

Reikwijdte van de wettelijke bewijsvermoedens bij bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement

Bespreking van HR 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1099 (X/Lonis q.q.)

*Mr. J. C. G. Straatman**

1 Inleiding

De aansprakelijkheidsgrond voor bestuurders van een failliete rechtspersoon (art. 2:248 BW) is een vreemde eend in de bijt. Het gaat hier niet om een zuiver interne noch om een zuiver externe grond voor aansprakelijkheid en daarom kwalificeert de Hoge Raad de aansprakelijkheid van art. 2:248 BW als een aansprakelijkheid ‘jegens de boedel’.¹ Met die kwalificatie is tevens de ratio van de aansprakelijkheidsgrond gegeven, namelijk het terugdringen van misbruik van rechtspersonen in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Dit doel wordt bereikt door een uitzondering te maken op het uitgangspunt van beperkte aansprakelijkheid in het rechtspersonenrecht. Bestuurders kunnen namelijk worden geconfronteerd met doorbreking van aansprakelijkheid indien zij hun bestuurstaak kennelijk onbehoorlijk vervullen en het aannemelijk is dat dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Deze vordering kan slechts door de curator worden ingesteld. In de praktijk blijkt deze bewijslast voor de curator zwaar. Om de aansprakelijkheidsgrond van art. 2:248 BW meer (preventief) effect te doen hebben, wordt de curator door de wetgever in de bewijslast geholpen middels een tweetal bewijsvermoedens in art. 2:248 lid 2 BW. Indien het bestuur niet heeft voldaan aan de administratie- en/of publicatieplicht van art. 2:10 of 2:394 BW staat daarmee onweerlegbaar vast dat sprake is van onbehoorlijk bestuur. Dit onbehoorlijk bestuur wordt vervolgens vermoed een belangrijke oorzaak te zijn van het faillissement. Dit laatste causale bewijsvermoeden is een weerlegbaar vermoeden.

Het arrest van de Hoge Raad van 9 juli 2021 (hierna: X/Lonis q.q.), dat de aanleiding vormt van deze bijdrage, gaat nader in op de uitleg die aan deze bewijsvermoedens gegeven moet worden. Meer concreet geeft dit arrest inzicht in de uitleg die gegeven moet worden aan het weerlegbaar causaal bewijsvermoeden

en welke consequentie dit heeft voor het onweerlegbaar bewijsvermoeden dat sprake is van onbehoorlijk bestuur.

De Hoge Raad oordeelt voor het eerst dat bestuurders ook het causaal bewijsvermoeden kunnen ontzenuwen zonder een externe van buiten komende faillissementsoorzaak aannemelijk te hoeven maken.

Voordat ik inga op de concrete zaak, zal ik eerst in grote lijnen het huidige kader schetsen ten aanzien van de bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement. Ik zal tevens stilstaan bij de ontwikkelingen in de rechtspraak vóór het wijzen van het arrest X/Lonis q.q.

2 Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement

2.1 Hoofdelijke aansprakelijkheid en mogelijkheid tot *disculpatie*

Art. 2:248 lid 1 BW bepaalt dat in geval van faillissement van de vennootschap iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien de curator stelt en bewijst dat (1) het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en (2) aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Deze bewijslast rust op de curator.

De hoofdelijke aansprakelijkheid past in de theorie van het beginsel van de collectieve bestuursverantwoordelijkheid dat ten grondslag ligt aan art. 2:248 BW en welk beginsel ook op andere plekken in het rechtspersonenrecht terugkomt. Deze gedachtegang houdt in dat het bestuur als geheel verantwoordelijk is voor het financiële beleid van de vennootschap.² Individuele bestuurders kunnen geen aansprakelijkheid ontlopen door zich te verschuilen achter een intern werkende verdeling van verantwoordelijkheden. Onbehoorlijk handelen van indi-

* Mr. J.C.G. Straatman is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

1 HR 18 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI5912, NJ 2009/438 (Stichting Derdengelden Simon).

2 Huizink, in: GS Rechtspersonenrecht, art. 2:248 lid 3 BW, aant. 14.1-14.2 en 14.6.

viduele bestuurders wordt toegerekend aan het gehele bestuur. In de kern leidt dat ertoe dat bij een meerhoofdig bestuur al sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur indien één bestuurder zijn taak onbehoorlijk vervult.³ Deze risicoaansprakelijkheid van de individuele bestuurder voor het handelen van zijn medebestuurders dwingt alle bestuurders tot betrokkenheid bij het bestuursbeleid in algemene zin en tot waakzaamheid ten aanzien van de financiële toestand van de vennootschap.⁴ In het verlengde daarvan versterkt de collectieve hoofdelijke aansprakelijkheid de positie van de curator en daarmee die van de gezamenlijke schuldeisers.

Omdat het beginsel van hoofdelijke aansprakelijkheid vergaande gevolgen kan hebben voor individuele bestuurders, heeft de wetgever de werkingssfeer van de aansprakelijkheidsgrond temporeel ingekaderd. De vordering kan slechts worden ingesteld indien sprake is van onbehoorlijke taakvervulling in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement.⁵ Daarnaast zijn de scherpe kantjes van deze aansprakelijkheidsgrond af doordat de drempel voor het aannemen van kennelijk onbehoorlijk bestuur hoog is. Daarvan is slechts sprake indien geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld.⁶ Er moet sprake zijn geweest van roekeloos, lichtzinnig, onbezonnen en onverantwoord gedrag. Dat is een verzwaarde maatstaf waaronder lang niet iedere bestuurlijke misslag valt.⁷ Met inwerkingtreding van de derde antimisbruikwet⁸ heeft de wetgever ervoor gekozen de curator in deze zware bewijslast tegemoet te komen. Sindsdien kan de curator gebruik maken van een tweetal wettelijke bewijsvermoedens, neergelegd in art. 2:248 lid 2 BW. Daarop wordt verderop in dit artikel nader ingegaan.

Waar collectieve bestuursaansprakelijkheid het uitgangspunt is, is het desalniettemin mogelijk voor individuele bestuurders om aan aansprakelijkheid te ontkomen. Art. 2:248 lid 3 BW biedt individuele bestuurders de mogelijkheid tot disculpatie. Daarvoor is vereist dat de bestuurder bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is *en* dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat dit beroep op disculpatie slechts slaagt bij hoge uitzondering. Daarin staat expliciet opgenomen dat het onvoldoende is als een individuele bestuurder stelt niets geweten te hebben van het kennelijk onbehoorlijk bestuur, of als een individuele bestuurder stelt dat de direct verantwoordelijke voor

het financieel beleid in vergaande mate onbekwaam was voor zijn of haar taak.⁹ Een interne – informele dan wel statutaire – taakverdeling neemt de algemene verantwoordelijkheid van iedere bestuurder afzonderlijk voor het gevoerde beleid niet weg. In exceptionele gevallen kan een individuele bestuurder aansprakelijkheid ontlopen door aan te tonen dat hij zich verzet heeft tegen de beslissing die heeft geleid tot het kennelijk onbehoorlijk bestuur, bijvoorbeeld door tegen te stemmen en/of af te treden.¹⁰

Indien het beroep op disculpatie voor individuele bestuurders niet slaagt en hoofdelijke aansprakelijkheid wordt gevestigd, biedt art. 2:248 lid 4 BW de rechter de mogelijkheid om collectief dan wel individueel het bedrag van de aansprakelijkheid te verminderen als hem dit bovenmatig voorkomt.

2.2 Bewijsvermoedens art. 2:248 lid 2 BW

Op de curator rust dus een zware bewijslast om enerzijds aan te tonen dat (in de drie aan het faillissement voorafgaande jaren) sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en anderzijds aannemelijk te maken dat dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Teneinde de positie van de curator in het faillissement van een rechtspersoon tegenover de bestuurders daarvan te versterken, heeft de wetgever in art. 2:248 lid 2 BW een tweetal wettelijke bewijsvermoedens opgenomen die resulteren in een verlichting van de bewijslast.¹¹ De curator kan van deze bewijsvermoedens gebruik maken indien sprake is van een schending van een van de verplichtingen voortvloeiende uit art. 2:10 en/of 2:394 BW, tenzij sprake is van een onbelangrijk verzuim. Art. 2:10 BW omvat de administratieplicht, die inhoudt dat het bestuur verplicht is een deugdelijke boekhouding te voeren. Art. 2:394 BW verplicht het bestuur onder meer de jaarrekening van de rechtspersoon uiterlijk twaalf maanden na afloop van het boekjaar te publiceren. Wat houden de wettelijke bewijsvermoedens van lid 2 in? Uit art. 2:248 lid 2 BW volgt dat een schending van de administratie- en/of publicatieplicht meebrengt dat *onweerlegbaar* vaststaat dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en dat *weerlegbaar* wordt vermoed dat dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het eerste wettelijk bewijsvermoeden brengt met zich dat met een schending van de administratie- en/of publicatieplicht het kennelijk onbehoorlijk bestuur van ieder van de bestuurders ook ‘voor het overige’ vaststaat. De gedachte hierachter is dat het ontbreken van een behoorlijke boekhouding en het niet tijdig publiceren van de jaarrekening duiden op zodanig onbetrouwbaar ondernemerschap dat het voeren van kennelijk behoorlijk bestuur in het algemeen is uitgesloten.¹²

3 J.B. Wezeman, Aansprakelijkheid van bestuurders (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998, p. 283.

4 Kamerstukken II 1983/84, 16631, nr. 9, p. 12.

5 Art. 2:248 lid 6 BW.

6 HR 7 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2096, NJ 1996/695 (Van Zoelingen); HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, JOR 2001/171 (Panmo).

7 A-G Timmerman in nrs. 3.2-3.9 van zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2018:1139) voor HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370, NJ 2019/31; A-G Assink in nr. 3.16 van zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2020:1021) voor HR 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1099.

8 Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3.

9 Kamerstukken I 1985/86, 16631, nr. 27b, p. 5.

10 Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 5.

11 W. Hugenoltz & W.H. Heemskerck, Hoofdlijnen van het Nederlands burgerlijk procesrecht, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2015, p. 99.

12 Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 4.

Het tweede bewijsvermoeden, dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement, is wel weerlegbaar. De verlichting van de bewijslast voor de curator brengt met zich dat het aan de aangesproken bestuurders is om het weerlegbaar bewijsvermoeden – ook wel het causaliteitsvermoeden genoemd – te ontzenuwen. Daarvoor is vereist dat de aangesproken bestuurders aannemelijk maken dat andere feiten of omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Slaagt de aangesproken bestuurder in het tegenbewijs, dan rust opnieuw de zware bewijslast op de schouders van de curator om op de voet van art. 2:248 lid 1 BW aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling *mede* een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.¹³ Slaagt de curator daar niet in, dan moeten zijn vorderingen worden afgewezen.

2.3 Reikwijdte van de wettelijke bewijsvermoedens

De uitleg die gegeven moet worden aan de wettelijke bewijsvermoedens van lid 2 heeft gezorgd voor tal van juridische procedures en is voer voor discussie in de literatuur. Kernvraag in alle procedures is *wat* een aansprakelijk gestelde bestuurder precies moet aanvoeren om het in lid 2 neergelegde causaal vermoeden te kunnen weerleggen. Een analyse van de jurisprudentie door de tijd laat zien dat de Hoge Raad de reikwijdte van het causaal bewijsvermoeden steeds restrictiever uitlegt en de bewijspositie van de aangesproken bestuurder vergemakkelijkt.

Startpunt is dat bij schending van de administratie- en/of publicatieplicht de curator niet hoeft aan te tonen dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Dat staat vast. Tevens wordt vermoed dat dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Om dit causaal vermoeden te ontzenuwen, zo heeft de Hoge Raad in Mefigro Gendt/Wind¹⁴ bepaald, moet de aangesproken bestuurder in zo'n geval aannemelijk maken dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Daarbij stond begin van deze eeuw niet ter discussie dat deze 'andere feiten of omstandigheden' *externe*, dus van buiten komende, oorzaken van het faillissement moesten zijn. De verklaring hiervoor was tweeledig. Ten eerste leek dat uit de wetgeschiedenis zelf te volgen, aangezien daar enkel faillissementsoorzaken werden opgesomd waarop het bestuur geen invloed had, zoals onvoorziene economische tegenslag, het wegvallen van een buitenlandse markt door oorlogsomstandigheden of persoonlijke omstandigheden van de bestuurders.¹⁵ Ten tweede werd deze beperking tot externe oorzaken ter ontzenuwing van het causaal bewijsvermoeden ingelezen in het basisarrest Koster/Van

Nie¹⁶ van de Hoge Raad uit 1988. Daarin is bepaald dat met de schending van de administratie- en/of publicatieplicht zonder meer als vaststaand moet worden aangenomen dat ieder van de bestuurders zijn taak 'ook voor het overige' kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Het werd in strijd met deze implicatie geacht om 'interne' feiten of omstandigheden anders dan kennelijk onbehoorlijk bestuur te kunnen aanvoeren als oorzaak van het faillissement, omdat interne bestuurshandelingen over de gehele linie per definitie zouden kwalificeren als kennelijk onbehoorlijk bestuur. Indien het aanvoeren van interne feiten of omstandigheden wel mogelijk zou zijn, zou het kennelijk onbehoorlijk bestuur als zodanig ter discussie worden gesteld. Dat strookt niet met het onweerlegbaar bewijsvermoeden dat van kennelijk onbehoorlijk bestuur sprake is, zo was de gedachte.

Met het arrest Van Schilt/Jansen¹⁷ werd duidelijk dat de focus op externe faillissementsoorzaken niet te eng moet worden opgevat. Wezeman merkt in zijn annotatie bij Mefigro Gendt/Wind reeds op dat de parlementaire geschiedenis aanknopingspunten biedt voor de minder enge opvatting dat de bestuurder in een lid 2-situatie kan volstaan met aannemelijk te maken dat het faillissement in *overwegende mate* is veroorzaakt door externe omstandigheden.¹⁸ De Hoge Raad gaat hierin mee en oordeelt in Van Schilt/Jansen dat het voldoende is dat de aangesproken bestuurder andere feiten of omstandigheden aanvoert dan het kennelijk onbehoorlijk bestuur die *een* belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.¹⁹ Daarmee wordt de aangesproken bestuurder in het leveren van het tegenbewijs meer ruimte geboden: het faillissement hoeft niet *uitsluitend* te zijn veroorzaakt door een van buiten komende oorzaak om het causaliteitsvermoeden te ontzenuwen.

Een verdere verlichting van de bewijslast voor de aangesproken bestuurder in het leveren van tegenbewijs ontstond met het arrest Blue Tomato²⁰ van de Hoge Raad uit 2007. In deze casus faillieert Blue Tomato BV, nadat sprake is van brandstichting en omdat de brandverzekeraar de brandschade vanwege de afwezigheid van een inbraakalarm weigert te vergoeden. De curator van Blue Tomato BV constateert dat de jaarrekening niet tijdig is gedeponereerd en stelt derhalve, met gebruikmaking van de wettelijke bewijsvermoedens van art. 2:248 lid 2 BW, de bestuurder hoofdelijk aansprakelijk voor het faillissementstekort. Bijzonder aan deze zaak is dat niet louter sprake is van een externe faillissementsoorzaak (namelijk het afbranden van het bedrijfspand), maar dat het nadelige gevolg, gelegen in het feit dat de verzekering geen dekking bood, door de

13 HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773, NJ 2008/91 (Blue Tomato).

14 HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4508, NJ 2002/95 (Mefigro Gendt/Wind).

15 Kamerstukken II 1983/84, 16631, nr. 6, p. 38.

16 HR 20 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0329, NJ 1989/676 (Koster/Van Nie).

17 HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916, NJ 2007/2 (Van Schilt/Jansen).

18 J.B. Wezeman, annotatie bij HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4508, Ondernemingsrecht 2002/10.

19 HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916, NJ 2007/2 (Van Schilt/Jansen), r.o. 4.5.1.

20 HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773, NJ 2008/91 (Blue Tomato).

bestuurder voorkomen had kunnen worden en daarom raakt aan het intern handelen van het bestuur. De Hoge Raad gaat daarom nader in op de procespositie van de bestuurder, aan wie door de curator verweten wordt te hebben nagelaten het intreden van de van buiten komende oorzaak van het faillissement te voorkomen:

‘Stelt de bestuurder daartoe een van buiten komende oorzaak, zoals in dit geval de weigering van de brandverzekeraar de schade van het bedrijf als gevolg van brand te vergoeden, en wordt de bestuurder door de curator verweten dat hij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, dan zal de bestuurder tevens feiten en omstandigheden moeten stellen en zonodig aannemelijk moeten maken waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert.’ (r.o. 3.4)

In tegenstelling tot het uitgangspunt dat met de schending van de administratie- en/of publicatieplicht het kennelijk onbehoorlijk bestuur over de gehele linie gegeven is, schept de Hoge Raad met dit arrest ruimte om ter ontzenuwing van het verwijt van nalatig handelen interne feiten en omstandigheden aan te voeren die *niet* kwalificeren als kennelijk onbehoorlijk bestuur. In dit geval: het niet aangaan van een verzekering die dekking bood bij de brand. Sinds dit arrest hoeft de aangesproken bestuurder ter weerlegging van het causaal bewijsvermoeden dus niet langer *zuiver* externe, volledig buiten het bestuur gelegen oorzaken aan te voeren om geslaagd tegenbewijs te leveren. Borrius constateert dat er meer nodig is voor de vestiging van hoofdelijke aansprakelijkheid dan fouten, miskenningen of achteraf beschouwd onjuiste beoordelingen, waarmee deze bestuurshandelingen buiten het kader van de aanneming van het kennelijk onbehoorlijk bestuur worden geplaatst.²¹

Deze restrictieve lijn uit Blue Tomato werd in 2016 bevestigd met het arrest *The Law*.²² In deze casus zijn twee advocatenkantoren een kostenmaatschap aangegaan. De maatschap sluit een huurovereenkomst, welke huurkosten gelijkelijk over de maten worden verdeeld. Wanneer de omzet van kantoor A daalt en het daardoor de huur niet kan betalen, wordt de huurprijs door de verhuurder verhaald op kantoor B. Dat was zich niet bewust van de in de algemene voorwaarden met de verhuurder afgesproken hoofdelijke aansprakelijkheid en verkeert als gevolg daarvan in staat van faillissement. De curator constateert dat de jaarrekening van kantoor B te laat is gedeponeerd en stelt de bestuurder op grond van art. 2:248 lid 2 BW hoofdelijk aansprakelijk voor het faillissementstekort. De aangesproken bestuurder voert aan dat de achterblijvende omzet van kantoor A en het daardoor voor de helft onbetaald laten van de huurprijs een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het verwijt van de curator dat de aangesproken bestuurder heeft nagelaten het intreden van de faillissementsoor-

zaak te voorkomen, omdat hij feitelijk zicht had of kon hebben op de financiële positie van kantoor A en dat daarmee wel sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur, wordt door de Hoge Raad verworpen, omdat niet gezegd kan worden dat eiser heeft gehandeld zoals geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zou hebben gehandeld. Net als in *Blue Tomato* zorgen interne bestuurshandelingen van de aangesproken bestuurder, die niet kwalificeren als kennelijk onbehoorlijk bestuur, ervoor dat het causaal bewijsvermoeden wordt ontzenuwd.

Hoewel verschillende auteurs²³ de Hoge Raad-uitspraak in *The Law* plaatsen tegen de achtergrond van de bestaande jurisprudentie, is De Groot van mening dat deze uitspraak een verdergaande interpretatie toelaat.²⁴ Hij leest het arrest op zo'n manier dat niet de teruglopende omzet van kantoor A door de aangesproken bestuurder van kantoor B wordt aangevoerd ter ontzenuwing van het causaal bewijsvermoeden, maar de verkeerde veronderstelling dat geen sprake zou zijn van hoofdelijke aansprakelijkheid. De Hoge Raad, zo stelt De Groot, oordeelt in wezen dat de door de aangesproken bestuurder verkeerd ingeschatte hoofdelijke aansprakelijkheid van kantoor B, hoewel wellicht verwijtbaar, niet zo verwijtbaar was dat kon worden gesproken van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Deze lezing van het arrest leidt tot de conclusie dat de aangesproken bestuurder succesvol tegenbewijs kan leveren zónder op enigerlei wijze een van buiten komende oorzaak aan te wijzen. Dat verlicht niet alleen de bewijspositie van de aangesproken bestuurder ten aanzien van het weerlegbaar causaal bewijsvermoeden, maar zet de betekenis van het onweerlegbaar bewijsvermoeden ook verder onder druk.

De vraag in hoeverre het mogelijk is voor een aangesproken bestuurder om interne bestuurshandelingen aan te voeren onder de noemer van ‘andere feiten of omstandigheden’ dan kennelijk onbehoorlijk bestuur als zijnde een belangrijke oorzaak van het faillissement, komt opnieuw in het hierna te bespreken arrest *X/Lonis q.q.* aan de orde. Ik zal deze casus eerst kort uiteenzetten en weergeven tot welke beslissingen de rechtbank en het hof kwamen. Vervolgens bespreek ik het daartegen gericht cassatiemiddel, het advies van de advocaat-generaal (hierna: A-G) en het arrest van de Hoge Raad zelf. Daarna zal ik de betekenis van dat arrest duiden tegen de achtergrond van de hierboven geschetste lijn in de jurisprudentie en daarbij enige observaties plaatsen.

3 De zaak *X/Lonis q.q.*

3.1 De casus en de rechtbankuitspraak

In deze zaak gaat het om A BV en haar 100%-dochtervennootschappen (hierna: A BV) die zijn opgericht door eiser 1, eiser

21 Y. Borrius, annotatie bij HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773, JOR 2008/29.

22 HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233, NJB 2016/404 (*The Law*).

23 HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233, JIN 2016/59 m.nt. A.M. Dumoulin-Siemens, JOR 2016/223 m.nt. Y. Borrius, INS-Updates.nl 2016-0084 m.nt. C.M. Harmsen.

24 C. de Groot, annotatie bij HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233, OR-Updates.nl 2016-0062.

3, eiser 5 en betrokkene 1. Alle vier de oprichters zijn via hun persoonlijke holdingvennootschappen middellijk bestuurder van A BV De onderneming van A BV is gespecialiseerd in het leggen van snelle internetverbindingen. In de eerste helft van 2011 is A BV failliet verklaard. Een halfjaar daarvoor heeft betrokkene 1 via zijn persoonlijke holdingvennootschap D BV een bedrag van € 32.733,13 onttrokken aan de onderneming, waarna hij is geschorst en uitgeschreven als (indirect) bestuurder van A BV.

De curator van A BV constateert dat de administratie niet voldeed aan de eisen van art. 2:10 BW en de jaarrekening over 2009 te laat is gedeponeed. De curator stelt de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort in het faillissement en vordert een daartoe strekkende verklaring voor recht. Daarbij maakt de curator gebruik van de bewijsvermoedens die hem toekomen op grond van art. 2:248 lid 2 BW. Met de schending van de verplichtingen voortvloeiende uit art. 2:10 BW staat onweerlegbaar vast dat sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur, en wordt weerlegbaar vermoed dat deze kennelijk onbehoorlijke taakvervulling de oorzaak is van het faillissement.

Stelplicht en bewijslast brengen met zich dat het nu aan de bestuurders is om de stelling dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement te ontzenuwen door andere feiten of omstandigheden dan de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling aan te dragen die hebben geleid tot het faillissement van A BV. Daartoe stellen de bestuurders dat niet de geschonden administratieplicht, maar de handelingen van betrokkene 1 een belangrijke oorzaak zijn geweest van het faillissement. Daarbij wijzen de bestuurders op de greep uit de kas van betrokkene 1 en op een mailing die in maart 2010 door betrokkene 1 aan klanten van A BV is verzonden, inhoudende dat eiser 1 en eiser 3 (zijnde twee van de drie andere bestuurders) uit de onderneming zouden stappen.

De vordering van de curator wordt door de rechtbank²⁵ afgewezen. De rechtbank volgt de curator in zijn stelling dat de administratieplicht is geschonden en de jaarrekening te laat is gedeponeed. Desalniettemin oordeelt de rechtbank dat de bestuurders erin zijn geslaagd het in art. 2:248 lid 2 BW bedoelde vermoeden – dat de gevoerde administratie in het tweede halfjaar van 2010 en/of het niet tijdig deponeren van de jaarrekening over 2009 in belangrijke mate hebben bijgedragen aan het faillissement – te ontzenuwen door te wijzen op de bestuurshandelingen van betrokkene 1.

Dit oordeel van de rechtbank is in tegenspraak met vigerende jurisprudentie. De rechtbank veronderstelt ten onrechte dat het voldoende is om ter ontzenuwing van het causaal bewijsvermoeden aan te tonen dat andere feiten of omstandigheden

dan de schending van de administratie- en/of publicatieplicht een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn. Tegen die achtergrond acht de rechtbank het verweer van bestuurders – dat niet de schending van de administratieplicht, maar de bestuurshandelingen van betrokkene 1 de oorzaak zijn van het faillissement – geslaagd. Een juiste lezing van de jurisprudentie laat echter zien dat slechts andere feiten of omstandigheden dan het *kennelijk onbehoorlijk bestuur* kunnen worden aangevoerd om het causaal bewijsvermoeden te ontzenuwen. Slechts voor zover de aangevoerde bestuurshandelingen van betrokkene 1 niet kwalificeren als kennelijk onbehoorlijk bestuur, hetgeen met name bij de greep uit de kas niet voor de hand ligt, én aannemelijk is dat deze handelingen een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn, zou de ontzenuwing van het causaal bewijsvermoeden kunnen slagen. Daarover laat de rechtbank zich echter niet uit. De door de rechtbank onjuist gehanteerde maatstaf ter ontzenuwing van het causaal bewijsvermoeden wordt door het hof rechtgezet.

3.2 Het hofarrest²⁶

De curator gaat in hoger beroep en het vonnis van de rechtbank wordt in hoger beroep vernietigd. Anders dan de rechtbank tot uitgangspunt neemt, oordeelt het hof dat de bewijsopdracht van de bestuurders om het causaal bewijsvermoeden te weerleggen zich niet slechts beperkt tot het aanvoeren van andere feiten of omstandigheden dan de schending van de administratieplicht als belangrijke oorzaak van het faillissement. Zoals hiervoor reeds werd opgemerkt, bevestigt het hof in lijn met voorgaande jurisprudentie dat de bestuurders andere feiten of omstandigheden dan het *kennelijk onbehoorlijk bestuur*, die een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement, moeten aanvoeren ter ontzenuwing van het causaal bewijsvermoeden. De door de bestuurders als zodanig aangevoerde interne bestuurshandelingen van betrokkene 1 zijn volgens het hof niet toereikend ter ontzenuwing van het causaal bewijsvermoeden. De hogerberoepsrechter refereert hierbij aan de rechtsregel uit het arrest Bobo Holding/König,²⁷ waarin de Hoge Raad oordeelde dat schending van art. 2:10 BW impliceert dat over de gehele linie sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het kennelijk onbehoorlijk bestuur omvat derhalve al het intern handelen van de bestuurders, zo oordeelt het hof. Hieruit volgt dat ook ten aanzien van de bestuurshandelingen van betrokkene 1 onweerlegbaar vaststaat dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Naar het oordeel van het hof biedt het beroep op interne bestuurshandelingen van betrokkene 1 ter ontzenuwing van het causaal bewijsvermoeden de bestuurders geen soelaas, omdat alle interne bestuurshandelingen per definitie kwalificeren als kennelijk onbehoorlijk bestuur. Voor de greep uit de kas en de verzonden mailing herhaalt het hof deze redenering expliciet. Het hof overweegt als volgt:

²⁵ Rb. Midden-Nederland 23 december 2015, C/16/398369/HL ZA 15-229 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl).

²⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 24 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7801, JOR 2020/3.

²⁷ HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189, NJ 2013/401 (Bobo Holding/König).

‘Door [eisers] is aangevoerd dat het faillissement is veroorzaakt doordat [betrokkene 1] vlak voor zijn vertrek vrijwel al het werkkapitaal (een bedrag van €32.733,13 (...)) van de rekening heeft gehaald en naar zichzelf heeft overgemaakt. Aangezien [betrokkene 1] echter op dat moment zelf een van de indirecte bestuurders was, valt niet in te zien hoe laakbaar handelen van een medebestuurder kan meebrengen dat een ander feit dan kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.’ (r.o. 4.14, eerste alinea)

‘(...) ook de overige stellingen van eiseressen miskennen het uitgangspunt van collectieve aansprakelijkheid, zoals de stelling dat [betrokkene 1] in maart 2010 een mailing aan klanten heeft verzonden inhoudende dat [eiser 1] en [eiser 3] uit de onderneming zouden stappen. Als die actie al kan worden gezien als belangrijke oorzaak voor het faillissement dan was ook die actie afkomstig van een medebestuurder.’ (r.o. 4.14, tweede alinea)

Ten aanzien van de greep uit de kas constateert het hof niet alleen dat geen sprake is van ‘andere feiten of omstandigheden dan kennelijk onbehoorlijk bestuur’, maar laat hij zich (ten overvloede) ook uit over de causaliteit. Het hof overweegt dat door de bestuurders onvoldoende is weersproken de stelling van de curator dat er na de bedoelde onttrekking voldoende andere substantiële bedragen in de onderneming zijn gevloeid teneinde de crediteuren te kunnen voldoen.²⁸ Daarmee constateert het hof dat de greep uit de kas niet een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het hof gaat niet na in hoeverre de overige aangevoerde onbehoorlijke bestuurshandelingen van betrokkene 1, waaronder de in maart 2010 aan klanten verstuurd mailing over het vertrek van twee bestuurders, in causaal verband staan met het faillissement.

Het arrest van het hof laat duidelijk de werking van de collectieve bestuursverantwoordelijkheid zien. Het hof wijst expliciet op de collectieve aansprakelijkheid voor het bestuur als geheel, waardoor irrelevant is dat de kennelijk onbehoorlijke bestuurshandelingen slechts zijn verricht door betrokkene 1. Een eventueel onderling regres van de (mede)bestuurders regardeert de curator niet; voor de vestiging van de hoofdelijke aansprakelijkheid wordt het kennelijk onbehoorlijk handelen van betrokkene 1 toegerekend aan de overige bestuurders. Daarom kunnen individuele bestuurders slechts hoofdelijke aansprakelijkheid ontlopen met een geslaagd beroep op de disculpatieregeling van art. 2:248 lid 3 BW. Aan die eisen wordt in deze zaak niet voldaan, aldus het hof.²⁹

3.3 De vraag in cassatie: kennelijk onbehoorlijk bestuur ‘ook voor het overige’?

De cassatieklacht van de bestuurders richt zich tegen de uitleg die het hof geeft aan de leden 2 en 3 van art. 2:248 BW. Aangezien de cassatieklacht tegen de door het hof gegeven uitleg van de disculpatieregeling van art. 2:248 lid 3 BW faalt, zal hieronder slechts worden stilgestaan bij de klachten met betrekking tot het causaal bewijsvermoeden van lid 2 van het betreffende artikel.

De vraag die in cassatie centraal staat, is in hoeverre handelingen van een medebestuurder (en onder omstandigheden zelfs van een aangesproken bestuurder zelf) aangevoerd kunnen worden ter ontzenuwing van het causaal bewijsvermoeden uit art. 2:248 lid 2 BW, of dat voor een succesvolle ontzenuwing van het weerlegbaar vermoeden vereist is dat bestuurders aannemelijk maken dat een ‘van buiten komende oorzaak’ de reden is van het faillissement. Hoeveel ruimte biedt het uitgangspunt van art. 2:248 lid 2 BW – dat schending van de administratie- en/of publicatieplicht ‘ook voor het overige’ kennelijk onbehoorlijk bestuur constitueert – voor het aanvoeren van interne handelingen als zijnde ‘andere feiten en omstandigheden’ die een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement?

A-G Assink³⁰ is van mening dat de Hoge Raad sinds het arrest Blue Tomato wel degelijk ruimte laat om interne handelingen aan te voeren ter ontzenuwing van het causaal bewijsvermoeden, waarmee hij tevens erkent dat het hiervoor genoemde uitgangspunt (schending van art. 2:10 en/of 2:394 BW constitueert onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur ‘ook voor het overige’) relativering behoeft. In de woorden van Assink:

‘(...) Aldus dat dit uitgangspunt niet meebrengt dat voor doeleinden van art. 2:248 lid 2 BW, in het bijzonder de ontzenuwing van het daarin neergelegde bewijsvermoeden, de vaststaande onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur “ook voor het overige” ex art. 2:248 BW op voorhand ook elk specifiek onderdeel daarvan (bestaande uit concreet handelen van een of meer bestuurders in die hoedanigheid) dekt, ook los van de vastgestelde schending van art. 2:10 BW en/of art. 2:394 BW.’ (overweging 3.17)

Het volstaat dus in de visie van de A-G aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement. Het zou in strijd zijn met de volle werking van art. 2:248 lid 2 BW, aldus nog steeds A-G Assink, indien de aan te voeren andere feiten of omstandigheden beperkt zouden worden tot ‘van buiten komende oorzaken’.³¹ Belangrijk bij het aanvoeren van deze andere feiten of omstandigheden is daarbij dat het moet gaan om bestuurshandelingen die niet

28 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7801, JOR 2020/3, r.o. 4.14.

29 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7801, JOR 2020/3, r.o. 4.17-4.20.

30 Concl. A-G Assink van 30 oktober 2020, ECLI:NL:PHR:2020:1012.

31 Concl. A-G Assink van 30 oktober 2020, ECLI:NL:PHR:2020:1012, overweging 3.17.

kwalificeren als kennelijk onbehoorlijk bestuur, maar slechts aangemerkt kunnen worden als onjuist of onzorgvuldig.

3.4 Oordeel Hoge Raad

De Hoge Raad volgt A-G Assink, vernietigt het arrest en verwijst terug naar een ander hof ter verdere behandeling en beslissing. In de kern oordeelt de Hoge Raad dat ook handelingen van een medebestuurder (en onder omstandigheden zelfs van een aangesproken bestuurder zelf) die op zichzelf beschouwd niet zijn aan te merken als kennelijk onbehoorlijk bestuur ‘een andere belangrijke oorzaak van het faillissement’ kunnen opleveren, waarmee het bewijsvermoeden van art. 2:248 lid 2 BW in beginsel is ontzenuwd. De Hoge Raad formuleert het als volgt:

‘Naast van buiten komende oorzaken, kan ook handelen of nalaten van een of meer bestuurders dat op zichzelf beschouwd geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert – en waarvan dus niet gezegd kan worden dat geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld – voldoende zijn voor ontzenuwing van het in art. 2:248 lid 2 BW bedoelde vermoeden.’ (r.o. 3.2)

De redenering van het hof dat interne bestuurshandelingen per definitie niet aangevoerd kunnen worden ter onderbouwing van het betoog dat ‘andere feiten of omstandigheden’ de oorzaak van faillissement zijn geweest, omdat de schending van de administratieplicht impliceert dat ‘ook voor het overige’ onweerlegbaar vaststaat dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur, geeft dus blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat betekent dat het hof de stelling van bestuurders dat de laakbare interne bestuurshandelingen van betrokkene 1 een belangrijke oorzaak van het faillissement waren, niet louter op grond van het feit dat deze handelingen verricht waren door (mede)bestuurders had mogen afwijzen.

Het oordeel van de Hoge Raad brengt met zich dat het hof na verwijzing moet beoordelen of de aangevoerde interne bestuurshandelingen anders gekwalificeerd moeten worden dan onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur, en zo ja, of die bestuurshandelingen een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Deze opdracht van de Hoge Raad strekt zich niet uit tot een normatieve kwalificatie van de door bestuurders aangevoerde greep uit de kas door betrokkene 1 als oorzaak van het faillissement. Ten aanzien van die bestuurshandeling overwoog het hof reeds in hoger beroep (zij het ten overvloede) dat onvoldoende door de bestuurders is weersproken de stelling van de curator dat er na de bedoelde onttrekking voldoende substantiële bedragen in de onderneming zijn gevloeid om de crediteuren te kunnen voldoen, waarmee kwam vast te staan dat de greep uit de kas niet in causaal verband stond met het faillissement. Na verwijzing is het wel aan het hof om ook ten aanzien van de overige bestuurshandelingen, waaronder de door betrokkene 1 aan klanten verzonden mailing over het vertrek van twee bestuursle-

den, vast te stellen of sprake is van feiten of omstandigheden anders dan kennelijk onbehoorlijk bestuur die een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn (r.o. 3.4). Slechts indien het hof tot de conclusie komt dat een interne bestuurshandeling niet kwalificeert als kennelijk onbehoorlijk bestuur én deze handeling een belangrijke oorzaak is van het faillissement, zullen de bestuurders erin slagen het causaal bewijsvermoeden te ontzenuwen.

4 Enkele beschouwingen naar aanleiding van het arrest

Wat kunnen we nu uit dit arrest afleiden? Tegen de achtergrond van de bestaande jurisprudentie kan worden geconcludeerd dat de Hoge Raad een laatste stap heeft gezet in het steeds restrictiever uitleggen van het causaal bewijsvermoeden. Dit past in de lijn van de jurisprudentie. Tot het arrest *Blue Tomato was* algemeen aanvaard dat een externe faillissementsoorzaak door de aangesproken bestuurder moest worden aangevoerd om het causaal bewijsvermoeden te ontzenuwen. Met het arrest *Blue Tomato* zag de Hoge Raad ruimte voor de aangesproken bestuurder zich te beroepen op interne feiten of omstandigheden anders dan kennelijk onbehoorlijk bestuur ter weerlegging van de stelling dat dit nalaten een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. De discussie in de literatuur naar aanleiding van het opvolgende arrest *The Law* betrof de vraag of überhaupt vereist is dat een externe, van buiten komende oorzaak wordt aangevoerd ter ontzenuwing van het causaal bewijsvermoeden. Met het arrest *X/Lonis q.q.* wordt op deze vraag voortgebouwd en formuleert de Hoge Raad een duidelijk antwoord: nee, het is niet noodzakelijk dat de aangesproken bestuurder een externe, van buiten komende oorzaak aanvoert. Voldoende is dat de aangesproken bestuurder aantoonbaar dat andere feiten of omstandigheden dan kennelijk onbehoorlijk bestuur, intern dan wel extern, een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.

Deze steeds restrictievere uitleg van de Hoge Raad van het causaal bewijsvermoeden levert een viertal opmerkingen op.

Ten eerste moet worden geconstateerd dat de ontwikkelingen in de jurisprudentie in de tijd ertoe hebben geleid dat het causaal bewijsvermoeden steeds strenger wordt uitgelegd, waardoor het voor de aangesproken bestuurder makkelijker is om het causaal bewijsvermoeden te ontzenuwen. Dit bemoeilijkt de positie van de curator. Een geslaagde weerlegging door de bestuurder heeft tot gevolg dat de wettelijke bewijsvermoedens van lid 2 vervallen en de curator opnieuw is aangewezen op de met een zeer zware bewijslast gepaard gaande aansprakelijkheidsgrond van art. 2:248 lid 1 BW. De vraag is hoe deze ontwikkeling in de jurisprudentie zich verhoudt met de ratio van lid 2, waarbij de wetgever niet alleen de bewijspositie van de curator wilde versterken, maar dit ook noodzakelijk achtte om de wettelijke regeling meer (preventief) effect te doen hebben.³² In ieder geval moet worden vastgesteld dat de aanname

³² Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 3.

in de wetsgeschiedenis onjuist is dat bestuurdersaansprakelijkheid in het geval van schending van de administratie- en/of publicatieplicht gemakkelijk kan worden vastgesteld, gezien de restrictieve uitleg van het causaal bewijsvermoeden.³³ Aan de andere kant kan worden verdedigd dat deze ontwikkeling recht doet aan een ‘onbelemmerde’ behandeling van de causaliteitsvraag in bestuursaansprakelijkheidszaken in faillissement en daarmee juist in lijn is met de ratio van de wet. De aansprakelijkheid van de bestuurder vindt haar grond namelijk niet in het faillissement noch in het kennelijk onbehoorlijk bestuur, maar in het causaal verband tussen het kennelijk onbehoorlijk bestuur en het faillissement. De wetgever stelt uitdrukkelijk dat het er niet om gaat de bestuurders persoonlijk voor het gehele tekort aansprakelijk te maken wegens het enkele feit van het onbehoorlijk bestuur, ook al heeft dit niet tot het faillissement geleid.³⁴ De Hoge Raad memoreert dat ook in zijn arrest (r.o. 3.2). Dit uitgangspunt vraagt om een ‘zuivere’ discussie naar de faillissementsoorzaak, die zowel intern als extern gelegen kan zijn.

Ten tweede komt de vraag op naar de overgebleven betekenis van het onweerlegbare eerste bewijsvermoeden uit lid 2. Het uitgangspunt was dat schending van de administratie- en/of publicatieplicht ook ‘voor het overige’ kennelijk onbehoorlijk bestuur constitueert. Een schending van art. 2:10 en/of 2:394 BW werd door de wetgever (en de Hoge Raad in *Koster/Van Nie en Bobo Holding/König*) dermate ernstig geacht, dat daarmee vaststond dat over de gehele linie sprake zou moeten zijn van kennelijk onbehoorlijk bestuur. De mogelijkheid die de Hoge Raad met dit arrest definitief schept om toch interne bestuurshandelingen aan te kunnen voeren ter ontzenuwing van het causaal vermoeden, die klaarblijkelijk uitgezonderd worden van de aanname dat ‘over de gehele linie’ sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur, staat met deze aanname op gespannen voet. Dat kan niet anders betekenen dan dat, hoewel de Hoge Raad dat niet expliciet overweegt, hij terugkomt op zijn overwegingen uit *Koster/Van Nie en Bobo Holding/König*. De A-G besteedt daaraan wel enige aandacht en concludeert mijns inziens terecht dat het onweerlegbaar bewijsvermoeden derhalve vergaande relativisering behoeft. Ook Oost³⁵ constateert dat het bij toepassing van lid 2 dus gaat om een puur procesrechtelijke vraag wie wat aannemelijk moet maken, en in beginsel dus niet gaat om een daadwerkelijk inhoudelijke kwalificatie van het kennelijk onbehoorlijk bestuur. Met de schending van de administratie- en/of publicatieplicht komt voor de regels van het bewijsrecht vast te staan dat kennelijk onbehoorlijk is bestuurd, maar deze kwalificatie op zich heeft geen gevolgen en is niet bepalend voor de omvang en inhoud van dat kennelijk onbehoorlijk bestuur.

Ten derde roept dit arrest vragen op over de gevolgen voor de disculpatiegrond van art. 2:248 lid 3 BW. Deze escaperoute is

opgenomen om in exceptionele gevallen individuele bestuurders aan aansprakelijkheid te kunnen laten ontkomen. Dit alles tegen de achtergrond dat collectieve bestuurdersaansprakelijkheid in de leden 1 en 2 van art. 2:248 BW het uitgangspunt vormt. Door het onweerlegbaar bewijsvermoeden dat kennelijk onbehoorlijk bestuur over de gehele linie met de schending van art. 2:10 en/of 2:394 BW gegeven is, bestond er geen ruimte voor bestuurders om bij afwezigheid van externe faillissementsoorzaken aan hoofdelijke aansprakelijkheid te ontkomen zonder een beroep te moeten doen op lid 3. Dat is met dit arrest veranderd. De sterke relativisering van het onweerlegbaar bewijsvermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur in combinatie met de restrictieve uitleg van het causaliteitsvermoeden perkt de werking van de risicoaansprakelijkheid voor medebestuurders als uitvloeisel van de collectieve bestuurdersverantwoordelijkheid aanzienlijk in. Daarmee lijkt voor een groot deel de ratio achter lid 3 te zijn vervallen.

Laat ik een voorbeeld geven. Stel, een investeringsbeslissing van het bestuur blijkt verkeerd uit te pakken en leidt tot het faillissement van onderneming X. De curator constateert dat de jaarrekening een maand te laat is gepubliceerd, waardoor hij een beroep kan doen op de wettelijke bewijsvermoedens van lid 2. De schending van de publicatieplicht leidde er tot voor het arrest X/Lonis q.q. toe dat ook voor het overige sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur, waarbij werd vermoed dat dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak was van het faillissement. De aangesproken bestuurders konden dit weerleggen door te wijzen op van buiten komende andere feiten of omstandigheden dan kennelijk onbehoorlijk bestuur die een belangrijke oorzaak waren van het faillissement. Nu er geen sprake is van een externe faillissementsoorzaak, de verkeerde investeringsbeslissing was immers de oorzaak, is het leveren van tegenbewijs niet mogelijk en wordt hoofdelijke aansprakelijkheid gevestigd. De aangesproken bestuurders zijn nu aangewezen op de escaperoute van lid 3 en dienen individueel aan te tonen dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem/haar te wijten is en dat hij/zij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Hoe is dat met de nieuwe restrictieve uitleg van de Hoge Raad? Nu zouden de aangesproken bestuurders de verkeerde investeringsbeslissing wél kunnen aanvoeren als een belangrijke oorzaak van het faillissement die geen onbehoorlijk bestuur oplevert; immers, een van buiten komende faillissementsoorzaak is niet langer vereist. Indien zij erin slagen te bewijzen dat, hoewel achteraf gezien verkeerd, deze investeringsbeslissing niet lichtzinnig, roekeloos noch ernstig onverantwoord tot stand is gekomen, zullen de aangesproken bestuurders slagen in hun tegenbewijs.

Nu vestiging van hoofdelijke aansprakelijkheid via de route van lid 2 moeilijker wordt, zal ook de disculpatiegrond van art. 2:248 lid 3 BW veel minder worden gebruikt. Daarmee vervalt deels de ratio achter de escaperoute van lid 3, dat juist de scherpe randjes van de op collectieve bestuursverantwoordelijkheid geïnspireerde aansprakelijkheidsgrond moest weg-

33 Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 4.

34 Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 5.

35 Oost, in: *GS Faillissementsrecht 2020*, art. 2:248 lid 2 BW, aant. II.2.2.8.4.

halen. Echter, geheel overbodig is de escaperoute van art. 2:248 lid 3 BW beslist niet. Vermeend frauduleus handelen van een medebestuurder, zoals in het arrest X/Lonis q.q., is een goed voorbeeld van een situatie waarin de disculpatiegrond nog steeds nuttig kan zijn. In de zaak X/Lonis q.q. stelt het hof vast dat de greep uit de kas niet in causaal verband staat met het faillissement van de onderneming, omdat naderhand voldoende andere substantiële bedragen in de onderneming zijn gevloeid. In de hypothetische situatie waarin de greep uit de kas van een bestuurder wel leidt tot het faillissement van een onderneming, is het aannemelijk dat deze handeling kwalificeert als kennelijk onbehoorlijk, waarmee ontzenuwing van het causaal bewijsvermoeden onmogelijk wordt gemaakt. De medebestuurders zullen dan een beroep moeten doen op de disculpatiegrond van lid 3. In dat kader zullen zij moeten stellen dat de greep uit de kas niet aan hen te wijten is en dat zij niet nalatig zijn geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Dit beroep is kansrijk als de bestuurders kunnen aantonen dat zij voldoende maatregelen hebben getroffen om de nadelige gevolgen van het frauduleus handelen af te wenden. Hierbij kan worden gedacht aan vooraf genomen maatregelen zoals deugdelijk en adequaat geïmplementeerde veiligheidschecks in de betalingssystemen van een onderneming ter verkleining van de kans op fraude, al dan niet in combinatie met maatregelen achteraf om het geld terug te krijgen, zoals het versturen van een sommatiebrief aan de frauduleuze bestuurder om het aan het werkkapitaal onttrokken bedrag terug te storten.

Ten vierde en tot slot heeft de uitkomst van dit arrest ook consequenties voor de rechtspraak. De uitkomst van dit arrest vereist dat de rechter in de toekomst de concrete (interne) handelingen die door de aangesproken bestuurders worden aangevoerd normatief kwalificeert, zoals in dit arrest bijvoorbeeld de onttrekking door betrokkene 1 van het geld aan het werkkapitaal en de door betrokkene 1 verstuurde mailing aan klanten over het vertrek van twee bestuurders. Telkens opnieuw zal de rechter zich de vraag moeten stellen of (1) de interne bestuurdershandelingen moeten worden aangemerkt als kennelijk onbehoorlijk, en zo nee, of (2) deze onzorgvuldige, onjuiste of verwijtbare interne doch niet kennelijk onbehoorlijke gedragingen een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement. Dat vergt tijd en zorgt voor een extra belasting van het juridisch apparaat, vergelijkbaar met behandeling van een vordering op grond van art. 2:248 lid 1 BW. De rechtspraak zal daar in bestuurdersaansprakelijkheidszaken rekening mee moeten houden.

5 Afsluiting

Hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders is een vergaande antimisbruikmaatregel, waar de curator in het belang van de gezamenlijke schuldeisers een beroep op kan doen. Om de curator in de bewijslast tegemoet te komen heeft de wetgever de wettelijke bewijsvermoedens ingevoerd. De ontwikkeling in de rechtspraak laat zien dat deze versterkte bewijsrechtelijke positie van de curator niet overschat moet worden. Weliswaar

kan de curator nog altijd een beroep doen op twee bewijsvermoedens, maar juridische hordes voor het leveren van geslaagd tegenbewijs door de aangesproken bestuurder(s) worden steeds meer weggenomen. Dat is goed nieuws voor de individuele bestuurders, maar slecht nieuws voor de curator en de gezamenlijke schuldeisers. Positief is dat na dit arrest de causaliteitsvraag in faillissement 'onbelemmerd' kan worden behandeld, al zullen er ook twijfels blijven over de verenigbaarheid van deze uitkomst met de ratio van de derde antimisbruikwet, die ten doel had de bewijsrechtelijke positie van de curator te verbeteren.