

**JIN 2016/105 Gerechtshof 's-Gravenhage, 01-07-2014, 200.127.230/01,
ECLI:NL:GHDHA:2014:4702 Faillissement vennootschap,
Bestuurdersaansprakelijkheid, Art. 2:248 lid 2 BW**

Wetsbepaling(en): BW BOEK 2 artikel 248

Ook gepubliceerd in: ECLI:NL:GHDHA:2014:4702, INS-Updates.nl 2016-0178 , OR-Updates.nl 2016-0121



Aflevering 2016 afl. 5
Rubriek Ondernemingsrecht
College Gerechtshof 's-Gravenhage
Datum 01 juli 2014
Rolnummer 200.127.230/01
Rechter(s) mr. Van Sandick
mr. Den Hertog
mr. Groos
Mr. John Alfred Velenturf,
handelend in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid The Law B.V.,
woonplaats kiezende te Breda,
appellant in principaal appel,
geïntimeerde in incidenteel appel,
hierna te noemen: de curator,
Partijen advocaat: mr. J.A. Velenturf te Breda,
tegen
[naam],
wonende te [woonplaats],
geïntimeerde in principaal appel,
appellant in incidenteel appel,
hierna te noemen: [L],
advocaat: mr. J.P.M. Borsboom te Rotterdam.
Noot *E.J.H. Zandbergen en S.H.M. Zuidervliet*
Trefwoorden Faillissement vennootschap, Bestuurdersaansprakelijkheid, Art. 2:248 lid 2 BW
Regelgeving BW Boek 2 - 248 lid 2

**JIN 2016/105 Gerechtshof 's-Gravenhage, 01-07-2014, 200.127.230/01,
ECLI:NL:GHDHA:2014:4702
Faillissement vennootschap, Bestuurdersaansprakelijkheid, Art. 2:248 lid 2 BW**

»Samenvatting

Curator stelt bestuurder aansprakelijk wegens te late deponering jaarrekening. De bestuurder heeft hiermee zijn taak onbehoorlijk vervuld, welk vermoeden onweerlegbaar is. De bestuurder draagt onvoldoende tegenbewijs aan voor het vermoeden dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De bestuurder is derhalve jegens de boedel aansprakelijk voor het boedeltekort.

De bestuurder van een inmiddels failliete vennootschap deponeert de jaarrekening 2008 op 2 juni 2010. De bestuurder beroept zich op het feit dat zijn vaste accountant was vertrokken en het ruim een half jaar duurde voordat het accountantskantoor (dat zelf de relevante expertise miste) alsnog de vertrokken accountant toestemming gaf zijn werk voor de vennootschap voort te zetten. Het hof oordeelt dat dit geen onbelangrijk verzuim is, hetgeen leidt tot het onweerlegbare vermoeden dat de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en tot het weerlegbare vermoeden dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. De bestuurder noemt als oorzaken voor het faillissement het achterblijven van de omzet van de niet aan hem gelieerde onderneming die naast zijn vennootschap maat was in de inmiddels ontbonden maatschap alsmede de veronderstelling van de bestuurder dat zijn vennootschap als een van de twee maten slechts de helft van de huur van de maatschap hoefde te betalen. Het hof oordeelt dat deze omstandigheden niet tot de conclusie kunnen leiden dat andere feiten een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. De bestuurder is derhalve aansprakelijk voor het boedeltkort van de failliete vennootschap.

beslissing/besluit

»Uitspraak

Hof:

Het geding

De curator is bij exploit van 15 april 2013 in hoger beroep gekomen van het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Rotterdam van 13 maart 2013. De curator heeft bij memorie van grieven (met producties) tegen voormeld vonnis grieven aangevoerd, die [L] bij memorie van antwoord (met producties) heeft bestreden. Voorts heeft [L] in incidenteel appel tegen voormeld vonnis één grief aangevoerd die de curator bij memorie van antwoord in incidenteel appel heeft bestreden. Vervolgens hebben partijen stukken overlegd voor arrest.

De beoordeling van het hoger beroep

in het principale en in het incidentele appel:

1. In deze zaak kan van de volgende feiten worden uitgegaan.
 - a. [onderneming 1] en [onderneming 2] (hierna: [onderneming 2]) zijn bij overeenkomst van 20 februari 2008 per 1 juli 2007 onder de naam [...] een kostenmaatschap aangegaan (hierna: de maatschap). Het doel van deze maatschap was het delen van kosten van beide vennootschappen in het kader van de door hen individueel uit te oefenen praktijk van advocaat, volgens de in de overeenkomst neergelegde bepalingen.
 - b. De maatschap is per dezelfde ingangsdatum, 1 juli 2007, in de plaats van de maatschap [...] met [...] B.V. (hierna: [B]) een huurovereenkomst aangegaan met betrekking tot een pand aan de [adres] te [plaats]. In dit pand hield de maatschap kantoor.
 - c. De handelsnaam [onderneming 1] is op 27 oktober 2008 gewijzigd in The Law B.V. (hierna: The Law). Op 2 juni 2010 is de statutaire doelstelling van de vennootschap gewijzigd. [L] was sinds 6 juli 1989 bestuurder van [onderneming 1] en vanaf 27 oktober 2008 van The Law. Enig aandeelhouder van [onderneming 1] sinds 6 juli 1989 en nadien van The Law was [...] B.V. (hierna: [M]). [L] is enig aandeelhouder en bestuurder van [M].
 - d. [L] heeft eind 2008 de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid FJL B.V. (hierna: FJL) opgericht.

e. Op 1 november 2008 is de maatschap ontbonden.

f. Op 3 november 2008 zijn goodwill en de inventaris van de maatschap verkocht aan The Law. De inventaris is door The Law op dezelfde datum verkocht aan [M] voor een bedrag van € 11.000,=. De goodwill is door The Law op 6 november 2008 voor een bedrag van € 30.000,= verkocht aan FJL. Beide bedragen zijn tussen The Law en [M] in rekening-courant verrekend.

g. FJL heeft aan [B] per 1 januari 2009 50% van de tussen de maatschap en [B] overeengekomen huurpenningen betaald.

h. [B] heeft op 31 mei 2010 The Law gedagvaard wegens een volgens [B] bestaande vordering tot betaling van onbetaald gebleven huurpenningen. Bij tussenvonnis van 28 januari 2011 heeft de rechtbank Rotterdam, sector kanton, geoordeeld dat The Law naast [onderneming 2] jegens [B] hoofdelijk aansprakelijk was voor de verplichtingen uit de huurovereenkomst tussen [B] en de maatschap.

i. Op 15 maart 2011 is The Law na eigen aangifte in staat van faillissement verklaard met aanstelling van appelland tot curator.

j. De curator heeft op 2 augustus 2012 conservatoir beslag laten leggen op een [L] toebehorende onroerende zaak en op aandelen in [M].

k. De curator heeft [L] bij brief van 4 augustus 2011 aansprakelijk gesteld voor een boedeltekort en [L] verzocht een bedrag van € 422.270,20 binnen veertien dagen te betalen door storting op de derdengeldrekening van de curator. [L] heeft niet aan dit verzoek voldaan.

2. Het hof bespreekt allereerst de stellingen van partijen die betrekking hebben op de vraag of als uitgangspunt heeft te gelden dat [L] zijn taak als bestuurder van The Law onbehoorlijk heeft vervuld doordat de jaarrekening over het boekjaar 2008 op 2 juni 2010 en derhalve niet binnen de in artikel 2:394 BW bedoelde termijn is gedeponneerd.

3. [L] heeft bedoeld uitgangspunt gemotiveerd betwist en in dit verband een beroep gedaan op een aantal feiten en omstandigheden die erop neer komen dat het niet aan [L] is te wijten dat de jaarrekening te laat is gedeponneerd. [L] heeft daartoe het volgende gesteld. Bij brief van 13 augustus 2009 werd [L] over het vertrek van zijn vaste accountant bij DRV geïnformeerd, door het vertrek van deze accountant was bij DRV de expertise op het gebied van advocatenmaatschappen niet meer aanwezig en [L] heeft op korte termijn geen andere accountant kunnen vinden. Volgens [L] heeft hij bij DRV enkele malen geïnformeerd wie de vaste accountant van The Law zou opvolgen. Toen bleek dat DRV niet voor opvolging zou zorgen, heeft [L] – zo begrijpt het hof de stellingen van [L] – gewacht totdat DRV begin maart 2010 de desbetreffende accountant toestemming gaf zijn werk voor [L] en The Law voort te zetten.

4. Het hof overweegt als volgt. [L] had na 13 augustus 2009 kunnen en, gelet op het belang van een tijdige publicatie van de jaarstukken, ook behoren te zorgen voor een opvolgende accountant, toen bleek dat het zijn vaste accountant niet vrijstond na diens vertrek bij DRV accountantswerkzaamheden voor The Law te verrichten. Het hof acht het voor de in geding zijnde vraag niet van beslissende betekenis of de expertise op het gebied van advocatenmaatschappen bij DRV na het vertrek van de accountant van The Law al dan niet meer aanwezig was. Indien deze expertise inderdaad niet meer aanwezig was – [L] heeft zijn stelling op dit punt niet onderbouwd – had dit [L] reeds in of kort na augustus 2009 duidelijk kunnen zijn, zodat de tijd ruimschoots voldoende was geweest om een ander kantoor te vinden waar deze expertise wel aanwezig was. In ieder geval had [L] niet zonder meer mogen afwachten totdat zijn vaste accountant uiteindelijk van DRV de toestemming had verkregen de jaarstukken 2008 op te stellen. Nu [L] dit volgens zijn stellingen wel heeft gedaan, is van een redelijke verklaring voor het verzuim in de zin die [L] daaraan, in het licht van de jurisprudentie waarop hij zich heeft beroepen, wenst toe te kennen, geen sprake.

5. Dit betekent dat de overige door [L] gestelde omstandigheden – de financiële afwikkeling van de maatschap Den Hollander Advocaten en problemen bij het verkrijgen van de gegevens over 2008 van de

toenmalige accountant van de maatschap – het vorenstaande niet anders kunnen doen zijn. Uitgaande van een tijdige opvolging van accountant zouden deze omstandigheden niet tot vertraging hebben geleid, althans het tegendeel is niet gebleken.

6. Het hof gaat eveneens voorbij aan de stelling van [L] dat in 2009 en 2010 geen nieuwe verplichtingen zijn aangegaan die niet zijn afgewikkeld. Beslissend is niet alleen of geen nieuwe verplichtingen zijn aangegaan, maar ook of [L] er op en na 1 januari 2009 voor gezorgd heeft dat lopende verplichtingen van The Law jegens derden werden nagekomen. Het hof moet er op grond van het vonnis van de rechtbank Rotterdam van 28 januari 2011 van uitgaan dat The Law naast [...] Advocaten hoofdelijk verbonden was voor de verplichtingen die uit de huurovereenkomst met [B] voortvloeiden en dat The Law in ieder geval ten aanzien van [B] de lopende verplichtingen niet is nagekomen. The Law heeft vanaf 1 januari 2009 immers slechts 50% van de volgens contract verschuldigde huurpenningen voldaan.

7. Uit het vorenstaande volgt dat er geen sprake is van een onbelangrijk verzuim in de zin van artikel 2:248 lid 2, laatste volzin, BW, hetgeen leidt tot het onweerlegbare vermoeden dat het bestuur van The Law zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en dat [L] als bestuurder alleen dan niet jegens de boedel voor een tekort aansprakelijk is indien het vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement is geweest, wordt weerlegd.

8. [L] heeft als oorzaak van het faillissement de volgende omstandigheden genoemd. Het achterblijven van de omzet van [onderneming 2], hetgeen [L] pas in de tweede helft van 2008 zou hebben gemerkt en de veronderstelling van [L] dat hij niet gehouden was tot betaling van de volledige huursom, welke veronderstelling volgens voormeld vonnis van de rechtbank Rotterdam weliswaar onjuist, maar volgens [L] verontschuldigbaar was.

9. Het hof overweegt als volgt. Voormelde omstandigheden kunnen niet tot de conclusie leiden dat [L] aannemelijk heeft gemaakt dat andere feiten of omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. [L] had zich immers behoren te realiseren dat een afspraak tussen The Law en [onderneming 2] tot verdeling bij helfte van de kosten van de door hen in het kader van de individueel uit te oefenen praktijk van advocaat, voor de rechtsverhouding tot [B] niet beslissend behoefde te zijn. Ditzelfde geldt ten aanzien van de door [L] gestelde regel, inhoudende dat maten in beginsel slechts aansprakelijk zijn voor hun eigen deel. In de rechtsverhouding van de maatschap tot derden kan immers een daarvan afwijkende verdeling zijn afgesproken. Van [L] had in ieder geval verwacht mogen worden dat hij zich hieromtrent bij [B] nader had geïnformeerd. Dit geldt temeer, waar vanaf 1 januari 2009 in ieder geval een gedeelte van het gehuurde bij [L], althans bij The Law, in gebruik was.

10. Voor zover een teruglopende omzet van [onderneming 2] heeft geleid tot het faillissement, heeft [L] evenmin aannemelijk gemaakt dat deze omstandigheid en niet de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Met [onderneming 2] was [L] immers als bestuurder van aanvankelijk [onderneming 1] en nadien The Law een kostenmaatschap aangegaan, zodat mag worden aangenomen dat [L] in ieder geval feitelijk zicht had, althans kon hebben, op de financiële positie van [onderneming 2], te meer waar de inkomsten van beide vennootschappen binnen kwamen op één kantoorrekening.

11. Anders dan [L] acht het hof niet van belang dat afgesproken zou zijn dat “mr. [...] zich met de financiën bemoeide”. Daarmee heeft [L] de feitelijke mogelijkheid inzicht te hebben in de inkomsten en uitgaven van de maatschap niet verloren of prijsgegeven. Evenmin heeft [L] zich aldus van de plicht bevrijd erop toe te zien dat de schuldeisers van de maatschap tijdig werden voldaan. Voor zover [L] met de stelling dat hij “onder toezicht stond van de deken” en dat de deken heeft gezorgd voor een zogeheten stil curator, heeft bedoeld te betogen dat de verantwoordelijkheid van [L] op dit punt door de deken of de stil curator was overgenomen, volgt het hof [L] hierin niet.

12. [L] heeft voor het overige alleen betoogd dat er pas sprake kan zijn van kennelijk onbehoorlijk bestuur wanneer de bestuurder heeft gehandeld zoals geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden gehandeld zou hebben, welke situatie zich hier niet zou hebben voorgedaan. In dit geval

moet echter worden uitgegaan van het onweerlegbare vermoeden dat [L] zijn taak als bestuurder van The Law niet behoorlijk heeft vervuld, zodat [L], door enkel te betwisten dat van kennelijk onbehoorlijk bestuur sprake is geweest, het vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest, niet heeft weerlegd.

13. Het hiervoor overwogene leidt het hof tot de conclusie dat [L] in beginsel aansprakelijk is voor een boedeltekort van The Law.

14. [L] heeft de door de curator gestelde hoogte van het faillissementstekort betwist. Volgens [L] komt de post van € 30.416,33 wegens “gerechtelijke kosten” in ieder geval niet voor vergoeding in aanmerking. Evenmin komt volgens [L] het bedrag van € 39.473,59 wegens “boeten”, althans niet integraal, voor vergoeding in aanmerking. [L] heeft zich voorts beroepen op het bepaalde in artikel 2:248, lid 4 BW. Ter onderbouwing van dit beroep verwijst [L] naar financiële offers die hij zou hebben gebracht en op het door hem gestelde feit dat hij alles heeft gedaan wat in zijn vermogen lag om de maatschap tot een goed einde te brengen.

15. Het hof gaat hieraan voorbij, nu [L] zijn stellingen op dit punt onvoldoende heeft toegelicht en onderbouwd. Het hof acht voorts niet van belang dat de curator niet zou hebben getracht het faillissementstekort te verlagen door een vordering van The Law op [onderneming 2] of op mr. [...] te verhalen dan wel door [onderneming 2] aan te spreken voor de vordering van [B]. Niet alleen is bedoeld vonnis van de rechtbank Rotterdam van 28 januari 2011 tussen [B] en [L] geweest – en niet tussen [B] en mr. [...] – maar ook is van belang dat mr. [...] volgens [L] geen verhaal bood, zoals de curator ter gelegenheid van de comparitie van partijen heeft verklaard en door [L] onvoldoende weersproken is.

16. Ten aanzien van voormelde, door [L] betwiste posten van € 30.416,33 en € 39.473,59 overweegt het hof als volgt. Ter gelegenheid van de comparitie van partijen heeft de curator verklaard dat over het gevorderde voorschot ad € 191.000,= nog geprocedeerd zou moeten worden, maar dat “vooralsnog” het standpunt wordt gehandhaafd dat dit een aannemelijk bedrag is. Nu de curator ook in hoger beroep het bedrag van € 191.000,= niet nader heeft onderbouwd of toegelicht, is het primair door de curator gevorderde niet toewijsbaar, zodat het beroep van [L] op matiging geen bespreking behoeft. De subsidiaire vordering zal echter worden toegewezen.

17. Nu [L] zal worden veroordeeld tot betaling aan de curator van het bedrag van de schulden van The Law voor zover deze niet voor vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, heeft [L] in zoverre geen belang bij een beslissing omtrent de door de curator verlangde uitvoerbaarverklaring bij voorraad, noch bij een zekerheidstelling door de curator in de vorm van een bankgarantie.

18. Uit het hiervoor overwogene volgt dat in principaal appel de grieven 1 tot en met 5 slagen, zodat ook grief 7 slaagt en het hof aan bespreking van grief 6 – dat betrekking heeft op de subsidiaire grondslag – niet toekomt. De grief in het incidentele appel faalt. Het bestreden vonnis zal worden vernietigd en [L] zal worden veroordeeld als hierna te melden. De door de curator over het boedeltekort gevorderde wettelijke rente zal niet worden toegewezen, daar per post in de schadestaatprocedure de datum zal moeten worden vastgesteld waarop ter zake het verzuim is ingetreden.

19. Het hof gaat voorbij aan het bewijsaanbod van [L], nu dit geen betrekking heeft op concrete, zich voor bewijslevering lenende feiten. Evenmin is toegelicht wie van de genoemde personen over welk feitencomplex zou kunnen verklaren. [L] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van de eerste aanleg alsmede in de kosten in zowel het principale appel als in het incidentele appel. Anders dan [L] betoogt, doet zich hier niet de situatie voor dat het hof zonder een daarop gericht incidenteel appel de vraag of het deponeren van de jaarrekening van The Law na de in artikel 2:394 BW bedoelde termijn, is aan te merken als een onbelangrijk verzuim, had moeten beoordelen.

20. Tevens zal [L], zoals door de curator gevorderd, in het principale appel veroordeeld worden tot betaling van de nakosten van € 131,= indien geen betekening plaatsvindt en van € 205,= indien wel betekening plaatsvindt, alsmede tot betaling van de wettelijke rente over de kosten. De wettelijke rente

over de proceskosten zal echter eerst worden toegewezen vanaf de 15e dag na betekening van het te wijzen arrest.

Beslissing

in principaal appel en in incidenteel appel

Het hof:

vernietigt het vonnis van de rechtbank Rotterdam van 13 maart 2013;

en opnieuw rechtdoende:

veroordeelt [L] tot betaling aan de curator het bedrag van de schulden van The Law voor zover deze niet voor vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

veroordeelt [L] in de kosten van de eerste aanleg, tot aan het eindvonnis van 13 maart 2013 aan de zijde van de curator begroot op € 90,64 exploitkosten, € 267,= vast recht en € 2842,= salaris advocaat;

veroordeelt [L] in de kosten van het principale appel aan de zijde van de curator en begroot deze kosten tot aan deze uitspraak op € 95,84 exploitkosten, € 299,= vast recht en op € 894,= salaris advocaat, vermeerderd met de nakosten van € 131,= indien geen betekening plaatsvindt en met € 205,= indien wel betekening plaatsvindt, voormelde kosten te vermeerderen met de wettelijke rente met ingang van de 15e dag na betekening van dit arrest;

veroordeelt [L] in de kosten van het incidentele appel aan de zijde van de curator en begroot deze kosten tot aan deze uitspraak op € 447,= salaris advocaat;

verklaart de proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

»Annotatie

1. De vennootschap The Law B.V. is een van de twee maten in een maatschap. De maatschap gaat een huurovereenkomst aan en wordt een jaar later ontbonden. De verhuurder dagvaardt de maten tot betaling van onbetaald gebleven huurpenningen. De Rechtbank Rotterdam oordeelt in 2011 dat beide maten hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de verplichtingen uit de huurovereenkomst. Kort daarna vraagt The Law B.V. haar eigen faillissement aan. De meest recente jaarrekening, betreffende 2008, is gedeponereerd op 2 juni 2010. De curator stelt de bestuurder van The Law B.V. aansprakelijk op grond van art. 2:248 lid 2 BW.

2. Op grond van art. 2:248 BW is in geval van faillissement van de vennootschap iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het boedeltekort, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. In geval van een niet tijdige deponering van de jaarrekening wordt onweerlegbaar vermoed dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt weerlegbaar vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen.

3. Volgens vaste rechtspraak is het antwoord op de vraag of een overschrijding van art. 2:394 lid 3 BW als een onbelangrijk verzuim kan gelden, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid. Hierbij geldt dat hogere eisen worden gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is en dat stelplicht en bewijslast op de

aangesproken bestuurder rusten (HR 2 februari 1996, «JOR» 1996/15; HR 20 oktober 2006, «JOR» 2006/288; HR 12 juli 2013, «JOR» 2013/300). Het gaat volgens de Hoge Raad in het laatstgenoemde arrest niet om de vraag of de aangevoerde omstandigheden al dan niet tot de risicosfeer van het bestuur behoren, maar om de vraag of die omstandigheden een aanvaardbare verklaring opleveren voor het verzuim van de te late publicatie. Een onbelangrijk verzuim ziet doorgaans op geringe termijnoverschrijdingen van ‘slechts’ enkele dagen (HR 11 juni 1993, *NJ* 1993/713; HR 2 februari 1996, *NJ* 1996/15).

4. In onderhavige casus beroept de bestuurder zich op het feit dat zijn vaste accountant was vertrokken en het accountantskantoor daardoor niet meer over relevante expertise beschikte, terwijl de bestuurder evenmin op korte termijn een andere accountant kon vinden. Hij heeft vervolgens, nadat hij begreep dat het accountantskantoor niet voor opvolging zou zorgen, gewacht totdat het accountantskantoor de vertrokken accountant toestemming gaf zijn werk voor The Law B.V. voort te zetten. Het hof oordeelt dat de bestuurder, gelet op het belang van een tijdige publicatie van de jaarstukken, behoort te zorgen voor een opvolgende accountant, al dan niet bij een ander kantoor. Daarvoor had hij ruimschoots de tijd. In ieder geval had de bestuurder niet zonder meer mogen afwachten totdat zijn vaste accountant uiteindelijk toestemming van zijn accountantskantoor had gekregen om de jaarstukken op te stellen. Van een redelijke verklaring voor het verzuim is derhalve geen sprake. Ook andere door de bestuurder gestelde omstandigheden die verband houden met problemen bij het opstellen van de jaarstukken, maken dit oordeel niet anders. Het hof oordeelt dat uitgaande van een tijdige opvolging van accountant deze omstandigheden niet tot vertraging zouden hebben geleid, althans dat het tegendeel niet is gebleken.

5. Het hof oordeelt dat er geen sprake is van een onbelangrijk verzuim in de zin van art. 2:248 lid 2 BW, hetgeen leidt tot het onweerlegbare vermoeden dat de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en dat de bestuurder alleen dan niet jegens de boedel voor het tekort aansprakelijk is indien het vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement, wordt weerlegd. De bestuurder noemt twee andere oorzaken van het faillissement: de achterblijvende omzet van de andere maat in de maatschap, hetgeen de bestuurder pas in de tweede helft van 2008 zou hebben opgemerkt, en de veronderstelling van de bestuurder dat The Law B.V. slechts gehouden was tot betaling van vijftig procent van de huurpenningen, welke veronderstelling blijktens het vonnis uit 2011 weliswaar onjuist, maar volgens de bestuurder verontschuldigbaar was.

6. Het hof oordeelt dat The Law B.V. een kostenmaatschap met de andere maat was aangegaan, zodat mag worden aangenomen dat de bestuurder in ieder geval feitelijk zicht had, althans kon hebben, op de financiële positie van deze maat, te meer omdat de inkomsten van beide vennootschappen binnenkwamen op één kantoorrekening. De stelling van de bestuurder dat de ander zich met de financiën bemoeide, impliceert niet dat de bestuurder de mogelijkheid tot inzicht in de inkomsten en uitgaven heeft prijsgegeven. Hetzelfde geldt voor de stelling van de bestuurder dat een stil curator was aangesteld. Inzake de huurpenningen oordeelt het hof dat de bestuurder zich had behoren te realiseren dat een onderlinge afspraak tussen de maten voor de rechtsverhouding met de verhuurder niet beslissend behoefde te zijn. Ditzelfde geldt voor de stelling van de bestuurder dat in beginsel een maat slechts pro rata aansprakelijk is, omdat afwijkende afspraken kunnen worden gemaakt en omdat The Law B.V. sinds ontbinding van de maatschap de kantoorruimte is blijven huren. De bestuurder stelt voor het overige enkel dat pas sprake kan zijn van kennelijk onbehoorlijk bestuur wanneer de bestuurder heeft gehandeld zoals geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zou doen. Het hof oordeelt dat louter een betwisting dat sprake zou zijn van kennelijk onbehoorlijk bestuur, geen weerlegging is van het vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Nu ook aan de tweede voorwaarde van art. 2:248 lid 2 BW is voldaan, is de bestuurder aansprakelijk voor het boedeltekort.

7. De bestuurder verweert zich nog met de stelling dat in 2009 en 2010 geen nieuwe verplichtingen zijn aangegaan die niet zijn afgewikkeld. De bestuurder lijkt hiermee te doelen op de Beklamelnorm, op grond waarvan een bestuurder aansprakelijk is indien hij bij het aangaan van een verbintenis wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan de verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren rechtvaardigingsgronden (HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521). Het hof oordeelt dat niet alleen beslissend is of geen nieuwe verplichtingen zijn aangegaan, maar tevens of de bestuurder ervoor

heeft gezorgd dat lopende verplichtingen van The Law B.V. jegens derden werden nagekomen. Het hof oordeelt dat op grond van het vonnis van 28 januari 2011 The Law B.V. verplicht was honderd procent in plaats van de betaalde vijftig procent van de huurpenningen te voldoen en dat The Law B.V. deze verplichting inzake de additionele vijftig procent niet is nagekomen. Het hof lijkt hiermee impliciet te oordelen dat er sprake is van betalingsonwil en dat de bestuurder derhalve aansprakelijk is (*Ontvanger/Roelofsen*, HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758). Of er sprake is van betalingsonwil, is echter de vraag. De bestuurder lijkt van mening te zijn dat The Law B.V., als maat in een maatschap, slechts aansprakelijk is voor vijftig procent van de huurpenningen, welke zijn betaald. Uit het vonnis van 28 januari 2011 blijkt dat The Law B.V. verplicht is tot betaling van honderd procent. Waarschijnlijk was er op dat moment geen sprake van betalingsonwil, maar betalingsonmacht, getuige het feit dat zes weken later The Law B.V. haar eigen faillissement heeft aangevraagd. Zonder nadere motivering, welke ontbreekt, valt niet in te zien dat het oordeel van het hof juist is. Mede omdat dit oordeel niet dragend is voor het arrest, had het hof eenvoudiger kunnen oordelen dat het mogelijk niet van toepassing zijn van de Beklamelnorm niet tot gevolg heeft dat er geen sprake is van aansprakelijkheid op grond van art. 2:248 lid 2 BW.

E.J.H. Zandbergen en S.H.M. Zuidervliet, Fermm advocaten