

## Ontbreken accountants- verklaring ‘onbelangrijk verzuim’ bij bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW?

### Inleiding

Een bestuurder van een BV (of NV) is hoofdelijk aansprakelijk voor het boedeltekort in geval van faillissement, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement (art. 2:248 lid 1 BW).

Lid 2 van artikel 2:248 BW verlicht de bewijspositie van de curator aanzienlijk, indien is komen vast te staan dat het bestuur zijn administratieplicht ex artikel 2:10 BW of zijn publicatieplicht ex artikel 2:394 BW niet is nagekomen. In dat geval staat namelijk vast dat sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, en die onbehoorlijke taakvervulling wordt vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn.

### Mogelijkheden om aan hoofdelijke aansprakelijkheid te ontkomen

Drie (glibberige) paden staan de bestuurder nog ter beschikking indien is komen vast te staan dat het bestuur zijn publicatie- c.q. administratieplicht niet is nagekomen. De eerste twee mogelijkheden staan centraal in het hierna te bespreken arrest van de Hoge Raad van 20 oktober 2006 (Van Schilt/Jansen q.q.).<sup>1</sup>

#### *Onbelangrijk verzuim*

Lid 2 van artikel 2:248 BW sluit af met de woorden: ‘een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen’. In de jurisprudentie is een beroep hierop wel gehonoreerd in geval van een (geringe) overschrijding van de termijn voor publicatie van de jaarrekening.<sup>2</sup>

#### *Andere feiten of omstandigheden oorzaak faillissement*

De bestuurder kan tevens trachten het rechtsvermoeden te weerleggen door aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Niet is vereist te bewijzen dat andere feiten of omstandigheden de belangrijke of uitsluitende oorzaak van het faillissement zijn geweest.<sup>3</sup>

#### *Individuele disculpatie*

Een bestuurder kan aan aansprakelijkheid ontkomen als hij bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het

---

1. HR 20 oktober 2006, NJ 2007, 2.

2. O.m. HR 11 juni 1993, NJ 1993, 713 en HR 2 februari 1996, NJ 1996, 406.

3. HR 23 november 2001, NJ 2002, 95.

bestuur (als collectief) aan hem (als individueel bestuurder) niet te wijten is, én dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden (art. 2:248 lid 3 BW). Het behoeft geen betoog dat een beroep hierop alleen in zeer uitzonderlijke gevallen slaagt.

**HR 20 oktober 2006 (Van Schilt/Jansen q.q.):  
casus en procesverloop**

Op 21 november 1997 is Van Schilt Bouwmaterialen Groothandel B.V. (hierna: Van Schilt B.V.) failliet verklaard. Vanaf 1995 was Van Schilt B.V. aan te merken als 'middelgrote rechtspersoon' als bedoeld in artikel 2:397 BW. Van Schilt B.V. voegde bij haar gepubliceerde jaarrekeningen over 1995 en 1996 geen accountantsverklaring, noch een mededeling waarom een accountantsverklaring ontbreekt. Dit is in beginsel een schending van de publicatieplicht (art. 2:392 lid 1 sub a jo. art. 2:394 BW), aangezien Van Schilt B.V. niet kwalificeerde als een 'kleine onderneming' in de zin van artikel 2:396 BW (die een dergelijke accountantsverklaring niet behoeft te deponeren).

Het bestuur van Van Schilt B.V. werd gevormd door twee broers Van Schilt, van wie één op vrij jonge leeftijd overleed in 1994. De curator stelt na het faillissement de bestuurder Van Schilt aansprakelijk en vordert betaling van het totale boedeltekort op grond van schending van de publicatieplicht en in eerste aanleg eveneens op grond van schending van de administratieplicht, hetgeen door de rechtbank is afgewezen. Wel oordeelde de rechtbank dat de publicatieplicht niet was nageleefd.

In hoger beroep oordeelde het hof onder meer dat bij een middelgrote rechtspersoon, zoals Van Schilt B.V., het ontbreken van een accountantsverklaring of de mededeling waarom deze ontbreekt, ingevolge artikel 2:248 BW tot de vaststelling leidt dat het bestuur van de vennootschap zijn taak onbehoorlijk vervuld heeft en dat dit ontbreken van de accountantsverklaring (c.q. de mededeling waarom deze ontbreekt) niet kan worden aangemerkt als een onbelangrijk verzuim. Dit is tevens het geval, aldus het hof, indien zou vaststaan dat de gepubliceerde gegevens correct zijn.

Van Schilt was in hoger beroep niet alleen voor het 'onbelangrijk verzuim'-anker gaan liggen, maar voerde tevens een fors aantal omstandigheden aan die aan het faillissement hadden bijgedragen. Van Schilt bood in haar memorie van grieven bewijs aan dat andere omstandigheden oorzaak zijn geweest van het faillissement.

Het hof overweegt dat Van Schilt weliswaar aannemelijk heeft gemaakt dat ook andere omstandigheden

'in belangrijke mate hebben bijgedragen aan het faillissement, maar niet dat het onbehoorlijk bestuur niet mede een belangrijke oorzaak was. (...) het gaat erom

dat [Van Schilt] aannemelijk maakt dat het onbehoorlijk bestuur niet een belangrijke oorzaak is geweest.'

Wel ziet het hof aanleiding tot matiging van de te betalen schadevergoeding tot een vijfde van het boedeltekort.<sup>4</sup>

**Hoge Raad**

Van Schilt komt tegen het arrest van het hof (deels succesvol) in cassatie.

*Onbehoorlijke taakvervulling*

Van Schilt betoogde in cassatie onder meer dat de verwijzing in artikel 2:248 lid 2 BW naar artikel 2:394 BW slechts betrekking heeft op een gedeelte van de in artikel 2:394 BW omschreven verplichtingen (en dus niet op art. 2:392 lid 1 sub a BW). Dit wordt niet door de Hoge Raad gehonoreerd.

*Onbelangrijk verzuim*

Ook verdedigde Van Schilt de stelling dat het ontbreken van een accountantsverklaring (of de mededeling waarom deze ontbreekt) steeds als een onbelangrijk verzuim moet gelden, wanneer wel een jaarrekening is gepubliceerd en vaststaat dat de gepubliceerde gegevens correct zijn. Zover wil de Hoge Raad niet gaan, maar hij voegt hieraan toe:

'Dit neemt niet weg dat het (...) mogelijk is dat schending van de in art. 2:394 BW neergelegde voorschriften op het punt van de openbaarmaking van de jaarrekening onder omstandigheden als een onbelangrijk verzuim moet worden beschouwd. De wetgever heeft weliswaar willen voorkomen dat de curator telkens moet nagaan of de gepubliceerde stukken wat betreft hun inhoud kloppen voordat hij zich op art. 2:248 lid 2 BW zou kunnen beroepen, maar dit neemt niet weg dat wanneer is komen vast te staan dat de gepubliceerde gegevens correct zijn, het enkele verzuim de accountantsverklaring (of een mededeling waarom deze ontbreekt) te publiceren onder omstandigheden als een onbelangrijk verzuim kan gelden. Uit de parlementaire geschiedenis is niet af te leiden dat de wetgever dit categorisch heeft willen uitsluiten, hetgeen erop zou neerkomen dat de aangesproken bestuurder ook indien hem van het bedoelde verzuim slechts een gering verwijt treft, zou zijn aangewezen op de mogelijkheid het in art. 2:248 lid 2 BW geëiste – ook bij aanwezigheid van een deugdelijke boekhouding niet steeds eenvoudig te leveren – tegenbewijs bij te brengen, of erop zou moeten vertrouwen dat de curator en de rechter-commissaris een – met het oog op het ingrijpend karakter van de sanctie – voldoende terughoudende toepassing aan deze bepaling geven.'

4. Zie (kritisch) over dit ongepubliceerde arrest: T. van Wijngaarden, Publicatieplicht en bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement, Juridisch up to Date 2006, nr. 4.

---

---

Kortom, ook het ontbreken van een accountantsverklaring *kan* een onbelangrijk verzuim zijn.

*Weerlegging rechtsvermoeden*

In cassatie ageert Van Schilt ook tegen de overweging van het hof dat Van Schilt weliswaar aannemelijk had gemaakt dat andere omstandigheden in belangrijke mate hebben bijgedragen aan het faillissement, maar dat hij aannemelijk had moeten maken dat het onbehoorlijk bestuur niet *mede* een belangrijke oorzaak was. Van Schilt doet hierbij een beroep op het hiervoor aangehaalde Mefigro-arrest.<sup>5</sup>

De Hoge Raad honoreert die rechtsklacht, stellende dat een redelijke uitleg van artikel 2:248 lid 2 BW meebrengt dat voor het ontzenuwen van het rechtsvermoeden volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden *een* belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Als de bestuurder daarin slaagt, ligt het vervolgens op de weg van de curator om, op de voet van artikel 2:248 lid 1 BW, aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

*Mr. C.Y. van Megchelen  
Stibbe*

---

5. HR 23 november 2001, NJ 2002, 95.