

JOR 2018/119, Gerechtshof 's-Gravenhage 13-03-2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:446, 200.203.348/01 (met annotatie van mr. S.C.M. van Thiel) Bestuurdersaansprakelijkheid voormalig bestuurder/dga, Overdracht aandelen aan “katvanger”, Van schending boekhoudplicht is geen sprake, Nader onderzoek naar opvolgend bestuurder behoefde i.c. niet te worden verricht, Schending van publicatieplicht, Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, Fraude door anderen is evenwel belangrijke oorzaak faillissement, Geen sprake van persoonlijk verwijt of nalatigheid, Beroep op disculpatie slaagt

Wetsbepaling(en):

BW BOEK 2 artikel 10, BW BOEK 2 artikel 248, BW BOEK 2 artikel 394

Ook gepubliceerd in:

ECLI:NL:GHDHA:2018:446, NJF 2018/225

JOR 2018/119, Gerechtshof Den Haag, 13-03-2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:446, 200.203.348/01 (annotatie)

Inhoudsindicatie

Bestuurdersaansprakelijkheid voormalig bestuurder/dga, Overdracht aandelen aan “katvanger”, Van schending boekhoudplicht is geen sprake, Nader onderzoek naar opvolgend bestuurder behoefde i.c. niet te worden verricht, Schending van publicatieplicht, Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, Fraude door anderen is evenwel belangrijke oorzaak faillissement, Geen sprake van persoonlijk verwijt of nalatigheid, Beroep op disculpatie slaagt

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Gegevens

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	13-03-2018
Publicatie	JOR 2018/119 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 5, 2018
Annotator	• mr. S.C.M. van Thiel
ECLI	ECLI:NL:GHDHA:2018:446
Zaaknummer	200.203.348/01
Overige publicaties	• ECLI:NL:GHDHA:2018:446
Rechtsgebied	Ondernemingsrechtpraktijk
Rubriek	Ondernemingsrecht
Rechters	• mr. Salomons • mr. Joustra

- mr. Van der Woude

Partijen	A, appellant, advocaat: mr. D. Tap, tegen mr. X, in zijn hoedanigheid van curator van Axis Diensten BV, geïntimeerde, hierna te noemen: de curator, advocaat: mr. D.C.J. Bogerd.
	<ul style="list-style-type: none">• BW Boek 2 - 10 lid 3• BW Boek 2 - 248• BW Boek 2 - 394
Regelgeving	

Samenvatting

Ex-bestuurder A behoefde in de gegeven omstandigheden geen nader onderzoek naar opvolgend bestuurder B te verrichten alvorens de boekhouding aan hem af te geven. De omstandigheid dat de hem onbekende B zich aandienende en bereid bleek om voor de aandelen een bedrag van € 12.500 te betalen, terwijl het bedrijf reeds geruime tijd stillag doordat er geen opdrachten meer waren en terwijl er door de Arbeidsinspectie een – nog niet onherroepelijke – boete was opgelegd, acht het hof daartoe onvoldoende. De bereidheid van B om de vennootschap te kopen behoefde gezien deze toelichting geen argwaan te wekken.

Nu A binnen de relevante periode van drie jaar voorafgaand aan het faillissement niet heeft voldaan aan de op hem als bestuurder rustende verplichtingen uit art. 2:394 BW, zonder dat kan worden aangenomen dat dit een onbelangrijk verzuim betreft, wordt derhalve op grond van art. 2:248 lid 2 BW ten opzichte van A vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. A beroept zich erop dat een belangrijke oorzaak van het faillissement is gelegen in fraude in de vorm van een “btw-carroussel”, geruime tijd na zijn aftreden als bestuurder gepleegd door de tweede of derde bestuurder na hem. De curator heeft niet weersproken dat fraude door anderen dan A een belangrijke oorzaak van het faillissement vormt en heeft mede op grond daarvan ook die andere bestuurders wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur aangesproken. Daarmee staat derhalve vast dat andere feiten of omstandigheden dan onbehoorlijke taakvervulling door A een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.

Het gaat echter bij kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:248 lid 1 en 2 BW om de taakvervulling door het bestuur van de vennootschap, niet om de taakvervulling door individuele bestuurders (HR 1 november 2013, «JOR» 2013/336, m.nt. Van Andel (Verify)). Neemt men aan dat de uit de lid 1 en 2 voortvloeiende aansprakelijkheid niet geldt voor een bestuurder die, zoals A, ten tijde van de onbehoorlijke taakvervulling die een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest, al was afgetreden, dan zijn de door A ingeroepen omstandigheden niettemin voldoende ter ontzenuwing van het vermoeden dat onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Neemt men dit niet aan, dan zijn de ingeroepen omstandigheden niet voldoende om te kunnen aannemen dat andere feiten of omstandigheden dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. In dat geval heeft A het vermoeden dat onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement, dan ook niet ontzenuwd. Dan wordt derhalve van belang of A zich met een beroep op art. 2:248 lid 3 BW kan disculperen.

Met betrekking tot de vraag of A een verwijt treft van de onbehoorlijke taakvervulling en of hij nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden, overweegt het hof als volgt. Met betrekking tot het verzuim om de jaarrekening over 2011 en 2012 tijdig te publiceren treft A geen verwijt, aangezien hij al geen bestuurder meer was toen deze jaarrekeningen moesten worden

gepubliceerd. De curator verwijt A dat hij, door zijn aandelen zonder voldoende onderzoek over te dragen aan B, van wie hij wist of behoorde te weten dat hij een malafide persoon is, heeft nagelaten het intreden van die fraude te voorkomen. Dit verwijt treft echter geen doel, nu het A vrij stond zijn aandelen over te dragen en hij in de gegeven omstandigheden geen nader onderzoek naar B behoefde te verrichten. Dat brengt mee dat het beroep van A op art. 2:248 lid 3 BW slaagt.

Het hof wijst de vordering tegen A, voor zover gebaseerd op kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, derhalve af.

Uitspraak

(...; *red.*)

Beoordeling van het hoger beroep

1. De rechtbank heeft in het bestreden vonnis (Rb. Den Haag 17 augustus 2017, zaaknummer/rolnummer: C/09/489647/HA ZA 15-653; *red.*) onder 2.1 tot en met 2.8 een aantal feiten vastgesteld. Daartegen zijn geen grieven gericht of bezwaren ingebracht, zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan.

2. Het gaat in deze zaak om het volgende:

2.1. Op 15 november 2006 is [appellant] aandeelhouder en bestuurder van Holding Duko B.V. geworden, van welke vennootschap de naam op 4 december 2006 is gewijzigd in Axis Diensten B.V. (hierna: Axis). Axis dreef een uitzendbureau.

2.2. In april 2011 heeft een controle door de Arbeidsinspectie plaatsgevonden, waarbij twee overtredingen zijn geconstateerd van de Wet arbeid vreemdelingen. Daarna heeft de opdrachtgever van Axis de opdracht ingetrokken. Nadien hebben geen werkzaamheden meer plaatsgevonden in Axis.

2.3. Bij beschikking van 6 april 2012 heeft het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: Ministerie van SZW) een boete van € 32.083,77 opgelegd aan Axis wegens het op 21 april 2011 tewerkstellen van vreemdelingen in Nederland zonder tewerkstellingsvergunning.

2.4. [appellant] is op 22 mei 2012 afgetreden als bestuurder van Axis. Op dezelfde datum heeft [appellant] de door hem gehouden aandelen in Axis verkocht en overgedragen aan [naam 2], voor de koopsom van € 12.500,-. De akte van levering houdt onder meer het volgende in:

“ONDERNEMING IN DE VENNOOTSCHAP

Met door de vennootschap gedreven onderneming is koper algeheel bekend. De koper is ermee bekend dat de laatst bij het handelsregister gepubliceerde jaarrekening betrekking heeft op het jaar tweeduizend tien (2010).

Koper zorgt voor de publicatie van de jaarrekening over tweeduizend elf (2011). Koper is in bezit van een overname balans.

De vennootschap wordt overgenomen met alle daaraan verbonden lusten en lasten en lopende verplichtingen en kasgelden.”

2.5. [naam 2] is bestuurder van Axis geweest van 22 mei 2012 tot 13 juli 2012. [naam 3] is op 1 juni 2012 aangetreden als bestuurder en op 23 juli 2012 uitgetreden. [naam 4] is bestuurder van Axis geweest van 19 juli 2012 tot 30 augustus 2012.

2.6. Op 30 augustus 2012 is Stichting Hitech Ondersteuning (hierna: Hitech) bestuurder geworden. Op 31 januari 2013 is [naam 5] bestuurder geworden. Op 12 februari 2013 is [naam 2] wederom bestuurder van Axis geworden.

2.7. Op 27 mei 2013 heeft de Inspecteur van de Belastingdienst een naheffingsaanslag van € 541.856,- opgelegd. Deze naheffingsaanslag is voortgevloeid uit een boekenonderzoek. Daaruit is gebleken dat in de periode van 1 juli 2012 tot en met 31 augustus 2012 Axis voor € 3.431.405 aan intracommunautaire verwervingen heeft verricht en voor € 3.434.442 aan goederen heeft verkocht, zonder aangifte te doen voor de omze

tbelasting. In deze periode waren [naam 2], [naam 3], [naam 4] en Hitech bestuurders van Axis.

2.8. Bij vonnis van de rechtbank Den Haag van 11 februari 2014 is Axis in staat van faillissement verklaard, met benoeming van mr. [X] tot curator.

3. De curator is van mening dat sprake is van (kort gezegd) onbehoorlijk bestuur bij Axis, dan wel onrechtmatig handelen van [appellant] en heeft [appellant] gedagvaard. De curator heeft behalve [appellant] ook [naam 2], [naam 3], [naam 5], [naam 4] en Hitech gedaagd.

4. De curator heeft gevorderd, samengevat, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad: hoofdelijke veroordeling van [appellant], [naam 2], [naam 3], [naam 5], [naam 4] en Hitech tot betaling van het faillissementstekort van € 682.906,30 – primair uit hoofde van onbehoorlijke taakvervulling (artikel 2:248 BW c.q. 2:9 BW), subsidiair uit hoofde van onrechtmatig handelen – vermeerderd met de boedelkosten, alsmede veroordeling van [appellant], [naam 2], [naam 3], [naam 5], [naam 4] en Hitech tot betaling van buitengerechtigde incassokosten ad € 6.775,-, de beslagkosten ad € 6.815,32,-, proceskosten en nakosten, alles met wettelijke (handels)rente.

[appellant] heeft in reconventie gevorderd, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad: opheffing van de gelegde beslagen op straffe van een dwangsom, betaling van € 1.637,13 inclusief BTW ter zake de kosten ter beperking en vaststelling van de schade en vaststelling van aansprakelijkheid (artikel 6:96 lid 2 sub a en b BW), met rente, een verklaring voor recht dat de curator aansprakelijk is voor de schade van [appellant] door het beslag en de gevoerde procedure, nader op te maken bij staat, en veroordeling van de curator in de proceskosten.

5. Met betrekking tot de vorderingen tegen [appellant] heeft de rechtbank, samengevat, als volgt beslist. Gelet op de omstandigheden van het geval, waaronder de omstandigheid dat sprake was van een lege vennootschap met een aanzienlijke schuld, rustte op [appellant] de plicht enig onderzoek te doen naar de bedoelingen en motieven van [naam 2]. [appellant] heeft geen enkel onderzoek verricht. In het onderhavige geval had [appellant] op grond van een eenvoudig internetonderzoek kunnen en moeten weten dat [naam 2] een malafide persoon was. Door onder de gegeven omstandigheden na te laten onderzoek te doen en als bestuurder de administratie aan [naam 2] over te dragen, heeft [appellant] de administratieplicht geschonden, nu hij wist of behoorde te weten dat van een deugdelijke administratie of het bewaren van de administratie geen sprake meer zou zijn na de overdracht daarvan aan [naam 2]. Het voorgaande brengt mee dat onweerlegbaar vaststaat dat [appellant] zijn taak ook voor het overige kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en dat weerlegbaar wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Nu [appellant] niet heeft gesteld dat andere feiten of omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest, staat vast dat zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. [appellant] is daarom (hoofdelijk met [naam 2], [naam 3], Hitech en – voor 50% – [naam 4]) veroordeeld tot betaling van het faillissementstekort, waarin begrepen de boedelkosten, en de proceskosten in conventie en een deel van de beslagkosten. De buitengerechtigde incassokosten zijn niet toegewezen. De vordering in reconventie is afgewezen. [appellant] is veroordeeld in de proceskosten in reconventie, evenwel niet in de door de curator in reconventie gemaakte werkelijke kosten omdat naar het oordeel van de rechtbank geen sprake was van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen.

6. In hoger beroep concludeert [appellant] tot vernietiging van het bestreden vonnis in conventie en reconventie, afwijzing dan wel matiging van de vorderingen in conventie en tot toewijzing van de vordering in reconventie, met veroordeling van de curator tot terugbetaling van al hetgeen [appellant] ter uitvoering van het vonnis aan de curator heeft voldaan, met rente, en met veroordeling van de curator in de proceskosten van beide instanties, waaronder nakosten, en wettelijke rente.

7. De curator concludeert, zakelijk weergegeven, tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, met veroordeling van [appellant] in de proceskosten.

Administratieplicht

8. Met *grief I* keert [appellant] zich tegen het oordeel van de rechtbank dat [appellant] de administratieplicht heeft geschonden. Volgens [appellant] wist hij niet dat [naam 2] een malafide persoon was. Onder de gegeven omstandigheden bestond voor hem geen reden om nader onderzoek te doen naar de persoon van [naam 2], zodat hij ook niet behoorde te weten dat deze een malafide persoon was. [appellant] bestrijdt verder dat hij met een eenvoudig internetonderzoek in 2012 had kunnen vaststellen dat [naam 2] malafide was. Er was voor hem dan ook geen enkele aanleiding te veronderstellen dat de administratie zou verdwijnen. Ten slotte voert hij aan dat ‘het behoren te weten dat een persoon malafide is’ onvoldoende is voor het aannemen van een schending van artikel 2:10 BW.

9. [appellant] heeft gemotiveerd gesteld dat hij tot aan de overdracht van zijn aandelen in Axis aan [naam 2] beschikte over de boekhouding van Axis. De curator heeft dit niet, althans niet gemotiveerd, betwist, zodat dit tussen partijen vaststaat. Ook de stelling van [appellant] dat hij de boekhouding ter gelegenheid van de aandelenoverdracht aan [naam 2] heeft afgegeven, heeft de curator niet (gemotiveerd) betwist, zodat ook dit tussen partijen vaststaat. Wanneer een bestuurder ter gelegenheid van de overdracht van de aandelen in een vennootschap de boekhouding van de vennootschap afgeeft aan degene die hem als bestuurder opvolgt terwijl hij weet dat de opvolgend bestuurder malafide is, kan dit neerkomen op het zich – in strijd met artikel 2:10 lid 3 BW – ontdoen van de administratie. Dat [appellant] zou hebben geweten dat [naam 2] malafide was, heeft de curator niet gemotiveerd gesteld.

10. Partijen verschillen van mening over de vraag of ook in het geval dat de bestuurder niet weet maar wel behoort te weten – omdat het bij onderzoek dat hij had behoren te verrichten, zou zijn gebleken – dat de opvolgend bestuurder malafide is, afgifte van de boekhouding aan de opvolgend bestuurder ter gelegenheid van de aandelenoverdracht in strijd kan zijn met de verplichtingen uit artikel 2:10 BW. Het antwoord op deze vraag kan het hof in het midden laten, omdat [appellant] naar het oordeel van het hof in de gegeven omstandigheden geen nader onderzoek naar [naam 2] behoefde te verrichten alvorens de boekhouding aan hem af te geven. De omstandigheid dat de hem onbekende [naam 2] zich aandiende en bereid bleek om voor de aandelen in Axis een bedrag van € 12.500,- te betalen, terwijl het bedrijf van Axis reeds geruime tijd stillag doordat er geen opdrachten meer waren en terwijl er door de Arbeidsinspectie van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een – nog niet onherroepelijke – boete was opgelegd, acht het hof daartoe onvoldoende. In dit verband acht het hof van belang dat [appellant] onweersproken heeft gesteld dat hij zelf destijds Axis als bestaande vennootschap had gekocht omdat in zijn branche een oudere BV meer betrouwbaarheid uitstraalt en dat hij rekening hield met de mogelijkheid dat [naam 2] de door de vennootschap geleden verliezen fiscaal zou benutten voor verliescompensatie. Diens bereidheid om Axis te kopen behoefde gezien deze toelichting geen argwaan te wekken. De overige door de curator in dit verband genoemde omstandigheden, waaronder de omstandigheid dat niet lang na de aandelenoverdracht aangifte vennootschapsbelasting moest worden gedaan en dat [naam 2] Axis zonder verder onderzoek wilde kopen, brengen het hof niet tot een ander oordeel.

11. Het hof is verder van oordeel dat, voor zover een prudente bestuurder al onderzoek zou hebben gedaan c.q. had moeten doen naar de opvolgend bestuurder, de curator zijn stelling dat [appellant] bij een eenvoudig internetonderzoek al zou hebben ontdekt dat [naam 2] een bekende katvanger was (MvA, onder 11), in het licht van de gemotiveerde betwisting door [appellant] onvoldoende nader heeft

onderbouwd. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat de curator niet heeft weersproken dat mogelijk bezwarende gegevens over [naam 2] via Google niet gevonden werden als de zoekopdracht behalve zijn achternaam niet ook zijn voornamen vermeldde en dat [appellant] tijdens de contacten met [naam 2] niet naar zijn voornamen had gevraagd. Een dergelijk onderzoek inclusief voornamen gaat verder dan wat voor iemand van de leeftijd en achtergrond als [appellant] als een eenvoudig internetonderzoek kon worden beschouwd. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat een niet-juridisch geschoolde lezer uit de faillissementsverslagen die met die zoekopdracht in die visie van de curator hadden kunnen worden gevonden, ook niet op eenvoudige wijze kan begrijpen dat [naam 2] al eerder als katvanger had gefungeerd. De curator heeft verder niet duidelijk gemaakt op grond waarvan moet worden aangenomen dat de gegevens die hij op grond van een zoekopdracht in 2016 over [naam 2] heeft gevonden, ook gevonden zouden zijn in 2012, hoewel dit in het licht van de betwisting door [appellant] wel op zijn weg had gelegen. Dat [appellant] op andere eenvoudige wijze had kunnen en behoren te ontdekken dat [naam 2] malafide was, is gesteld noch gebleken. Dit brengt mee dat ook om deze reden niet geoordeeld kan worden dat [appellant] behoorde te weten dat [naam 2] malafide was en dat [appellant] in verband daarmee ermee rekening moest houden dat de administratie na afgifte niet zou worden bewaard.

12. *Grief I* slaagt derhalve. In verband daarmee heeft [appellant] geen belang bij *grief III*, waarmee hij betoogt dat de rechtbank ten onrechte is voorbijgegaan aan zijn stelling dat afgifte van de administratie geen belangrijke oorzaak van het faillissement is.

13. Het slagen van *grief I* brengt mee dat het hof in het kader van de devolutieve werking van het hoger beroep dient te onderzoeken of de vordering tegen [appellant] op de andere door de curator aangevoerde gronden moet worden toegewezen. De curator verwijst hiervoor bij memorie van antwoord, onder 27 naar de inleidende dagvaarding, onder 24-39, en de conclusie van antwoord in reconventie, onder 21-30. Aldaar zijn, behalve de in het kader van *grief I* reeds besproken boekhoudplicht, omstandigheden genoemd die volgens de curator onbehoorlijk bestuur opleveren, te weten:

- a. niet voldoen aan de publicatieplicht van art. 2:394 BW, hetgeen op grond van artikel 2:248 lid 2 BW vermoed wordt een belangrijke oorzaak te zijn geweest van het faillissement;
- b. het stelselmatig onbetaald laten van (fiscale) schulden;
- c. illegaal te werk te stellen, waarvoor een boete is opgelegd, en vervolgens kort nadien de aandelen over te dragen;
- d. het overdragen van de aandelen om niet aan Hitech (bedoeld zal zijn aan [naam 2], tegen betaling van € 12.500,-) en het bestuurderschap aan [naam 2].

Verder heeft de curator aangevoerd dat het stelselmatig onbetaald laten van diverse schulden ook onrechtmatig handelen vormt jegens de gezamenlijke schuldeisers van Axis.

14. Het hof ziet aanleiding eerst de verwijten, bedoeld onder 13 sub b, c en d te behandelen.

15. Het verwijt dat [appellant] stelselmatig (fiscale) schulden onbetaald heeft gelaten, treft geen doel. Bij conclusie van antwoord in reconventie, onder 22 sub b, vermeldt de curator slechts de volgende vorderingen uit de periode dat [appellant] bestuurder was: een aanslag vennootschapsbelasting en een vordering van het ministerie van SZW. Van de aanslag vennootschapsbelasting heeft [appellant] onweersproken aangevoerd dat op het moment dat hij zijn aandelen overdroeg geen achterstand bestond in het doen van aangifte en dat de fiscale vordering die betrekking heeft op 2011 materieel onterecht is. De vordering van het ministerie van SZW betreft kennelijk de hiervoor in 2.3 bedoelde boete wegens het tewerkstellen van vreemdelingen, waarvan [appellant] onweersproken heeft gesteld dat daartegen op het moment van overdracht van zijn aandelen nog bezwaar en beroep openstond. Van het stelselmatig onbetaald laten van schulden kan onder deze omstandigheden naar het oordeel van het hof niet worden gesproken.

16. De stelling dat [appellant] zich eveneens aan onbehoorlijk bestuur schuldig heeft gemaakt door illegalen te werk te stellen, waarvoor een boete is opgelegd, en vervolgens kort nadien de aandelen over te dragen, treft evenmin doel. De curator heeft in het licht van de gemotiveerde betwisting door [appellant] onvoldoende onderbouwd waarom [appellant] hiervan een zodanig verwijt kan worden gemaakt, dat gesproken moet worden van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Opmerking verdient daarbij nog dat het overdragen van aandelen niet een handeling betreft van [appellant] als bestuurder maar als aandeelhouder. Zonder toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien waarom het [appellant] niet zou vrijstaan zijn aandelen over te dragen aan een ander – overigens niet om niet aan Hitech maar tegen betaling aan [naam 2]. Van kennelijk onbehoorlijk bestuur kan ook daarom niet worden gesproken.

17. Ten slotte mist ook het verwijt van de curator dat [appellant] zich aan kennelijk onbehoorlijk bestuur heeft schuldig gemaakt door het bestuurderschap aan [naam 2] over te dragen, doel. [naam 2] is niet bestuurder geworden als gevolg van enige bestuurshandeling van [appellant] maar als gevolg van zijn benoeming door zichzelf als enig aandeelhouder.

18. Thans gaat het hof in op het verwijt, onder 13 sub a, dat [appellant] als bestuurder de publicatieplicht heeft geschonden. Nu de vordering ter zake van aansprakelijkheid voor het faillissementstekort op grond van artikel 2:248 lid 6 BW slechts kan worden ingesteld op grond van onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement, kan het verwijt van de curator slechts betrekking hebben op de publicatieverplichtingen die zich hebben voorgedaan in de periode vanaf 11 februari 2011. In die periode is de jaarrekening over 2009 ongeveer anderhalve maand te laat gepubliceerd; hiervan heeft [appellant] aangevoerd dat het gaat om een onbelangrijk verzuim dat op grond van artikel 2:248 lid 2, derde zin, BW niet in aanmerking dient te worden genomen. De jaarrekening over 2010 is op tijd gepubliceerd, terwijl de jaarrekeningen over 2011 en 2012 in de periode dat hij bestuurder was, nog niet gepubliceerd hoefden te worden. Met betrekking tot de jaarrekening over 2008, waarvan geen publicatie heeft plaatsgevonden, heeft de curator betoogd dat dit verzuim weliswaar is ontstaan voor de hiervoor bedoelde driejaarstermijn, doch daarna is doorgelopen binnen die termijn.

19. Het hof oordeelt hierover als volgt.

20. Op grond van rechtspraak van de Hoge Raad (HR 12 juli 2013, («JOR» 2013/300, m.nt. Van An del (Bobo Holding/König q.q.); *red.*), [ECLI:NL:HR:2013:BZ7189](#), *NJ* 2013/401; HR 1 november 2013, [ECLI:NL:HR:2013:1079](#), *NJ* 2014/7) geldt op dit punt het navolgende. Van een onbelangrijk verzuim als bedoeld in de slotzin van art. 2:248 lid 2 BW is sprake indien het niet voldoen aan die verplichtingen in de omstandigheden van het desbetreffende geval niet erop wijst dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Dit is met name het geval indien voor het verzuim een aanvaardbare verklaring bestaat. Indien het, zoals hier, gaat om een overschrijding van de termijn van artikel 2:394 lid 3 BW voor openbaarmaking van de jaarrekening, geldt voor het overige hetgeen is beslist in HR 2 februari 1996, [ECLI:NL:HR:1996:ZC1981](#), *NJ* 1996/406 (r.o. 3.2) en HR 20 oktober 2006, («JOR» 2006/288, m.nt. Borrius (Van Schilt/Jansen q.q.); *red.*), [ECLI:NL:HR:2006:AY7916](#), *NJ* 2007/2 (r.o. 4.3.2 laatste zin), namelijk dat het antwoord op de vraag of een overschrijding als een onbelangrijk verzuim kan gelden, afhangt van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid, waarbij opmerking verdient dat hogere eisen moeten worden gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is en dat stelplicht en bewijslast op de aangesproken bestuurder rusten.

21. Voor de overschrijding van de termijn van publicatie van de jaarrekening over 2009 met ongeveer anderhalve maand heeft [appellant] geen enkele verklaring gegeven. Dat brengt mee dat [appellant] op dit punt niet heeft voldaan aan zijn stelplicht en dat zijn standpunt dat de termijnoverschrijding een onbelangrijk verzuim vormt moet worden verworpen. Nu [appellant] binnen de relevante periode van drie jaar voorafgaand aan het faillissement niet heeft voldaan aan de op hem als bestuurder rustende verplichtingen uit artikel 2:394 BW, zonder dat kan worden aangenomen dat dit een onbelangrijk verzuim betreft, wordt derhalve op grond van artikel 2:248 lid 2 BW ten opzichte van [appellant] vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Of het vermoeden ook van toepassing is door het verzuim om de jaarrekening over 2008

tijdig te publiceren, nu dit verzuim zich heeft voortgezet in de periode van drie jaar voorafgaand aan het faillissement, zoals de curator heeft betoogd, kan gelet op het voorafgaande in het midden blijven.

22. Eveneens in het midden kan blijven of ten opzichte van [appellant] het vermoeden ook van toepassing is doordat de jaarrekeningen over 2011 en 2012 niet tijdig zijn gepubliceerd. Dat vermoeden is niet van toepassing als moet worden aangenomen dat voor toepassing van het vermoeden ten nadele [appellant] slechts plaats is wanneer het desbetreffende verzuim zich geheel of ten dele (vgl. HR 1 november 2013, («JOR» 2013/336, m.nt. Van Andel (Verify); *red.*), [ECLI:NL:HR:2013:1079](#), *NJ* 2014/7, r.o. 3.4.3) heeft voorgedaan in de periode dat [appellant] bestuurder was. Maar als dat anders is, is de omstandigheid dat het verzuim zich pas heeft voorgedaan toen [appellant] al geen bestuurder meer was, in elk geval van belang voor de vraag of [appellant] zich kan disculperen op grond van art. 2:248 lid 3 BW (welke vraag, zoals hierna zal blijken, bevestigend moet worden beantwoord). Ook kan die omstandigheid dan grond vormen voor een beroep op matiging, gelet op de tijd gedurende welke [appellant] als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaats vond (art. 2:248 lid 4 BW).

23. Het vermoeden dat onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement, kan door [appellant] worden ontzenuwd. Daartoe volstaat dat hij aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Stelt hij daartoe een van buiten komende oorzaak en wordt hem door de curator verweten dat hij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, dan zal hij (tevens) feiten en omstandigheden moeten stellen en zo nodig aannemelijk maken waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Als hij daarin slaagt, ligt het op de weg van de curator om op de voet van artikel 2:248 lid 1 BW aannemelijk te maken dat nochtans de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest (HR 30 november 2007, («JOR» 2008/29, m.nt. Borrius (Blue Tomato); *red.*), [ECLI:NL:HR:2007:BA6773](#), *NJ* 2008/91). Daarbij heeft te gelden dat van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling pas sprake is indien geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld (HR 12 februari 2016, [ECLI:NL:HR:2016:233](#), «JOR» 2016/223, m.nt. Borrius (Langelaar/Velenturf q.q.); *red.*)).

24. [appellant] heeft in dit verband gesteld (conclusie van antwoord in conventie tevens conclusie van eis in reconventie, nr. 34) dat door het aanzienlijk tijdsverloop en de gebeurtenissen na zijn aftreden voldoende blijkt dat het faillissement niet het gevolg is van deze deponering (bedoeld zal zijn: zijn tekortschieten in de publicatieplicht met betrekking tot de jaarrekening over 2009) en dat het vermoeden derhalve is weerlegd. Hiermee doelt [appellant] kennelijk op de volgende door hem in enigszins ander verband genoemde (maar daarvoor wel, ook voor de curator voldoende kenbaar, relevant te achten) omstandigheden (dagvaarding in hoger beroep, onder 34; pleitaantekeningen hoger beroep, nr. 32-33):

– [appellant] was op geen enkele wijze op de hoogte van het malafide karakter van [naam 2] en kon dat ook niet zijn.

– De aandelenoverdracht is via de notaris verlopen die ook geen opmerkingen heeft gemaakt over het mogelijk malafide karakter van [naam 2].

– [naam 2] heeft blijkbaar de aandelen weer overgedragen aan een derde, [naam 3].

– Er is vervolgens blijkbaar door deze [naam 3] gehandeld met de B.V. waaruit belastingschulden zijn ontstaan die 20 keer hoger zijn dan de schuld ten tijde van de overdracht.

– Twee jaar na de overdracht is de B.V. failliet verklaard.

– De fraude had met elke willekeurige B.V. kunnen plaatsvinden. Een B.V. is zo opgericht en blijkbaar is de fraude vervolgens in één maand gepleegd, dus blijkbaar binnen de periode van één btw-aangifte en ten tijde van de derde bestuurder na [appellant]. Zowel voor het causaal verband als voor de “oorzaak

van het faillissement” vormt het enkele feit dat de voormalige B.V. van [appellant] is gebruikt geen bewijs.

25. Het hof oordeelt hierover als volgt. Door te verwijzen naar de hiervoor onder 24 weergegeven omstandigheden, beroept [appellant] zich erop dat een belangrijke oorzaak van het faillissement is gelegen in fraude in de vorm van een ‘btw-carrousel’, geruime tijd na zijn aftreden als bestuurder gepleegd door de tweede of derde bestuurder na hem. De curator heeft niet weersproken dat fraude door anderen dan [appellant] een belangrijke oorzaak van het faillissement vormt en heeft mede op grond daarvan ook die andere bestuurders wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur aangesproken. Daarmee staat derhalve vast dat andere feiten of omstandigheden dan onbehoorlijke taakvervulling door [appellant] een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.

26. Het gaat echter bij kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:248 leden 1 en 2 BW om de taakvervulling door het bestuur van de vennootschap, niet om de taakvervulling door individuele bestuurders (HR 1 november 2013, [ECLI:NL:HR:2013:1079](#), NJ 2014/7, r.o. 3.4.2). Neemt men aan dat de uit de leden 1 en 2 voortvloeiende aansprakelijkheid niet geldt voor een bestuurder die, zoals [appellant], ten tijde van de onbehoorlijke taakvervulling die een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest, al was afgetreden, dan zijn de door [appellant] ingeroepen omstandigheden niettemin voldoende ter ontzenuwing van het vermoeden dat onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Neemt men dit niet aan, dan zijn de ingeroepen omstandigheden niet voldoende om te kunnen aannemen dat andere feiten of omstandigheden dan onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. In dat geval heeft [appellant] het vermoeden dat onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement, dan ook niet ontzenuwd. Dan wordt derhalve van belang of [appellant] zich met een beroep op art. 2:248 lid 3 BW kan disculperen.

27. [appellant] heeft een beroep gedaan op de in artikel 2:248 lid 3 BW neergelegde mogelijkheid zich te disculperen voor het onbehoorlijk bestuur en aangevoerd dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is geweest en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden (conclusie van antwoord in conventie, tevens conclusie van eis in reconventie, onder 35). Het hof oordeelt hierover als volgt. Zoals hiervoor (onder 24) vastgesteld, zijn andere feiten of omstandigheden dan onbehoorlijke taakvervulling door [appellant] een belangrijke oorzaak van het faillissement geweest. Met betrekking tot de vraag of [appellant] een verwijt treft van de onbehoorlijke taakvervulling en of hij nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden, overweegt het hof als volgt. Met betrekking tot het verzuim om de jaarrekening over 2011 en 2012 tijdig te publiceren treft [appellant] geen verwijt, aangezien hij al geen bestuurder meer was toen deze jaarrekeningen moesten worden gepubliceerd. De curator heeft op dit punt ook geen verwijt aan [appellant] geformuleerd. Wel verwijt de curator [appellant] dat hij, door zijn aandelen zonder voldoende onderzoek over te dragen aan [naam 2], van wie hij wist of behoorde te weten dat hij een malafide persoon is, heeft nagelaten het intreden van die fraude te voorkomen. Dit verwijt treft echter geen doel, nu het [appellant] vrij stond zijn aandelen over te dragen en hij, zoals hiervoor reeds overwogen, in de gegeven omstandigheden geen nader onderzoek naar [naam 2] behoefde te verrichten. Dat brengt mee dat het beroep van [appellant] op artikel 2:248 lid 3 BW slaagt.

28. De vordering tegen [appellant], voor zover gebaseerd op kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, komt derhalve niet voor toewijzing in aanmerking.

29. Bij *grief II*, waarmee [appellant] klaagt dat de rechtbank zich ten onrechte niet heeft uitgelaten over het door hem gedane beroep op de in artikel 2:248 lid 4 BW geregelde mogelijkheid van matiging van de vordering uit bestuurdersaansprakelijkheid, heeft [appellant] bij deze stand van zaken geen belang. Het hof laat deze grief derhalve onbesproken.

30. Het hof zal thans beoordelen of de vordering van de curator, voor zover gebaseerd op onrechtmatig handelen door [appellant], wel kan worden toegewezen. In het kader van deze grondslag voor zijn vordering heeft de curator aan [appellant] geen wezenlijk andere verwijten gemaakt dan in het kader van de vordering op grond van onbehoorlijke taakvervulling (dagvaarding eerste aanleg, onder 33 en

volgende, pleitaantekeningen in hoger beroep, onder 10): het stelselmatig onbetaald laten van diverse schulden, het overdragen van zijn aandelen zonder serieus onderzoek naar de koper, schending van de boekhoud-, administratie- en publicatieplicht. Dat brengt mee dat nu deze verwijten in het kader van de vordering op grond van onbehoorlijke taakvervulling zijn verworpen, hetzelfde moet gelden voor de thans aan de orde zijnde grondslag. Voor zover de curator aanvoert dat het [appellant] in de gegeven omstandigheden niet vrijstond zijn aandelen aan [naam 2] over te dragen, verwerpt het hof dit standpunt. Het stond [appellant] immers, nu niet is gebleken van omstandigheden die aanleiding hadden moeten geven tot het doen van (nader) onderzoek naar [naam 2], wel degelijk vrij zijn aandelen over te dragen. Met betrekking tot de – vaststaande – schending van de publicatieplicht geldt dat de curator niet gemotiveerd heeft gesteld, en evenmin aannemelijk is geworden, dat deze heeft geleid tot de schade waarvan de curator in deze procedure vergoeding vordert. De vordering van de curator komt derhalve ook op deze grond niet voor toewijzing in aanmerking.

31. *Grief IV* houdt in dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat er sprake is van een schuld aan de belastingdienst van € 541.856,-. Nu uit het voorgaande volgt dat de vordering van de curator tegen [appellant] niet wordt toegewezen, laat het hof deze grief bij gebrek aan belang onbesproken.

32. *Grief V* houdt in dat de rechtbank ten onrechte de reconventionele vordering heeft afgewezen. Aan deze vordering heeft [appellant] (kennelijk) ten grondslag gelegd dat de curator jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld door de vordering in conventie tegen hem in te stellen en daarvoor beslag te leggen. Deze onrechtmatigheid is volgens [appellant] gelegen in de omstandigheid dat de curator, zakelijk weergegeven, door het nalaten van voldoende voorafgaand onderzoek de procedure op lichtvaardige gronden heeft ingesteld en, ook toen hij op de hoogte was geraakt van de relevante omstandigheden, de procedure heeft voortgezet. [appellant] is van mening dat de vorderingen van de curator jegens hem nergens op gebaseerd zijn zodat zijn reconventionele vordering moet worden toegewezen.

33. Het hof verwerpt deze grief. Uit de omstandigheid dat de vordering van de curator in hoger beroep wordt afgewezen, volgt op zichzelf niet dat de curator de vordering op zodanig lichtvaardige gronden heeft ingesteld dat dit onrechtmatig moet worden geacht. Het hof is van oordeel dat de curator in de gegeven omstandigheden, waaronder het ontbreken van een boekhouding, de betrokkenheid van – naar de curator kennelijk wist – malafide personen als [naam 2] en het feit dat de jaarrekeningen over verschillende jaren niet tijdig waren gepubliceerd, ook in de periode dat [appellant] bestuurder was, niet onrechtmatig handelde door de vordering ook tegen [appellant] in te stellen en door te zetten.

34. Zowel [appellant] als de curator heeft in hoger beroep een algemeen bewijsaanbod gedaan. Deze aanbiedingen dienen als te vaag – nu zij onvoldoende duidelijk zijn betrokken op voldoende geconcretiseerde stellingen – dan wel niet ter zake dienende – nu geen feiten zijn gesteld die, indien bewezen, tot andere oordelen aanleiding geven – te worden gepasseerd.

Slotsom

De slotsom is dat grief I slaagt, dat het bestreden vonnis, voor zover in conventie gewezen, zal worden vernietigd en de vordering in conventie alsnog zal worden afgewezen. Bij deze uitkomst past, mede gelet op het ondergeschikte belang van de vordering in reconventie, dat de curator als de overwegend in het ongelijk gestelde partij zal worden veroordeeld in de kosten van het geding in eerste aanleg en in hoger beroep als hierna vermeld.

Beslissing

Het hof:

– vernietigt het vonnis waarvan beroep, voor zover in conventie gewezen tussen de curator en [appellant],

en, in zoverre opnieuw recht doende:

- wijst af het in conventie gevorderde;
- veroordeelt de curator in de kosten van de procedure in eerste aanleg in conventie (...; *red.*);
- veroordeelt de curator om al hetgeen [appellant] ter uitvoering van het bestreden vonnis aan de curator heeft voldaan aan [appellant] terug te betalen, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van betaling tot de dag van terugbetaling;

en voorts:

- bekrachtigt het vonnis waarvan beroep, voor zover gewezen tussen de curator en [appellant], voor het overige;
- veroordeelt de curator in de kosten van de procedure in hoger beroep (...; *red.*);
- verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

1. De beslissing om een zieltogende vennootschap aan een katvanger te verkopen, zal in de regel een onrechtmatige daad zijn van de aandeelhouder jegens de crediteuren van de vennootschap. De aandeelhouder verwaarloost met deze beslissing immers ernstig hun belangen. Redres vindt dan plaats op grond van art. 6:162 BW (Peeters/Gatzen). Omdat het een aandeelhoudersbeslissing betreft, zou deze op zich niet tot aansprakelijkheid van de *bestuurder* moeten leiden op grond van art. 2:138/248 BW of enig andere grond. Ik deel wat dat betreft de opvatting van onder andere R.A. Wolf, *Vereniging Corporate Litigation 2016-2017* (VDH nr. 141) 2017, p. 271 e.v. Echter, de zaken liggen wellicht anders althans genuanceerder in “dga-situaties”, zoals in deze zaak, waarin de aandeelhouder en bestuurder dezelfde (natuurlijke) persoon zijn. De bestuurder kan zich in dergelijke gevallen niet verschuilen achter (de beslissing van) de aandeelhouder. Het is immers één en dezelfde persoon en die persoon heeft volledige grip op de overdracht en daarmee ook op de vraag wie de vennootschap na overdracht zal besturen althans het bestuur zal benoemen. Wie het bestuur overneemt, is natuurlijk relevant voor de (behartiging van de) belangen van de crediteuren die er op dat moment al zijn. Deze zorg voor de crediteuren ná overname, gaat (ook) de vertrekkende bestuurder aan en betreft derhalve (ook) een zorgplicht in zijn hoedanigheid van bestuurder. Hij mag het bestuur niet overdragen als hij weet of behoort te weten dat het niet goed zit. Vanuit dit perspectief vind ik het, anders dan Wolf, dus ook niet onjuist dat een bestuurder in een geval waarin hij desondanks het bestuur overdraagt, aansprakelijk wordt gehouden als bestuurder op grond van art. 2:138/248 BW *ondanks* dat hij de beslissing om de vennootschap over te dragen in zijn hoedanigheid van aandeelhouder nam.

2. Ik zie de bevestiging van mijn standpunt in de vele uitspraken van rechtbanken en gerechtshoven over bestuurdersaansprakelijkheid in geval van een katvanger. Wolf heeft ze overzichtelijk op een rij gezet, bijvoorbeeld het vonnis van de Rb. Oost-Brabant 27 februari 2013, [ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ2909](#). De bestuurder had de koper/katvanger gevonden via de website met de veelzeggende naam De-BV-Dokter.nl (“*Binnen 3 dagen is uw BV overgenomen: geen privé-aansprakelijkheid meer.*”) Een recenter voorbeeld is het arrest van het Hof ’s-Hertogenbosch 26 juli 2016, «[JOR](#)» 2017/3, door mij geannoteerd. De bestuurder tevens enig aandeelhouder had geen onderzoek gedaan naar de kopende partij, die een notoire flessentrekker bleek te zijn. De koper had zichzelf aangediend en er werden geen vragen gesteld, ondanks dat de onderneming was ontmanteld en de vennootschap veel meer schulden had dan bezittingen. Na overdracht is de vennootschap misbruikt als kostenplaats en uiteindelijk gefailleerd. Het hof oordeelde:

“(…) van X [mocht] als bestuurder worden verwacht dat hij, onder meer met het oog op de belangen van de crediteuren van de vennootschap, tenminste enig onderzoek zou doen naar de hoedanigheden,

zakelijke achtergrond, financiële gegoedheid en persoonlijke integriteit van de persoon aan wie hij het bestuur en de aandelen van de vennootschap wilde overdragen. Indien X dit, tegen de achtergrond van de concrete omstandigheden van dit geval, heeft nagelaten, dan heeft X ook op dit punt zijn taak als bestuurder kennelijk onbehoorlijk vervuld.”

Het hof hield X voor het boedeltekort aansprakelijk, maar matigde wel tot het bedrag van de schulden op het moment van overdracht. De bestuurder draaide dus niet op voor de schulden die de malafide koper/bestuurder nadien veroorzaakte. Op die manier wordt het causale verband bewaakt.

3. Overigens is het wellicht niet geheel zuiver om van een “katvanger” te spreken omdat daarmee meestal een persoon wordt bedoeld die de werkelijke eigenaar moet verhullen. In deze situaties gaan de eigendom en het bestuur daadwerkelijk over en meestal aan een persoon die de vennootschap vervolgens gaat misbruiken. Maar in zoverre is katvanger wel treffend omdat het doel van de overdracht steeds is om zich te ontdoen van de verantwoordelijkheid voor een dreigende aansprakelijkheid in verband met de zieltogende vennootschap, vooral *als bestuurder*.

4. De (bepalende) invloed van de bestuurder op de overdracht van de vennootschap aan de katvanger hoeft niet altijd gebaseerd te zijn op het feit dat hij tevens (enig) aandeelhouder is. Een variant is de situatie waarin de vertrekkende bestuurder het in zijn macht heeft om de laakbare bestuurswissel plaats te laten vinden door een bestuurswissel in de bestuurder-rechtspersoon. Een dergelijke casus was aan de orde in het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden 2 januari 2018, «JOR» 2018/90, m.nt. Scholten. Net als in het hiervoor genoemde arrest van het Hof 's-Hertogenbosch, was het oordeel van het hof tamelijk streng. Voor kritische opmerkingen verwijs ik naar de annotatie van Scholten, die zelfs meent dat dit arrest voor de praktijk vergaande gevolgen heeft. Het onderhavige arrest (van latere datum) maakt mijns inziens echter duidelijk dat het zo'n vaart voorlopig niet loopt. In tegendeel, het hof toont zich in dit geval naar mijn mening juist erg weinig kritisch.

5. De laakbare bestuursoverdracht komt in dit arrest op drie momenten aan de orde. Eerst in het kader van de beweerde schending van de bewaarplicht van art. 2:10 lid 3 BW en het daaraan gekoppelde bewijsvermoeden van art. 2:138/248 lid 2 BW, daarna als materieel verwijt van kennelijk onbehoorlijk bestuur en ten slotte in het kader van de disculpatie.

6. Ik schets beknopt de feiten. A is al zes jaar lang enig aandeelhouder en bestuurder van de vennootschap. Het wordt niet met zoveel woorden benoemd, maar het lijkt erop dat de vennootschap zich bezighield met detacheringswerkzaamheden. In 2011 constateert de arbeidsinspectie dat de vennootschap zonder vergunning “vreemdelingen” tewerk heeft gesteld, waarna de enige klant van de onderneming de opdracht intrekt. Sindsdien zijn er binnen de vennootschap geen activiteiten meer. In april 2012 legt het Ministerie van SZW een boete op van € 32.000 en kort nadien gaat A op zoek naar een koper, die hij vindt in B. A kent B feitelijk niet, hij kent slechts zijn achternaam. B verricht geen enkel onderzoek naar de vennootschap, maar neemt deze desondanks over voor € 12.500. Vervolgens wordt de vennootschap binnen enkele maanden meermaals verhandeld met net zoveel bestuurswisselingen. In die periode wordt de vennootschap misbruikt voor een zogenoemde btw-carrousel met uiteindelijk het faillissement tot gevolg.

7. De rechtbank heeft A en allen die ná de overdracht bestuurder waren aansprakelijk gehouden voor het boedeltekort. A is de enige die tegen dat vonnis in beroep is gegaan. De beoordeling van het hof begint met de overweging dat een overdracht van het bestuur aan een katvanger op zich een inbreuk is op de plicht die ingevolge art. 2:10 lid 3 BW op de bestuurder rust om de administratie van de vennootschap te bewaren (r.o. 9). Ik kan dat volgen, juist omdat een dergelijke overdracht dikwijls (mede) ten doel heeft om op die manier de administratie (uiteindelijk) te laten verdwijnen. Vgl. Hof Amsterdam 27 mei 1999, «JOR» 2000/234: “De stelling van R. dat hij alle administratie in goed vertrouwen aan Mac Donald heeft overhandigd, acht het hof (...) niet geloofwaardig. Veeleer moet (...) aannemelijk worden geacht dat R. (...) zich willens en wetens van de boekhouding heeft ontdaan.” Ik zie ook een parallel met bijvoorbeeld een schending van de bewaarplicht doordat de bestuurder geen deugdelijke back-up heeft gemaakt van een digitaal gehouden administratie of de fysieke administratie naar Spanje heeft overgebracht (Rb. Amsterdam 25 mei 2016, [ECLI:NL:RBAMS:2016:3331](#)).

8. Maar dan volgt het enigszins verrassende oordeel dat A geen nader onderzoek naar B hoefde te verrichten alvorens de administratie aan B af te geven. Het hof toont zich hier mijns inziens weinig kritisch. Waarom zou iemand een inactieve vennootschap met de nodige schulden, waaronder de voormelde boete, zonder onderzoek overnemen en dan ook nog tegen betaling van € 12.500? Dat roept toch vragen op over de motieven van de koper? Op zijn minst moet dat aanleiding geven tot het stellen van vragen of en hoe de bestaande schuldeisers voldaan zullen worden. Maar A deed dat niet. Hij toonde in het geheel geen interesse in B en zijn plannen met de vennootschap. In de parlementaire geschiedenis is kennelijk onbehoorlijk bestuur geduid als “*roekeloos, lichtzinnig, onbezonnen en onverantwoordelijk gedrag*” (Kamerstukken II 16 631 nr. 3). Was het nalaten door A dat niet? Ik vind helemaal niet(s) vragen toch anders dan – wellicht naïef – vertrouwen op bezwerende mededelingen van de koper. Dat laatste deed zich bijvoorbeeld voor in een andere, vergelijkbare casus van hetzelfde hof enkele maanden eerder (Hof Den Haag 17 oktober 2017, ECLI:GHDHA:2017:2857). In die zaak liet het hof meewegen dat de koper had toegezegd de schulden te zullen voldoen. Daar mocht de bestuurder op vertrouwen. Wellicht ben ik in de onderhavige zaak wat kritischer omdat de motivering in r.o. 10 en 11 mij geenszins overtuigt. Het hof wijst op het feit dat A in de procedure heeft aangegeven dat hij zelf, toen hij zes jaar eerder de onderneming kocht, veel waarde had gehecht aan de koop van een oude vennootschap omdat dat “beter staat”. Verder had A er rekening mee gehouden dat B de vennootschap zou kopen voor de compensabele verliezen. Beide argumenten zijn gebaseerd op “ik dacht” en dat lijkt me gegeven de verdachte omstandigheden onvoldoende rechtvaardiging om geen enkel onderzoek te hoeven doen. Ten slotte vond het hof onvoldoende duidelijk dat de malafide reputatie van B met een eenvoudige zoekopdracht uit Google zou blijken. Dat kan ik niet beoordelen.

9. Met dit oordeel kon het hof in het midden laten of de onderzoeksplicht alleen geldt in een geval van weten of ook in een geval van behoren te weten (r.o. 10). Dat laatste lijkt me evenwel logisch. Anders zou immers volstaan om in verdachte omstandigheden weg te kijken. Het objectiverende “behoren te weten” past bij de onderzoeksplicht in het kader van de zorg voor crediteuren en is ons ook niet vreemd, zie bijvoorbeeld de eerste categorie uit Ontvanger/Roelofsen.

10. Na de constatering dat art. 2:10 BW niet is geschonden, onderzoekt het hof of sprake is van materieel kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het belangrijkste verwijt in dat verband is wederom het roekeloos overdragen van de aandelen en het bestuur aan B. Weinig verrassend oordeelt het hof dat het verwijt ongegrond is. Toch wordt het nog even spannend wanneer het hof in r.o. 18 e.v. constateert dat de jaarrekening 2009 anderhalve maand te laat is gepubliceerd en A geen beroep op een onbelangrijk verzuim heeft gedaan. Het intreden van het bewijsvermoeden is daardoor onvermijdelijk. Het hof volgt nauwgezet de stelplicht- en bewijsregels uit Blue Tomato (HR 30 november 2007, «JOR» 2008/29, m.nt. Borrius). De btw-carrousel wordt begrijpelijk als een andere belangrijke oorzaak van het faillissement geduid en deze wordt niet aan A verweten. Dat neemt niet weg dat A mede aansprakelijk is voor het kennelijk onbehoorlijke bestuur van B en opvolgende bestuurders, nu het een collectieve aansprakelijkheid betreft. Het komt daarom aan op de vraag of A zich ten aanzien daarvan kan disculperen. Voor de derde maal wordt A vrijgepleit (r.o. 27). Ik leid uit de weinig kritische houding van het hof af dat A kennelijk te goeder trouw is beoordeeld en het hof hem daarom met enkele grote passen aan de dans die de rechtbank voor hem in gedachten had, heeft laten ontspringen.

11. Ik merk ten slotte nog op dat het begrijpelijk maar ook jammer is dat het hof zich niet uitlaat over de vraag of het feit dat de jaarrekening 2008 nooit werd gepubliceerd, doorwerkt in die zin dat het (ook) als een onbehoorlijke taakvervulling in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement kwalificeert (in dit geval: 2011 t/m 2013). Daarover is volgens mij nog geen absolute duidelijkheid. Het Hof Amsterdam meende ruim tien jaar geleden dat een dergelijk blijvend verzuim inderdaad doorwerkt (22 november 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BL9421). De Rechtbank Rotterdam meende kort nadien dat het tegendeel het geval is (27 augustus 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BE9550). Ook Wezeman bepleit in zijn proefschrift dat het vermoeden enkel kan intreden voor schendingen van publicaties die in de betrokken drie jaren hadden moeten plaatsvinden, dus niet reeds daarvoor (J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders*, Deventer: Kluwer, 1998, p. 307). Dat lijkt me de juiste benadering omdat het anders neerkomt op een uitbreiding van de temporele werking die de wetgever met lid 6 juist bewust tot drie jaren heeft willen beperken: “*Ingevolge het zesde lid wordt een onbehoorlijke taakvervulling die langer dan drie jaar vóór de faillietverklaring plaats vond niet meer in beschouwing*”

genomen. Zou die beperking in de tijd niet worden genoemd, dan zou de werking van het artikel voor bestuurders (en gewezen bestuurders) al te bezwaarlijk kunnen worden." (Kamerstukken II 16 631 nr. 3).

mr. S.C.M. van Thiel, advocaat bij Evers Soerjatin