

Bewijsvermoedens bij bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement

Mr. H. M. Rovers *

Inleiding

Mede vanwege de kredietcrisis is het onderwerp van bestuurdersaansprakelijkheid actueel. De toepasselijke wetgeving (art. 2:248 BW) bepaalt dat ingeval sprake is van onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement, de bestuurder aangesproken kan worden door de curator tot betaling van het tekort in de boedel. Deze regeling is ook opgenomen voor de naamloze vennootschap, namelijk in artikel 2:138 BW. Voor de duidelijkheid noem ik hierna slechts artikel 2:248 BW. De bewijslast rust op de curator, maar de wetgever is de curator hierin tegemoetgekomen voor het geval het bestuur niet heeft voldaan aan zijn publicatie- en/of boekhoudplicht uit respectievelijk de artikelen 2:10 en 2:394 BW. Dan gelden 'bewijsvermoedens' die de positie van de curator versterken.

In deze bijdrage wordt op hoofdlijnen de toepassing van deze bewijsvermoedens besproken, welke gronden er voor de – op basis van artikel 2:248 lid 2 BW – aangesproken bestuurder zijn om aan aansprakelijkheid te ontkomen en of de bestuurder die gronden ook met succes kan invoeren.

Weerlegbaar en onweerlegbaar vermoeden

Wanneer het bestuur niet heeft voldaan aan de boekhoudplicht en/of de publicatieplicht op grond van respectievelijk de artikelen 2:10 en 2:394 BW, wordt (1) *onweerlegbaar* vermoed dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling, en wordt (2) *weerlegbaar* vermoed dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De bewijslast voor de curator is in een dergelijk geval dus lichter.

Dus: als de curator bewijst dat niet is voldaan aan de verplichtingen ex artikel 2:10 of 2:394 BW, staat de onbehoorlijke taakvervulling daarmee vast.¹ Hieruit volgt dat de bestuurder (in beginsel) zichzelf in dat geval niet succesvol zal kunnen verweren door te stellen dat hij weliswaar in gebreke is gebleven bij de naleving van zijn boekhoud- en publicatieplicht, maar dat hem voor het overige geen onbehoorlijk bestuur kan

worden verweten. Slechts indien sprake is van een onbelangrijk verzuim zal dit anders zijn.²

Daarnaast wordt vermoed dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak was van het faillissement. Het is aan de bestuurder om dit vermoeden te ontzenuwen.

Onbelangrijk verzuim

Indien het bestuur heeft verzuimd zijn boekhoudplicht (art. 2:10 BW) of publicatieplicht (art. 2:394 BW) na te komen, is in beginsel sprake van een schending van die plicht, en zijn de bewijsvermoedens van artikel 2:248 lid 2 BW van toepassing. Artikel 2:248 lid 2 BW bepaalt dat een onbelangrijk verzuim niet in aanmerking wordt genomen en in de jurisprudentie is uitgemaakt welke verzuimen als zodanig zijn te kwalificeren. In dat geval is het aan de curator om te stellen en bewijzen dat het bestuur anderszins zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de vraag of sprake is van een onbelangrijk verzuim, moet worden beantwoord naar de omstandigheden van het geval en dat de stelplicht en bewijslast te dier zake rusten op de aangesproken bestuurder.³

Boekhoudplicht

Artikel 2:10 BW verplicht het bestuur de administratie zodanig te voeren dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat daaraan voldaan is indien snel inzicht kan worden verkregen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en dat deze posities en de stand van de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de rechtspersoon, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie van de rechtspersoon.⁴

Van een onbelangrijk verzuim kan bijvoorbeeld worden gesproken als bij de verwerking van boekhoudkundige gegevens een achterstand is ontstaan ten gevolge van onverwachte computerstoring of ziekte van de administrateur, of indien

* Mr. H.M. Rovers is werkzaam als advocaat bij Loyens & Loeff te Rotterdam.

1. HR 20 mei 1988, NJ 1989, 676 (Koster/Kobo).

2. Zie bijvoorbeeld HR 2 februari 1996, NJ 1996, 406 (Pfenning/Niederer q.q.).

3. Idem, r.o. 3.2.

4. HR 11 juni 1993, NJ 1993, 713 (Kempers en Sarper).

slechts enkele van de boekhoudbescheiden ontbreken. Volgens Wezeman kunnen ook opzettelijk veroorzaakte verzuimen gering zijn. Hij meent dat het denkbaar is dat bijvoorbeeld een bewust buiten de boeken gehouden gering deel van de omzet niet aan een behoorlijk beeld van het vermogen van de rechtspersoon in de weg staat. Per saldo is de vraag of sprake is van een onbelangrijk administratieverzuim afhankelijk van de omstandigheden van het geval.⁵ De Hoge Raad heeft in het arrest Pfenning/Niederer q.q.⁶ beslist dat in het bijzonder rekening moet worden gehouden met de redenen die tot de schending van de administratieplicht hebben geleid. De stelplicht en de bewijslast rusten daarbij op de aangesproken bestuurder. Niet alle omstandigheden mogen in aanmerking worden genomen. Uit de systematiek van artikel 2:248 lid 2 BW volgt dat de ernst van het verzuim niet mag worden bepaald aan de hand van de consequenties van dat verzuim of de mate waarin het verzuim heeft bijgedragen aan het faillissement.⁷

Publicatieplicht

Ingevolge artikel 2:394 BW is het bestuur verplicht de jaarrekening van de vennootschap binnen dertien maanden na afloop van het boekjaar openbaar te maken.

Bij onbelangrijke verzuimen in dit verband moet worden gedacht aan bijvoorbeeld een geringe overschrijding van de publicatietermijn voor de jaarrekening van enkele dagen, door een langdurige computerstoring of ziekte van de boekhouder, of het zoekraken van minder relevante documenten.⁸

Of sprake is van een geringe termijnoverschrijding die als onbelangrijk verzuim kwalificeert, hangt volgens de Hoge Raad af van de bijzondere omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid. Aan die omstandigheden moeten, volgens de Hoge Raad, hogere eisen worden gesteld naarmate die overschrijding langer is.⁹

De Hoge Raad oordeelt ook dat een redelijke uitleg meebrengt dat bij de beantwoording van de vraag of een niet-tijdig voldoen aan de in artikel 2:394 BW neergelegde publicatieverplichting al dan niet een relevant verzuim oplevert, een overschrijding van de termijn voor openbaarmaking buiten beschouwing wordt gelaten voor zover die overschrijding het gevolg is van het ontbreken van een geldig besluit tot verlenging van de termijn voor het opmaken van de jaarrekening.¹⁰

Over het aantal dagen van de 'toegestane' termijnoverschrijding is de jurisprudentie niet eensluidend. In de zaak Pfen-

ning/Niederer q.q.¹¹ bedroeg de termijnoverschrijding zeventien dagen en oordeelde de Hoge Raad dat in dat geval geen sprake was van een 'onbelangrijk verzuim'. In de zaak Brens/Sarper was de termijn overschreden met twaalf respectievelijk elf dagen (het ging om een tweetal overschrijdingen).¹² Dit achtte de Hoge Raad in dat geval een overschrijding van te geringe betekenis, en de Hoge Raad nam aan dat sprake was van een onbelangrijk verzuim. De Hoge Raad geeft niet aan waar het omslagpunt naar een 'onbelangrijk' verzuim is gelegen. A-G Mok is in diens conclusie bij het arrest Pfenning/Niederer q.q. van oordeel dat bij een termijnoverschrijding van minder dan veertien dagen gesproken kan worden van 'slechts enkele dagen'.¹³

Het ontbreken van een accountantsverklaring (of de mededeling waarom deze ontbreekt) geldt niet steeds als een onbelangrijk verzuim wanneer wel een jaarrekening is gepubliceerd en vaststaat dat de gepubliceerde gegevens correct zijn. Onder omstandigheden kan dit echter wel het geval zijn.¹⁴

Hoewel de bestuurder aan aansprakelijkheid zou kunnen ontkomen door aan te tonen dat sprake is van een gering verzuim, volgt uit de jurisprudentie dat van een dergelijk 'gering verzuim' slechts in een zeer beperkt aantal gevallen sprake is.

Belangrijke oorzaak faillissement

Het vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement, kan door de bestuurder worden weerlegd.

Volgens de Hoge Raad brengt een redelijke uitleg van artikel 2:248 lid 2 BW met zich dat voor het ontzenuwen van het daarin gelegde vermoeden volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat *andere* feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Als de bestuurder daarin slaagt, ligt het op de weg van de curator om op de voet van lid 1 aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.¹⁵

In de (proces)praktijk beroept de bestuurder zich in de regel op 'externe' omstandigheden als belangrijke (mede)oorzaak van faillissement. Het gaat dan om zaken als het wegvallen van een belangrijke afnemer, algehele economische neergang in de desbetreffende branche, opzegging door de bank van financiering enzovoort, omstandigheden waarop het bestuur hoegenaamd geen invloed heeft.¹⁶ De Hoge Raad is in de zaak Blue Tomato nader ingegaan op de procespositie van de bestuurder aan wie verweten wordt te hebben nagelaten het intreden van

5. J.B. Wezeman, Faillissementswet: bestuurdersaansprakelijkheid (losbl.), Deventer: Kluwer 2008, art. 2:138/248 BW, aant. 2.6.2.

6. HR 2 februari 1996, NJ 1996, 406.

7. Zie ook Rb. Almelo 13 februari 1991, NJ 1993, 297.

8. Zie o.m. HR 11 juni 1993, NJ 1993, 713 (Kempers en Sarper).

9. HR 2 februari 1996, NJ 1996, 406 (Pfenning/Niederer q.q.).

10. HR 11 juni 1993, NJ 1993, 713 (Kempers en Sarper).

11. HR 2 februari 1996, NJ 1996, 406.

12. HR 11 juni 1993, NJ 1993, 713, r.o. 2.31.

13. HR 2 februari 1996, NJ 1996, 406 (Pfenning/Niederer q.q.), conclusie A-G Mok, r.o. 4.3.3.

14. HR 20 oktober 2006, NJ 2007, 2 (Schilt/Jansen q.q.).

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

16. HR 30 november 2007, JOR 2008, 29 m.nt. Borrius (Blue Tomato).

de *van buiten komende* oorzaak van het faillissement te voorkomen.¹⁷ In die zaak was niet voldaan aan de publicatieplicht. De bestuurder stelde vervolgens dat een van buiten komende oorzaak (namelijk een grote brand in het bedrijfspand) een belangrijke oorzaak was van het faillissement. De curator antwoordde daarop door te stellen dat als de brand al een belangrijke oorzaak van het faillissement zou zijn geweest, de bestuurder had nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen. De verzekeraar had uitkering geweigerd, omdat het bedrijfspand niet voldeed aan de polisvoorwaarden (het inbraakalarm was verwijderd door een ander dan de bestuurder en zonder medeweten van de bestuurder). Op advies van een advocaat heeft de bestuurder vervolgens berust in het (naar de mening van de bestuurder onterechte) oordeel van de verzekeraar tot weigering van uitkering.

De Hoge Raad oordeelde dat, indien een bestuurder een van buiten komende oorzaak voor het faillissement stelt, en de curator de bestuurder verwijt dat hij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, de bestuurder (tevens) feiten en omstandigheden zal moeten stellen en zo nodig aannemelijk maken waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert.¹⁸ Slaagt de bestuurder daarin, dan is het vervolgens aan de curator om op de voet van lid 1 van artikel 2:248 BW aannemelijk te maken dat desondanks de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

Het hof oordeelde na terugverwijzing als volgt.¹⁹ Volgens het hof stond de vraag centraal of de bestuurder voldoende aannemelijk had gemaakt dat de brand respectievelijk de weigering van de verzekeringsuitkering een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. De bestuurder heeft aangevoerd dat niet zijn kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, maar het intreden van de brand en de hierop volgende weigering van de brandverzekeraar de schade van het bedrijf als gevolg daarvan te vergoeden, een belangrijke oorzaak van het faillissement van het bedrijf is geweest. Die stelling heeft hij onderbouwd door overlegging van jaarcijfers, waaruit bleek dat de vermogenspositie van het bedrijf op de datum van de brand gezond (startend) was. Zonder de brand respectievelijk de weigering tot uitkering hadden de crediteuren gewoon voldaan kunnen worden en had de onderneming (verder) kunnen worden opgestart. Door de brand en de weigering van de verzekeraar om de schade te vergoeden zijn activa verloren gegaan en was het opnieuw opstarten van de onderneming niet meer mogelijk. Hierdoor is het faillissement ontstaan volgens de bestuurder. De curator heeft die stelling naar het oordeel van het hof onvoldoende gemotiveerd betwist. Het hof oordeelt daarom dat de bestuurder voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de brand, respectievelijk de daarop volgende uitkeringsweigering door de verzekeraar, een belangrijke oorzaak van het faillisse-

ment is geweest. De bestuurder werd aldus in het gelijk gesteld en de vordering van de curator werd afgewezen.

Hoewel zich niet snel een situatie zal voordoen waarin een (geheel) van buiten komende omstandigheid, en niet het onbehoorlijk bestuur, een belangrijke oorzaak was van het faillissement, blijkt uit de voornoemde uitspraak van het hof dat deze ontsnapping voor de bestuurder wel bestaat.

Disculpatiemogelijkheid?

Naast de hiervoor genoemde wijzen waarop een bestuurder aan aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 lid 2 BW kan ontkomen, bestaat wellicht nog een andere mogelijkheid, namelijk een beroep op de disculpatiegrond van lid 3 van artikel 2:248 BW. Dit lid bepaalt:

‘Niet aansprakelijk is de bestuurder die 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.’

In beginsel zou een beroep op die disculpatiegrond door de bestuurder die ingevolge artikel 2:248 lid 2 BW wordt aangesproken niet kunnen slagen. Als de curator immers heeft gesteld (en bewezen) dat sprake was van schending van de publicatie- en/of boekhoudplicht (en die schending niet geldt als een onbelangrijk verzuim), wordt onweerlegbaar vermoed dat het *gehele* bestuur zijn taak ook voor het overige onbehoorlijk heeft vervuld. Dit heeft de Hoge Raad geoordeeld in het arrest Koster/Kobo.²⁰ Een individuele bestuurder zou dus niet onder aansprakelijkheid uit kunnen komen door te stellen (en bewijzen) dat hem ten aanzien van die onbehoorlijke taakvervulling geen verwijt treft, aldus Maeijer.²¹

Wezeman stelt dat een beroep op de disculpatiegrond van lid 3 – ondanks het voornoemde arrest van de Hoge Raad en het door Maeijer gestelde – nog steeds mogelijk moet zijn.²² Het disculpatieverweer zou dan wel betrekking moeten hebben op het over de gehele linie gevoerde bestuur.²³ De bestuurder zal dan aan moeten tonen dat hem van de schending van artikel 2:10 of 2:394 BW geen verwijt treft en hij zal moeten aangevoeren dat hij naar behoren heeft toegezien op de naleving van de administratie- en openbaarmakingsverplichting en daarvoor waar nodig aandacht heeft gevraagd in het bestuur. En dat is niet het enige. De bestuurder zal ook duidelijk moeten maken dat hem van het over de gehele linie vaststaande onbehoorlijke bestuur geen verwijt treft. Naast de mogelijkheid het causale vermoeden te weerleggen heeft de disculpatiemogelijkheid in geval van toepasselijkheid van de bewijsvermoedens

17. Idem.

18. Idem, r.o. 3.4.

19. Hof Arnhem 4 november 2008, LJN BH2625.

20. HR 20 mei 1988, NJ 1989, 676 m.nt. Maeijer, r.o. 3.4.

21. HR 20 mei 1988, NJ 1989, 676 m.nt. Maeijer.

22. Wezeman 2008, art. 2:138/248 BW, aant. 2.7; zie daarnaast ook J.B. Huizink, Rechtspersonen (losbl.), Deventer: Kluwer 2008, art. 2:138 BW, aant. 12.

23. Hof Den Haag 28 september 1999, JOR 1999, 252.

dus vooral betekenis voor het onwaarschijnlijke scenario dat een bestuurder eerst concreet duidelijk maakt op welke punten onbehoorlijk is bestuurd en vervolgens omstandigheden aanvoert die meebrengen dat hem daarvan geen (zwaar) verwijt kan worden gemaakt. Deze route heeft een geringe slagingskans.²⁴

Door velen wordt daarom voorgesteld om aan het niet voldoen aan de publicatie- en/of boekhoudplicht *niet* de consequentie te verbinden van het onweerlegbare vermoeden van onbehoorlijk bestuur in geval van faillissement van de vennootschap.²⁵

Voorontwerp Insolventiewet

De Commissie insolventierecht (hierna: de Commissie) is ingesteld om de regering en de beide Kamers van de Staten-Generaal te adviseren over wetgeving op het terrein van het insolventierecht. Ter uitvoering van haar taak heeft de Commissie een zestal adviezen opgesteld.²⁶ Met het Voorontwerp Insolventiewet (hierna: het Voorontwerp),²⁷ dat de Commissie op 1 november 2007 aan de minister van Justitie heeft aangeboden, rondt de Commissie haar werkzaamheden voor een nieuw insolventierecht af. Het Voorontwerp vormt het resultaat van een grondige herziening van het insolventierecht. Met dit Voorontwerp wordt beoogd de Faillissementswet in zijn geheel te vervangen door de Insolventiewet.

In het Voorontwerp is ook aandacht besteed aan de hiervoor genoemde bezwaren tegen de bewijsvermoedens van artikel 2:248 lid 2 BW. Ook de Commissie was van mening dat de consequenties die voortvloeien uit het niet voldoen aan een verplichting als de publicatieplicht voor de aansprakelijkheid van bestuurders te vergaand zijn.²⁸

Artikel 8.2 van het Voorontwerp neemt daarom als uitgangspunt dat bij schending van de publicatieplicht of de boekhoudplicht sprake is van een *weerlegbaar* in plaats van een onweerlegbaar vermoeden van onbehoorlijk bestuur. Tevens wordt tot uitgangspunt genomen dat ook in geval van schending van de publicatieplicht of boekhoudplicht, individuele disculpatie mogelijk moet zijn indien de bestuurder aan kan tonen dat het niet voldoen aan die verplichtingen niet aan hem te wijten is.

Op deze regeling is ook kritiek geuit, met name tegen de handhaving van de verwijzing in artikel 8.2 lid 2 van het Voorontwerp naar de publicatieplicht uit artikel 2:394 BW. Lennarts meent dat aan het niet voldoen aan de publicatieplicht geen vergaande aansprakelijkheidssanctie dient te worden verbonden.

Daarnaast vermoedt zij dat de toepassingsmogelijkheid van de verruimde disculpatie beperkt zal blijven en dat het voorstel van de Commissie op dit punt aldus niet zal worden overgenomen.²⁹

Ook Huizink³⁰ en Wezeman³¹ hebben kritiek geuit op de handhaving van schending van de publicatieplicht in artikel 8.2 lid 2 van het Voorontwerp. Huizink stelt daarnaast dat een wettelijke grondslag in het huidige vennootschapsrecht ontbreekt voor de invulling van het begrip 'werkkring', zoals toegepast in de voorgestelde regeling.³²

De Commissie heeft in haar slotbrief van 23 juli 2009 gereageerd op deze kritieken. Voor wat betreft de opmerkingen omtrent de publicatieplicht overweegt de Commissie om de publicatieplicht geheel uit de leden 2 en 4 van artikel 8.2 van het Voorontwerp te schrappen en de vermoedens en gerelateerde disculpatie te beperken tot schending van de boekhoudplicht.³³ Over de introductie van het begrip 'werkkring' is de Commissie van oordeel dat in de huidige tijd de taakverdeling binnen het bestuur relevant is voor aansprakelijkheid, in het bijzonder voor de mogelijkheid tot disculpatie. Het Wetsvoorstel inzake bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen voorziet ook in een wijziging van artikel 2:9 BW, waarbij de bestuurder zich kan disculperen indien hem, mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken, geen ernstig verwijt kan worden gemaakt.³⁴ Volgens de Commissie zal daardoor het concept van de werkkring nog steviger worden verankerd in het Nederlandse vennootschapsrecht en sluiten de leden 3 en 4 van artikel 8.2 van het Voorontwerp daarbij aan.³⁵

Voorlopig is het Voorontwerp nog niet omgezet in daadwerkelijke wetgeving, dus zal nog moeten worden afgewacht hoe

24. Zie Hof Den Haag 24 augustus 1993, NJ 1993, 750; Hof Den Bosch 2 november 1994, NJ 1995, 556; Rb. Utrecht 16 april 1997, JOR 1997, 54; Rb. Utrecht 31 juli 2002, JOR 2002, 161.

25. Zie o.m. M.J. Kroeze, Bange bestuurders (oratie), Ondernemingsrecht 2006, p. 9, B.J. de Jong & M.P. Nieuwe Weme, Publicatie van de jaarrekening, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 91, Deventer: Kluwer 2006, p. 118 en M.L. Lennarts, De Twilight Zone: het schemergebied tussen vennootschaps- en insolventierecht (oratie), Deventer: Kluwer 2006, p. 22 en 23.

26. Achtereenvolgens vervat in brieven van 28 mei 2003, 8 september 2003, 2 februari 2004, 13 april 2005, 29 juni 2006 en 6 juli 2006.

27. Kortmann/Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet, voorontwerp Insolventiewet, deel 2-IV, Deventer: Kluwer 2007.

28. Commissie insolventierecht, Voorontwerp Insolventiewet: toelichting Voorontwerp Insolventiewet, 2007, p. 179 en 180.

29. M.L. Lennarts, Titel 8 van het Voorontwerp Insolventiewet: bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement, Ondernemingsrecht 2008, p. 135.

30. J.B. Huizink, Insolventie en bestuurdersaansprakelijkheid, in: J.A. van de Hel, M.C.A. van den Nieuwenhuijzen & J.H. Verdonschot (red.), Het voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 211-212.

31. J.B. Wezeman, Twintig jaar misbruikwetgeving, twintig jaar worstelen met ficties en vermoedens. Enige opmerkingen over art. 2:248 lid 2 BW en art. 8.2 Voorontwerp Insolventiewet, in: N.E.D. Faber, J.J. van Hees, S.C.J.J. Kortmann, N.S.G.J. Vermunt & Ch.A.M. Domingus-Schwenke (red.), De bewindvoerder, een octopus, Serie Onderneming en Recht, deel 44, Deventer: Kluwer 2008, p. 110.

32. Huizink 2008, p. 212.

33. Slotbrief Commissie insolventierecht, 23 juli 2009, reacties op het Voorontwerp Insolventiewet, p. 18.

34. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 2.

35. Slotbrief 2009, p. 19.

de uiteindelijke tekst gaat luiden. De Commissie heeft in ieder geval een goede voorzet gegeven door (gedeeltelijk) gehoor te geven aan de kritiek die men had (en heeft) op de huidige regeling van artikel 2:248 lid 2 BW.

Conclusie

Uit het voorgaande kan het volgende worden geconcludeerd.

Naar de huidige stand van de literatuur en jurisprudentie heeft een bestuurder die door de curator op grond van schending van de boekhoud- en/of publicatieplicht wordt aangesproken ex artikel 2:248 lid 2 BW, slechts twee reële mogelijkheden om zich tegen die aansprakelijkstelling te weren, namelijk:

1. stellen (en bewijzen) dat sprake is van een onbelangrijk verzuim; en
2. het vermoeden weerleggen dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak was van het faillissement.

In de jurisprudentie is niet duidelijk bepaald wanneer sprake is van een onbelangrijk verzuim, en er is slechts in een beperkt aantal gevallen geoordeeld dat inderdaad sprake was van een dergelijk verzuim.

De bestuurder kan het vermoeden dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak was van het faillissement, weerleggen door aannemelijk te maken dat een andere omstandigheid dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak was van het faillissement. Daarbij is ook van belang dat de bestuurder geen verwijt kan worden gemaakt ten aanzien van het intreden van die oorzaak. Uit de jurisprudentie volgt dat niet snel sprake is van een dergelijke 'van buiten komende' oorzaak, maar de uitspraak (na verwijzing) van het hof in de zaak *Blue Tomato*, waarbij de bestuurder in het gelijk is gesteld, geeft aan dat een beroep op een van buiten komende oorzaak in sommige gevallen wel degelijk een ontsnapping aan aansprakelijkheid kan bieden voor de bestuurder.

Een beroep op de disculpatiegrond van artikel 2:248 lid 3 BW zou in beginsel geen kans van slagen kunnen hebben, zo volgt uit het arrest *Koster/Kobo*. In de literatuur wordt wel bepleit dat een dergelijke disculpatie mogelijk zou moeten zijn. In dat geval zou een beroep door de bestuurder slechts kunnen slagen, wanneer hij eerst concreet duidelijk maakt op welke punten onbehoorlijk is bestuurd en vervolgens omstandigheden aanvoert die meebrengen dat hem daarvan geen (zwaar) verwijt kan worden gemaakt. Slechts in een uitzonderlijk geval zal hiervan sprake zijn.

In de literatuur is bepleit dat de toepassing van de bewijsvermoedens met name in het geval van schending van de publicatieplicht te vergaande consequenties heeft. In het Voorontwerp Insolventiewet heeft de Commissie een poging gedaan aan die kritiek tegemoet te komen. Volgens een aantal schrijvers gaat de nieuwe regeling echter (voor wat betreft de kritiek ten aanzien van de publicatieplicht) niet ver genoeg en

biedt de nieuwe regeling voor de bestuurders nog steeds geen succesvol verweer tegen aansprakelijkheid. De Commissie heeft overwogen dat de nieuwe regeling op dit punt wellicht kan worden aangepast.

Zolang de hervorming van het insolventierecht nog niet is doorgevoerd, zal de huidige regeling van de bewijsvermoedens nog gelden en zal de bestuurder veel (en misschien wel te veel) moeite moeten doen om aansprakelijkheid van de hand te kunnen wijzen.