

Papieren vermogensverschuivingen en de reikwijdte van art. 2:248 BW

Bb 2017/87

Hoe een 'papieren' vermogensverschuiving verstrekkende gevolgen kan hebben voor een (indirect) bestuurder/aandeelhouder blijkt uit een uitspraak van de Hoge Raad van 10 maart 2017 (HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:215). Uit deze uitspraak blijkt bovendien eens te meer hoe belangrijk het is om tijdig een jaarrekening te deponeren.

1. Feiten

In deze kwestie gaat het om Exiton B.V. (hierna: Exiton); een onderneming die zich bezig hield met de verkoop van kantoorbenodigdheden aan de detailhandel. Exiton Holding B.V. (hierna: Exiton Holding) is bestuurder en enig aandeelhouder van Exiton. Exiton Holding heeft op haar beurt een natuurlijk persoon als bestuurder en enig aandeelhouder (hierna: de bestuurder).

Een belangrijk gegeven is dat de jaarrekening 2009 op 8 april 2011 is gedeponereerd. Dit is te laat. Op de gevolgen van de te late deponering wordt hierna ingegaan.

Op 26 augustus 2008 besluit de bestuurder, tijdens de aandeelhoudersvergadering, om het resultaat van 2007 toe te voegen aan de algemene reserves en om € 440.000 aan dividend beschikbaar te stellen. Dit dividend wordt niet uitgekeerd, maar als schuld van Exiton aan Exiton Holding in de betreffende rekening-courantverhouding geboekt. In de jaarrekening 2007 van Exiton wordt dit als een kortlopende schuld vermeld. Later in 2008 wordt door de bestuurder besloten om het 'uitgekeerde' dividend toch weer aan Exiton ter beschikking te stellen en wel in de vorm van een agioreserve. Op de balans van 2008 staat dit bedrag daardoor aan het einde van dat jaar niet meer als kortlopende schuld vermeld.

In 2009 en 2010 worden er verliezen van respectievelijk € 323.696 en € 127.632 geleden. In de jaarrekeningen van 2009 en 2010 wordt met betrekking tot de continuïteit van de onderneming het volgende opgemerkt:

“(…) gezien de financiële positie van de vennootschap is haar voortbestaan onzeker. Een duurzame voortzetting van de bedrijfsuitoefening is echter niet onmogelijk.”

Desondanks wordt door de bestuurder tijdens de aandeelhoudersvergadering van 19 december 2011 besloten om een deel van de agioreserve (€ 220.000) uit te keren aan Exiton Holding. Ook dit keer blijft het bij een papieren uitkering; het bedrag wordt wederom niet daadwerkelijk betaald, maar enkel in de rekening-courantverhouding tussen Exiton en Exiton Holding verwerkt. Van belang is echter wel

dat vóór de uitkering van de agioreserve Exiton een vordering van € 127.653,39 had op Exiton Holding. Na de uitkering heeft Exiton Holding een vordering van € 107.990,16 op Exiton. De vordering van Exiton slaat dus om in een schuld. Op 25 april 2012 verzoekt de bank van Exiton om toezending van de jaarrekeningen 2010 van Exiton en Exiton Holding. De bestuurder voldoet op 1 juni 2012 aan dit verzoek en op 5 juni 2012 vindt er een bespreking plaats tussen de bestuurder en de bank. Tegen die tijd heeft de bank ook aanvullende gegevens ontvangen van de bestuurder, waarin de uitkering is verwerkt. Tijdens de bespreking dreigt de bank met intrekking van het krediet indien een snelle oplossing voor de situatie van Exiton uitblijft. De bestuurder wacht niet af en kiest ervoor om op 7 juni 2012 het faillissement van Exiton aan te vragen. Het faillissement wordt vervolgens op 12 juni 2012 uitgesproken.

2. Te late deponering en bestuurdersaansprakelijkheid

In art. 2:248 lid 1 BW is bepaald dat een bestuurder aansprakelijk is voor het boedeltekort in een faillissement indien er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Mits aannemelijk is dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Uit art. 2:248 lid 2 BW van datzelfde artikel volgt dat, indien niet is voldaan aan de boekhoudplicht (art. 2:10 BW) of tijdige deponering van de jaarrekening (art. 2:394 BW), er sprake is van een (onweerlegbaar) vermoeden dat de bestuurder zijn bestuurstaken onbehoorlijk heeft vervuld. Deze onbehoorlijke taakvervulling wordt (weerlegbaar) vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn.

Met betrekking tot de termijn voor het tijdig deponeren van de jaarrekening is de wetwijziging van 1 november 2015 van groot belang. Dit heeft namelijk tot gevolg dat de termijn voor het deponeren van de jaarrekening is verkort. Deze wijziging geldt voor jaarrekeningen met betrekking tot boekjaren die op of na 1 januari 2016 aanvangen. Jaarrekeningen van besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid dienen nu binnen (maximaal) 12 maanden na afloop van het boekjaar te zijn gedeponereerd. Voor dergelijke vennootschappen waar alle aandeelhouders tevens bestuurder zijn, dient dit binnen 10 maanden en 8 dagen na afloop van het boekjaar te zijn gebeurd.

Zoals al vermeld is, is de jaarrekening 2009 van Exiton (ruim) te laat gedeponereerd door de bestuurder. Dat betekent dat volgens het wettelijke (onweerlegbare) vermoeden vaststaat dat de bestuurder onbehoorlijk heeft bestuurd. De bestuurder kan hiervoor ook in privé aansprakelijk worden gehouden (art. 2:11 BW). Het is echter mogelijk voor de bestuurder om – ondanks deze negatieve uitgangspositie – alsnog de dans te ontspringen. De bestuurder zal dan aannemelijk moeten maken dat er andere feiten en omstan-

¹ Mr. P. Wijbrands is advocaat en curator bij Certa Legal Advocaten te Amsterdam.

digheden dan de onbehoorlijke taakvervulling zijn aan te wijzen die het faillissement hebben veroorzaakt. Dat het gaat om 'aannemelijk maken' en niet om 'bewijzen' brengt met zich mee dat de lat voor het geven van zekerheid minder hoog ligt. Het is echter niet voldoende dat de bestuurder alleen maar twijfel zaait over wat de oorzaak van het faillissement is geweest, zodat het vermoeden wordt ontzenuwd. Het vermoeden dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement dient te worden weerlegd. Zodra de bestuurder erin is geslaagd om dit vermoeden te weerleggen, is het aan de curator om aannemelijk te maken dat de onbehoorlijke taakvervulling (handelen of juist nalaten te handelen) mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest (HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773). Het voordeel voor de curator is dat afgewacht kan worden waar de bestuurder zich mee zal gaan verweren, om dit dan vervolgens te gaan weerleggen. Het is goed om erbij stil te staan dat het wettelijke bewijsvermoeden van art. 2:248 lid 2 BW niet inhoudt dat de niet-tijdige deponering van de jaarrekening het faillissement heeft veroorzaakt. Uit de niet-tijdige deponering wordt enkel afgeleid dat onbehoorlijk bestuur in algemene zin de belangrijke oorzaak van het faillissement is. De niet-tijdige deponering wordt dan als aanwijzing voor het kennelijke onbehoorlijke bestuur gezien. De bewijslast is op die manier voor de curator verlicht, terwijl de aansprakelijkheid van de bestuurder is verscherpt. Indien er wel tijdig gedeponeerd zou zijn, dan is het voor de curator – zonder de hulp van het wettelijke vermoeden van art. 2:248 lid 2 BW – een grotere uitdaging om aan te tonen dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur en dat dit mogelijke onbehoorlijke bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. In het onderhavige geval is het zo dat de bestuurder de opgelopen achterstand qua bewijslast nog maar moet zien goed te maken.

3. Curator vs. de bestuurder

De curator van Exiton heeft ervoor gekozen om Exiton Holding en de bestuurder in rechte te betrekken. Hij vordert primair betaling van het boedeltekort en subsidiair betaling van de uitgekeerde agioreserve van € 220.000. De bestuurder is van mening dat er andere, externe oorzaken zijn voor het faillissement van Exiton, namelijk onder andere:

1. De marktomstandigheden.
2. De gewijzigde kostenstructuur.
3. Oninbare debiteuren.
4. Liquiditeitskrachte (aanvullende financiering was volgens de bestuurder niet mogelijk).

Deze externe oorzaken worden door de bestuurder onderbouwd door onder meer te stellen dat een grote buitenlandse klant direct ging afnemen bij toeleveranciers, waardoor de omzet van deze klant in de periode 2008-2011 van circa € 3 miljoen afnam tot € 600.000. Verder stelt de bestuurder dat er lange termijnverplichtingen waren aangegaan, zoals investeringen in de magazijninrichting, ICT voorzieningen en het (lease)wagenvak, die niet eenvoudig konden worden bijgesteld. Exiton had volgens de bestuurder ook te kampen

met een grote (buitenlandse) debiteur met een openstaand saldo van € 250.000 wat oninbaar is gebleken. De bestuurder zou ook pogingen hebben gedaan om elders aanvullende financiering te verkrijgen, maar dit is onsuccesvol gebleken. Kortom, uit het verweer van de bestuurder volgt dat hij van mening is dat deze externe oorzaken het faillissement veroorzaakt hebben. Bovendien is hij van mening dat, door de verwerking van de uitkering van de agioreserve, er geen sprake is geweest van een daadwerkelijke betaling aan Exiton Holding en dat deze uitkering derhalve geen invloed gehad zou hebben op de solvabiliteit en de liquiditeit van Exiton.

De curator betwist het gevoerde verweer van de bestuurder en stelt onder meer dat de uitkering tot een afname van het eigen vermogen van Exiton heeft geleid en daardoor tot een vermindering van de waarde van Exiton. Verder viel door de uitkering de vordering op Exiton Holding weg en nam de schuldenlast alleen maar toe. Door de bestuurder is meegevoerd aan en het bevorderen van de uitkering van de agioreserve en hij heeft onvoldoende tegengewicht geboden aan het doen van deze uitkering. In reactie op de aangevoerde externe oorzaken door de bestuurder heeft de curator nog gewezen op de management fee van de bestuurder van € 100.000 per jaar en zijn leasekosten van € 30.000 per jaar. De bestuurder heeft volgens de curator, ondanks dat hiervoor nog tijd was, aangezien de aangevoerde externe oorzaken zich afspeelden in 2007 en 2009, geen maatregelen genomen.

Met betrekking tot het standpunt van de bank heeft de bestuurder (te) weinig informatie aangeleverd. Er was immers (nog) geen sprake van een intrekking van het verleende krediet, maar slechts een waarschuwing dat dit zou kunnen gebeuren. Het staat niet vast dat, indien de uitkering was teruggedraaid, de bank wellicht toch nog aanvullende financiering had willen verzorgen. De bestuurder heeft dit echter niet afgewacht en heeft het faillissement aangevraagd. In dit kader heeft de curator er tot slot nog op gewezen dat de activiteiten uiteindelijk zonder een vergoeding voor goodwill, klantenbestand en orderportefeuille zijn voortgezet. De curator heeft namelijk enkel de handels- en merknaam verkocht. Deze verkoop heeft plaatsgevonden aan Hoex Distribution B.V. De (indirect) bestuurder van Exiton is ook (indirect) bestuurder en enig aandeelhouder van Hoex Distribution B.V. en deze vennootschap houdt zich ook bezig met de verkoop van kantoorbenodigdheden. De bestuurder heeft dus de activiteiten van Exiton via andere vennootschappen voortgezet.

Zowel in eerste aanleg als in de hoger beroep procedure is de bestuurder er niet in geslaagd om de (privé) aansprakelijkheid voor het boedeltekort af te wenden. De vorderingen van de curator zijn in beide instanties toegewezen.

De rechtbank is van mening dat er sprake is van een causaal verband tussen de uitkering van de agioreserve en het faillissement. Volgens de rechtbank heeft de bestuurder de belangen van de aandeelhouder laten prevaleren boven de vennootschappelijke belangen. De rechtbank gaat er bij haar beoordeling vanuit dat de curator twee verwijten maakt: het eerste verwijt betreft de te late deponering van

de jaarrekening en het tweede verwijt betreft het nemen van het agiobesluit. De bestuurder heeft, aldus de rechtbank, het bewijsvermoeden met betrekking tot het eerste verwijt weten te ontzenuwen door andere oorzaken dan de te late deponering aan te voeren als belangrijke oorzaken van het faillissement. Met betrekking tot het tweede verwijt is er volgens de rechtbank wel sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur dat een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

Het hof bekrachtigt de uitspraak van de rechtbank, maar wel met verbetering van de gronden. In haar arrest komt het hof namelijk tot het oordeel dat de bestuurder er niet in is geslaagd het bewijsvermoeden te weerleggen en maakt geen onderscheid tussen de twee verwijten zoals de rechtbank dat doet. Dat is mijns inziens een terechte verbetering. Het hof merkt op dat het verweer van de bestuurder veel vragen opwerpt. Zo zou volgens de bestuurder ten tijde van het agiobesluit 'het lek boven zijn'. Er was op dat moment echter wel sprake van een negatief resultaat van € 100.020. Verder is het hof van mening dat het verweer van de bestuurder niet voldoende is onderbouwd en dat dit verweer niet overtuigend. Het hof komt daarom tot het oordeel dat de bestuurder niet alles heeft gedaan wat mogelijk was om de dreigende liquiditeitskrapte af te wenden en het faillissement te voorkomen.

Ook het ingestelde cassatieberoep heeft geen soelaas geboden; de bestuurder is uiteindelijk aansprakelijk voor het boedeltekort.

Dat de bestuurder op basis van art. 2:248 BW aansprakelijk is gehouden voor het boedeltekort heeft sinds 1 juli 2016 ook tot gevolg dat de bestuurder kan worden geconfronteerd met een bestuursverbod (art. 106a Fw). Op verzoek van de curator of het OM kan de rechtbank een bestuursverbod van maximaal 5 jaar opleggen.

4. Accountant

Gezien de recente ontwikkelingen in het faillissement van Koops Furness, waar de aandeelhouders een schadevergoeding eisen van de accountant, is het interessant om ook (kort) stil te staan bij de positie van de accountant. De bestuurder heeft namelijk het verweer opgeworpen dat hij is overgegaan tot de uitkering op advies van zijn accountant. De bestuurder stelt dat hij zelf niet veel van agio zou hebben begrepen. In de onderhavige gerechtelijke procedure heeft de bestuurder zich niet kunnen verschuilen achter zijn accountant. De vraag kan echter gesteld worden of de accountant door het gegeven advies als een redelijk bekwaam en redelijk handelend accountant heeft gehandeld. Indien de accountant heeft geadviseerd om het besluit tot uitkering van de agioreserve te nemen, dan is dat niet het geval. Ook al heeft de accountant tevens gewaarschuwd voor eventuele aansprakelijkheidsrisico's (HR 2 juli 2010, *NJ* 2012/194). Wellicht dat dit de bestuurder nog een mogelijkheid geeft om de pijn (gedeeltelijk) te verzachten door de accountant aansprakelijk te stellen voor de gevolgen van het gegeven advies. Hierbij dient de bestuurder wel rekening te houden met het leerstuk van de verjaring. De verjaringstermijn be-

gint in ieder geval te lopen op de dag van de dagvaarding van de curator. De accountant kan in dat geval in vrijwaring worden opgeroepen of – binnen 5 jaar na de dag van de dagvaarding – in een separate procedure aansprakelijk worden gesteld.

5. Conclusie

Ondanks dat er sprake lijkt van een onderneming die op het punt van omvallen stond, heeft het niet tijdig deponeren van de jaarrekening de bestuurder in een zeer lastig pakket gebracht. Hierdoor is het onbehoorlijk bestuur komen vast te staan en is de bewijslast te zwaar gebleken om in de discussie met betrekking tot de uitkering van de agioreserve aan te tonen dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur geen belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. De bestuurder heeft zich door zijn handelen (of het nalaten te handelen) de das omgedaan, ook al is er slechts sprake geweest van een papieren vermogensverschuiving. Indien er wel sprake was geweest van een tijdige deponering en het faillissement was aangevraagd zonder de uitkering van de agioreserve, dan is de kans groot dat de bestuurder veel minder pijn had gevoeld dan nu het geval is geweest. De bewijslast met betrekking tot het kennelijk onbehoorlijk bestuur had in dat geval bij de curator gelegen en het is dan nog maar de vraag of die last in dat geval niet te zwaar zou hebben gewogen.