

University of Groningen

Feiten, ficties en vermoedens

Wezeman, Jan Berend

Published in:
Onderneming en Financiering

DOI:
[10.5553/OenF/157012472021029004001](https://doi.org/10.5553/OenF/157012472021029004001)

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):
Wezeman, J. B. (2021). Feiten, ficties en vermoedens. *Onderneming en Financiering*, 2021(4), 3-6.
<https://doi.org/10.5553/OenF/157012472021029004001>

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.

REDACTIONEEL

Feiten, ficties en vermoedens

J.B. Wezeman

Op 1 januari 2022 is het 35 jaar geleden dat in Nederland de zogenoemde derde misbruikwet werd ingevoerd.¹ Deze wet, ook bekend als de Wet bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement (WBF), leidde met name tot een aanmerkelijke verzwaring van de aansprakelijkheidsrisico's voor bestuurders van vennootschappen.² De derde misbruikwet is grotendeels geïncorporeerd in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW), met als kernbepaling voor bestuurders van bv's art. 2:248 BW. Deze bepaling is sinds 1987 ongewijzigd gebleven, op enkele ondergeschikte aanpassingen na.³ Hoofddregel is dat alle bestuurders van een failliete bv aansprakelijk zijn voor het gehele tekort indien de curator feiten en omstandigheden kan aantonen waaruit blijkt dat het faillissement in belangrijke mate is veroorzaakt door kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door één of meer van de bestuurders. De contouren van dit onbehoorlijk bestuur zijn weliswaar niet glashelder, maar ze zijn in de afgelopen 35 jaar duidelijker geworden. De bestuurders moeten anders hebben gehandeld dan van redelijk denkende bestuurders onder dezelfde omstandigheden zou mogen worden verwacht, met (objectief te bepalen) wetenschap dat dit handelen de gezamenlijke schuldeisers van de bv zou benadelen.⁴ Pièce de résistance van art. 2:248 BW vormt zijn tweede lid, dat een aantal bijzondere bewijsregels bevat: kan de curator aantonen dat het bestuur de administratie- of publicatieverplichting van art. 2:10 c.q. art. 2:394 BW heeft geschonden, dan staat kennelijk onbehoorlijke taakvervulling onweerlegbaar vast. Naast deze wettelijke fictie geldt in zo'n geval voorts het wel weerlegbare vermoeden dat aannemelijk is dat het faillissement in belangrijke mate is veroorzaakt door het vaststaande onbehoorlijk bestuur. Deze strenge regels gelden alleen niet bij onbelangrijke verzui- men (art. 2:248 lid 2 BW, slotzin). Het overgrote deel van de gepubliceerde 248-za- ken handelt over dit tweede lid.

De effectiviteit van de derde misbruikwet is moeilijk te meten en gericht empirisch onderzoek daarnaar is schaars.⁵ In zijn algemeenheid kunnen we denk ik zeggen dat de wet nodig is en voldoet. Veel kritiek is er wel op onderdelen van art. 2:248

1 Wet van 16 mei 1986, Stb. 1986, 275 (Kamerstukken 16631).

2 De derde misbruikwet geldt voor alle privaatrechtelijke rechtspersonen. Ik beperk mij hier tot bv's.

3 Laatstelijk op 1 juli 2021 is ter uitvoering van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (Wet van 11 november 2020, Stb. 2020, 507) verduidelijkt dat een door de OK aangestelde bestuurder niet aansprakelijk te stellen is (lid 7) en dat bestuurders geen beroep hebben op verrekening (lid 6).

4 Vgl. HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, JOR 2001/171 (Panmo) en HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370, JOR 2019/74 (Geocopter).

5 Zie A.P.K. Luttkhuis & R.E. Timmermans, *Insolventierecht in cijfers en modellen. Schuldeisersbe- nadeling en conclusies*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

J.B. Wezeman

lid 2 BW, in het bijzonder op de regel dat bij het schenden van art. 2:394 BW onbehoorlijk bestuur onweerlegbaar vaststaat. Deze kritiek is er al vanaf het begin. In de literatuur wordt op dit punt gesproken van een overreactie van de wetgever. Ik sluit mij bij deze kritiek aan.⁶ Art. 2:248 BW beoogt in algemene zin misbruik van bv's te voorkomen en te bestrijden en meer specifiek benadeelde schuldeisers te compenseren. Misbruik moet worden bestraft. Maar dat kan ook zonder de in het tweede lid opgenomen fictie, die het mogelijk maakt het onbehoorlijk bestuur feitelijk hoofdzakelijk of uitsluitend te baseren op schending van de verplichtingen van art. 2:394 BW. Het al dan niet naleven van die verplichtingen zegt weinig over de vraag of bestuurders wel of niet bonafide zijn en of de schuldeisers wel of niet op onbehoorlijke wijze zijn geschaad. Wat hier wringt is het uitgangspunt van de wetgever dat bij schending van art. 2:394 BW (c.q. art. 2:10 BW) de bestuurders ook *overigens* onbehoorlijk hebben bestuurd.⁷ In het eerste, onder de derde misbruikwet gewezen arrest Koster/Kobo⁸ vatte de Hoge Raad dit door de wetgever gewilde fictieve element zo samen, dat in lid 2-gevallen 'ieder der bestuurders zijn taak ook voor het overige kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld'. Tegenbewijs, in die zin dat er ondanks de verwaarlozing van de administratie- of publicatieplicht toch behoorlijk is bestuurd, staat niet open.

Gelukkig kan worden gezegd dat lid 2 in de rechtspraak van een aantal van zijn scherpste kantjes is ontdaan. Met name de Hoge Raad heeft zich daarbij niet onbetuigd gelaten. Ik noem vijf belangrijke voorbeelden. Duidelijk is geworden (1) dat bij naleving van de administratieplicht voor toepassing van lid 2 perfectie niet vereist is. Voldoende is dat de administratie een redelijk inzicht in de ontwikkeling van het vermogen en van het totaalresultaat biedt.⁹ Uit de jurisprudentie blijkt voorts (2) dat bij het bepalen van de termijn waarbinnen een bv de jaarrekening openbaar moet maken steeds de maximale termijn van twaalf maanden na afloop van het boekjaar mag worden aangehouden (vgl. art. 2:394 lid 3 BW).¹⁰ Verder (3) behoeven de bestuurders voor het ontzenuwen van het causale vermoeden niet aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan het onbehoorlijk bestuur *de belangrijkste* oorzaak van het faillissement zijn geweest.¹¹ Voldoende is het aannemelijk maken van buiten het bestuur gelegen feiten en omstandigheden die (mede) *een* belangrijke oorzaak zijn van het faillissement. Die andere oorzaak

6 Zie o.a. mijn bijdrage 'Het mechanisme van art. 2:248 lid 2 BW', in: B.F.J. Assink (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 463-470.

7 Zie Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 4 (MvT) en Kamerstukken II 1983/84, 16631, nr. 6, p. 22 (MvA).

8 HR 20 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0329, NJ 1989/676, r.o. 3.4. Evenzo HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189, NJ 2013/401, JOR 2013/300 (Bobo Holdings/curator Apeldoornse Asbestsanering), r.o. 3.6.2.

9 Vgl. HR 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0994, NJ 1993/713 (Kempers en Sarper) en HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2932, JOR 2014/327 (FSM Europe), waarover C.M. Harmsen, *Administratieplicht en aansprakelijkheid voor het boedeltekort* (Serie Onderneming en Recht, deel 115), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

10 HR 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0994, NJ 1993/713 (Kempers en Sarper) en HR 2 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1981, NJ 1996/406 (Pfenning-Niederer). Voor beursvennootschappen geldt een maximale termijn van zes maanden.

11 HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4508, NJ 2002/95 (Mefigro c.s./curator Vlimeta).

mag niet zelf te wijten zijn aan kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Om uit de fuik van lid 2 te komen kan ook (4) een beroep op een onbelangrijk verzuim baten. De Hoge Raad kiest voor de onderbouwing van zo'n beroep niet voor een formele, maar voor een materiële benadering. De bestuurders mogen omstandigheden aanvoeren die in het desbetreffende geval niet erop wijzen dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Dit is met name het geval indien voor het verzuim een aanvaardbare verklaring bestaat. En last but not least (5): in het arrest *Verify* uit 2013 besliste de Hoge Raad dat een individuele bestuurder zich in een lid 2-geval kan *disculperen* (zie art. 2:248 lid 3 BW) door aan te tonen dat hem ter zake van de te late publicatie van de jaarrekening geen verwijt treft (schending van de administratieplicht was in deze zaak niet aan de orde, maar daarvoor zal hetzelfde gelden). Deze beslissing is opvallend omdat in de literatuur en in lagere rechtspraak jarenlang werd aangenomen dat in de systematiek van de wetgever het disculpatieverweer in een lid 2-situatie betrekking moest hebben op het over de gehele linie vaststaande onbehoorlijk bestuur.

In een opmerkelijk arrest van 9 juli dit jaar ging de Hoge Raad nog een grote stap verder. Ik doel op het arrest HR 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1099, RvdW 2021/771 (*Mobile Services*).¹² Zonder hier verder op de feiten in te hoeven gaan vat ik de beslissing van het arrest als volgt samen: een redelijke uitleg van lid 2 brengt mee dat bestuurders ter ontzenuwing van het causale vermoeden niet alleen van buiten komende feiten en omstandigheden mogen aanvoeren, maar ook aannemelijk mogen maken dat een belangrijke faillissementsoorzaak is gelegen in 'handelen of nalaten van een of meer bestuurders dat op zichzelf beschouwd geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert (...)’ (r.o. 3.2). Deze beslissing, die de mogelijkheden om uit de fuik van lid 2 te ontsnappen duidelijk vergroot, is opmerkelijk. De wetgever is er in lid 2 immers van uitgegaan dat bij schending van de administratie- of publicatieplicht het bestuur *ook in het algemeen* zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Aan een inhoudelijke toetsing van het gevoerde bestuur komt de rechter dan helemaal niet toe. De Hoge Raad ziet dit nu dus anders voor wat betreft de weerlegging van het causale vermoeden. Binnen de bewoordingen van lid 2 kan het arrest *Mobile Services* zo worden verstaan, dat conform de onmiskenbare bedoeling van de wetgever onbehoorlijk bestuur als geheel weliswaar onweerlegbaar vaststaat, maar dat daarmee *niet* is bedoeld en gezegd dat eveneens elke afzonderlijke bestuursdaad kennelijk onbehoorlijk was.¹³ Een creatieve en billijke uitleg, lijkt mij, waarvoor de Hoge Raad zelfs enige steun vindt in de parlementaire geschiedenis van de derde misbruikwet. De Hoge Raad verwijst daarvoor aan het slot van r.o. 3.3 naar een passage uit de memorie van antwoord (Eerste Kamer), waarin de minister opmerkt dat in lid 2-gevallen het bestuur mag aantonen 'dat het zich voor het overige behoorlijk van zijn taak heeft gekweten'.¹⁴

12 Het arrest is inmiddels besproken door Lennarts (Tvl 2021/31) en Bartman (AA 2021/938).

13 In die zin ook A-G Assink, nr. 3.17 in zijn conclusie voor het arrest *Mobile Services* (ECLI:NL:PHR:2021:1012). HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233, JOR 2016/223 (*The Law*) kan worden gezien als een voorbode van de nu in *Mobile Services* expliciet gevolgde lijn. Zie in die zin C. de Groot, 'The Law BV': heeft het bewijsvoordeel in artikel 2:138 lid 2/248 lid 2 BW zijn langste tijd gehad?, MvO 2016, afl. 5/6, p. 133.

14 Kamerstukken I 1985/86, 16631, nr. 27b, p. 37 (MvA).

J.B. Wezeman

De kwaliteit van onze wetgeving staat onder druk, de menselijke maat lijkt vaker zoek. Nederland moet de eisen van redelijkheid en billijkheid – zo blijkt ook uit een onlangs verschenen advies¹⁵ van de Raad van Europa – beter in het oog houden in wettelijke regels en uitvoeringsbesluiten. Ook de rechtsbescherming verdient meer aandacht. Tegen deze achtergrond hebben we over de wijze waarop onze hoogste rechter uitleg geeft aan het strenge art. 2:248 lid 2 BW niet te klagen. Het arrest Mobile Services vormt een lichtpuntje voor in de lid 2-fuik gevangen bonafide bestuurders. En een baken voor rechters die zich gesteld zien voor de toepassing van al te rigoureuze regels.

15 Zie <https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?opinion=1031&year=all>.