW).

De bestuurders erkenden dat niet aan de publicatieplicht was voldaan. Zij betwistten echter dat zij niet voldaan hadden aan de boekhoudverplichting en stelden dat in alle vier de vennootschappen een behoorlijke boekhouding werd gevoerd in de bestuursperiode van de desbetreffende bestuurders. De bestuurders meenden dat de oorzaak van de faillissementen moest worden gezocht in een combinatie van externe oorzaken, zoals de ondergang van het gehele Commodore-concern waarvan de vennootschappen deel uitmaakten. Dit zou zijn veroorzaakt door moeilijke marktomstandigheden.

In een tussenvonnis van 2001 nam de rechtbank al enige belangrijke beslissingen, die – voor zover relevant – eerst kort besproken zullen worden.<sup>6</sup>

De rechtbank stelde vast dat (onweerlegbaar) sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:248 lid 2 BW vanwege het niet naleven van de publicatieplicht in de periode van drie jaren voorafgaand aan de faillissementen. Zij overwoog dat deze onbehoorlijke taakvervulling (weerlegbaar) wordt vermoed een belangrijke oorzaak te zijn van de faillissementen.

Het feit dat de bestuurders niet hadden voldaan aan de publicatieplicht, bracht volgens de rechtbank echter niet mee dat het al dan niet voldaan hebben aan de boekhoudplicht niet meer van belang is, omdat in het algemeen geldt dat de aanwezigheid van een behoorlijke boekhouding in de zin van artikel 2:10 BW een noodzakelijke voorwaarde is voor het voortbestaan van een onderneming. De rechtbank oordeelde dat de boekhouding in de drie jaren voorafgaand aan de faillissementen een rol zal spelen bij de beoordeling van het door de bestuurders te leveren *tegenbewijs* dat het onbehoorlijke bestuur geen

belangrijke oorzaak van de faillissementen is geweest. De rechtbank gelastte vervolgens een deskundigenonderzoek naar de boekhouding. Zij overwoog in dat kader dat artikel 2:10 BW niet als eis stelt dat de administratie in Nederland aanwezig moet zijn.

In haar eindvonnis overwoog de rechtbank dat de deskundigen tot de conclusie kwamen dat in de drie jaar voorafgaand aan de faillissementen sprake was van een behoorlijke boekhouding, in die zin dat daaruit te allen tijde de rechten en verplichtingen van de vennootschappen konden worden afgeleid.<sup>7</sup> De deskundigen stelden vast dat er weliswaar ten tijde van het deskundigenonderzoek geen volledige administratie was, maar dat hun in ieder geval duidelijk is geworden dat een ordentelijke boekhouding moet zijn gevoerd.

De rechtbank nam de bevindingen van de deskundigen over en oordeelde dat was voldaan aan artikel 2:10 BW in de drie jaren voorafgaand aan de faillissementen. Volgens de rechtbank deed hieraan niet af dat de curator nooit een volledige boekhouding tot zijn beschikking heeft gekregen.

Dat bracht de rechtbank op de beoordeling van de vraag of de bestuurders waren geslaagd in het leveren van tegenbewijs. Overwogen werd dat zij daartoe aannemelijk dienden te maken dat de faillissementen niet in belangrijke mate zijn veroorzaakt door hun kennelijk onbehoorlijk bestuur. Als tegenbewijs voerden de bestuurders aan dat het Commodore-concern te kampen had met een drastische omzetzaling. De oorzaken van deze omzetzaling waren op hun beurt gelegen in een ernstige economische recessie in Europa, monopolies van Microsoft en Intel processors, een prijzenoorlog binnen de pc-wereld, en ten slotte de stijgende dollar (de uitgaven geschieden in dollars en de inkomsten in Europese valuta). Bovendien lukte het niet om additionele financiering te vinden. Door de afhankelijke positie van de vennootschappen binnen het concern werden de vennootschappen volgens de bestuurders het faillissement ingedreven. De rechtbank achtte het aannemelijk dat de marktomstandigheden en de operationele en financiële afhankelijkheid van de genoemde failliete vennootschappen van de rest van het Commodore-concern belangrijke oorzaken van de faillissementen waren. Zij overwoog voorts dat de curator niet voldoende feiten en omstandigheden had aangevoerd die ertoe zouden leiden dat de genoemde combinatie van externe oorzaken *niet*, maar het onbehoorlijke bestuur *wel* een belangrijke oorzaak van de faillissementen zou zijn geweest. De rechtbank kwam tot het eindoordeel dat niet was komen vast te staan dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is geweest van de faillissementen.

6. Rb. Amsterdam 5 december 2001, JOR 2002, 53.

7. Aldus wordt de boekhoudplicht nader ingevuld door art. 2:10 BW (2:14 (oud)) in HR 11 juni 1993, NJ 1993, 713 (Brens/Sarper) (r.o. 3.5).

Vermeldenswaardig is nog dat de rechtbank de kosten voor het deskundigenonderzoek voor de helft afwentelde op de betrokken bestuurders wegens een gebrek aan onmiddellijke en volledige medewerking van de kant van de bestuurders bij het aanleveren van de boekhouding. De curator moest de helft van de kosten voldoen aan de bestuurders, omdat hij niet was ingegaan op de uitnodiging van bestuurders om bepaalde administratieve bescheiden onder zich te nemen.

#### Commentaar

De rechtbank oordeelde in deze zaak, dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur onweerlegbaar vaststond wegens schending van de publicatieplicht, maar dat het bij de beoordeling van het door het bestuur te leveren tegenbewijs van belang kan zijn of het aan de boekhoudplicht heeft voldaan. De rechtbank hoefde voor de vaststelling dat van kennelijk onbehoorlijk bestuur sprake was, niet verder te onderzoeken of al dan niet was voldaan aan de boekhoudplicht. De curator had hier het voordeel van de voornoemde twee wettelijke bewijsvermoedens. Op de curator rustte niet meer de bewijslast ingevolge artikel 2:248 lid 1 BW ten aanzien van het niet voldoen aan de boekhoudplicht. De bestuurders mochten tegenbewijs leveren tegen het weerlegbare vermoeden dat er een causaal verband bestond tussen de faillissementen en het kennelijk onbehoorlijk bestuur; zij hoefden dit slechts *aannemelijk* te maken.<sup>8</sup>

Uit deze uitspraak volgt onder meer dat indien de door de bestuurders gestelde externe oorzaken een direct gevolg zouden zijn geweest van de schending van de boekhoudplicht, zij niet kunnen slagen in het leveren van tegenbewijs, omdat hun eigen gedrag dan debet zou zijn geweest aan het ontstaan van de externe oorzaak (die hen vrij zou kunnen pleiten).<sup>9</sup> Dit is eerder ook bepaald door de Rechtbank Utrecht.<sup>10</sup> Het ging daarbij om het stopzetten van een subsidie door de gemeente, waardoor het faillissement van een stichting werd veroorzaakt, waarbij de oorzaak van de stopzetting moest worden gevonden in het feit dat door ondeugdelijke boekhouding van de bestuurders een tekort was ontstaan.

Bij de beoordeling van de in de onderhavige zaak door de bestuurders aangevoerde externe omstandigheden vormde het voldoen aan de boekhoudplicht een aanwijzing voor het feit dat de bestuurders een goed inzicht hadden in de financiële situatie van de vennootschappen en dat zij daarmee in staat zouden kunnen worden gesteld om de financiële situatie mee te laten wegen in hun bestuurlijke keuzes.

Overigens is tegenbewijs in geval van verwaarlozing van de publicatieplicht gemakkelijker te leveren dan in het geval van verwaarlozing van de boekhoudplicht, omdat het door het ontbreken van een boekhouding vrijwel onmogelijk wordt voor het bestuur (en voor de curator) om het causaal verband tussen faillissement en kennelijk onbehoorlijk bestuur nog te betwisten.<sup>11</sup> Een adequate boekhouding zal doorgaans voldoende aanknopingspunten bieden om bepaalde externe factoren te herleiden die op een bepaald moment van invloed zouden kunnen zijn geweest op de financiële positie van de vennootschap. De gevolgen van de overstap van een grote klant naar de concurrent zullen dus doorgaans uit de boekhouding kunnen worden afgeleid.

In het onderhavige geval werd het tegenbewijs geleverd. De rechtbank overwoog dat de bestuurders geslaagd waren in het leveren van tegenbewijs en dat de curator onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld die tot een ander oordeel moeten leiden. De curator had volgens de rechtbank niet voldoende aannemelijk gemaakt dat de externe oorzaken *niet*, maar het vastgestelde onbehoorlijk bestuur *wel* een belangrijke oorzaak is geweest van de faillissementen. De curator had dus volgens de rechtbank onvoldoende ingebracht tegen het door bestuurders geleverde tegenbewijs. Uit de wetgeschiedenis volgt dat op de curator geen bewijslast rust ten aanzien van het causale verband tussen het kennelijk onbehoorlijk bestuur en het faillissement.<sup>12</sup> Dit betekent gezinszins dat de taak van de curator ophoudt bij het stellen en bewijzen van het niet voldoen aan de publicatieplicht en/of boekhoudplicht, indien de bestuurders tegenbewijs op tafel leggen. De curator had dus als reactie op de externe oorzaken die werden aangevoerd door de bestuurders, gemotiveerd moeten aanvoeren waarom deze externe oorzaken geen oorzaak vormden voor de faillissementen, met name door zelf andere oorzaken daartegenover te stellen die kwalificeren als kennelijk onbehoorlijk bestuur. Dit is in lijn met (oudere) lagere jurisprudentie, waarin is bepaald dat de curator in het geval van artikel 2:248 lid 2 BW na het leveren van tegenbewijs door de bestuurders niet slechts kan volstaan met verwijzing naar het niet voldoen aan de publicatieplicht en een niet-onderbouwde ontkenning van het door bestuurders aangevoerde tegenbewijs.<sup>13</sup> Voorts bepaalde de Rechtbank Leeuwarden dat de curator door alleen maar 'achterover te leunen' de omgekeerde bewijslast zoals die voortvloeit uit artikel 2:248 lid 2 BW, op een onaanvaardbare wijze oprekt in een geval waarin er geen enkele aanwijzing is dat de bestuurder en de commissarissen niet bonafide zouden zijn en 'slechts' sprake is van 'lichte' schendingen van de publicatieplicht.<sup>14</sup>

8. HR 23 november 2001, JOR 2002, 4 (Mefigro/Wind q.q.).

9. Y. Borrius, *Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid*, in: *Geschriften vanwege de Vereniging van Corporate Litigation 2003-2004*, Deventer: Kluwer 2004, p. 14.

10. Rb. Utrecht 5 december 2001, JOR 2002, 52.

11. Kamerstukken I 1985/86, 16 631, nr. 27b, p. 12.

12. Kamerstukken II 1980/81, 16 631, nr. 3, p. 4.

13. Rb. Den Bosch 31 maart 2000, rolnr. HAZA 97-2395, TvI 2000/5, p. 41.

14. Rb. Leeuwarden 10 juni 1998, rolnr. H 306/96, TvI 1998/8, p. 65.

---

De curator had in dit geval wel bepaalde argumenten aangevoerd, bijvoorbeeld dat de bestuurders van de vier vennootschappen een einde hadden moeten maken aan de afhankelijkheid van de thans failliete vennootschappen van de overige Commodore-vennootschappen. De rechtbank overwoog dienaangaande dat die afhankelijkheid eigen was aan de plaats van de vennootschappen binnen het Commodore-concern en dat daarom ook niet van de bestuurders verwacht kon worden dat zij extra financiering zouden aantrekken. Voorts voerde de curator aan dat andere computerbedrijven onder diezelfde marktomstandigheden niet failliet zijn gegaan. Daarover oordeelde de rechtbank dat dit nog niet meebrengt dat er een causaal verband bestaat tussen het kennelijk onbehoorlijk bestuur en de faillissementen, omdat tussen de verschillende computerbedrijven aanzienlijke verschillen bestonden.

In het algemeen overwoog de rechtbank dat de curator geen concreet handelen of nalaten van de bestuurders had aangevoerd omtrent de wijze waarop met de marktomstandigheden is omgegaan en strategische keuzes zijn gemaakt, waaruit de conclusie zou kunnen worden getrokken dat geen redelijk handelend bestuurder zo zou hebben gehandeld.<sup>15</sup>

De conclusie is derhalve dat de curator in ieder geval voldoende gemotiveerd dient in te gaan op hetgeen de bestuurders als tegenbewijs aanvoeren en bij voorkeur met een eigen verhaal moet komen. Doet hij dat niet, dan loopt hij het risico dat – zoals in deze zaak – de rechter oordeelt dat niet is komen vast te staan dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak vormt voor het faillissement. De omgekeerde bewijslast van artikel 2:248 lid 2 BW leidt er dus niet toe dat de curator hier helemaal niet hoeft in te gaan op het door bestuurders geleverde tegenbewijs.

*Mr. G.C. Wong*  
*NautaDutilh*

---

15. Vlg. HR 7 juni 1996, NJ 1996, 695 (r.o. 5.3) en HR 8 juni 2001, NJ 2001, 454 (r.o. 3.7).