

Ondernemingsrecht

214
<p>Hoge Raad 10 oktober 2014, nr. 13/04144 ECLI:NL:HR:2014:2932 (mr. Bakels, mr. Streefkerk, mr. Drion, mr. Snijders, mr. Polak) (concl. A-G mr. Timmerman (niet opgenomen; Red.)) Noot L. Krieckaert en R.A. Wolf</p>
<p>Administratieplicht. Publicatieplicht. Bestuurdersaansprakelijkheid.</p>
<p>De verwijzing van het hof naar het arrest Brens q.q./Sarper betekent niet dat het hof de stellingen van de curator heeft beoordeeld aan de hand van een andere maatstaf dan die van art. 2:10 lid 1 BW. Het hof heeft evenmin miskend dat voor het antwoord op de vraag of de boekhouding voldoet aan de daaraan aan te stellen eisen, ook andere elementen daarvan van belang kunnen zijn dan de debiteuren- en crediteurenpositie en de stand van de liquiditeiten.</p>
[BW art. 2:10, 2:248, 2:394]

Onderdeel 1.1 van het middel voert aan dat de curator mede aan zijn vorderingen ten grondslag heeft gelegd dat [verweerders] als statutair of feitelijk bestuurders van FSM hun taak onbehoorlijk hebben vervuld door in het kader van de management buy-out FSM een lening te doen verstrekken aan MPE zonder dat daarvoor zekerheden werden bedongen, terwijl die lening, kort gezegd, niet verantwoord was, gelet op de financiële situatie waarin FSM zich bevond en de markt waarin zij opereerde (memorie van grieven 72-81). Het onderdeel klaagt dat het hof niet op deze grondslag van de vorderingen heeft beslist.

Het onderdeel is gegrond. Het hof is in zijn arrest niet ingegaan op deze grondslag van de vorderingen, die de toewijzing ervan kan dragen. De beslissing van het hof is daarom niet naar behoren gemotiveerd.

Onderdeel 2 komt in de eerste plaats op tegen de maatstaf die het hof heeft gehanteerd bij de beantwoording van de vraag of het bestuur van FSM heeft voldaan aan de boekhoudplicht van art. 2:10 BW.

Het klaagt dat het hof ten onrechte, onder verwijzing naar Hoge Raad 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0994, NJ 1993/713 (Brens q.q./Sarper), heeft geoordeeld dat aan die plicht is voldaan "indien de boekhouding van een zodanig niveau is dat men snel inzicht kan krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en deze posities en de stand van de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie". Volgens het onderdeel heeft het hof hiermee een te beperkte uitleg gegeven aan de wettelijke boekhoudplicht.

Volgens art. 2:10 lid 1 BW is het bestuur verplicht van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen

worden gekend. In het arrest NJ heeft de Hoge Raad niet een hiervan afwijkende maatstaf geformuleerd, maar slechts geoordeeld dat hetgeen de feitenrechter in die zaak omtrent de betekenis van de (deels gelijklopende) voorganger van het artikel had overwogen (art. 2:14 (oud) BW), geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting. Het hiervoor in 3.5.2 overwogene brengt mee dat de verwijzing van het hof naar het arrest Brens q.q./Sarper niet betekent dat het hof de stellingen van de curator heeft beoordeeld aan de hand van een andere maatstaf dan die van art. 2:10 lid 1 BW. Het hof heeft evenmin miskend, zoals blijkt uit rov. 4.9.2-4.9.3 van zijn arrest, dat voor het antwoord op de vraag of de boekhouding voldoet aan de daaraan aan te stellen eisen, ook andere elementen daarvan van belang kunnen zijn dan de debiteuren- en crediteurenpositie en de stand van de liquiditeiten. De klacht van het onderdeel kan dus niet tot cassatie leiden.

Remco Johannes Maria Cornelis Rosbeek, handelend in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van FSM Europe BV, kantoorhoudende te Maastricht-Airport, gemeente Beek,

Eiser tot cassatie,

advocaten: mr. A. Knigge en mr. D.A. van der Kooij,

tegen

1. [verweerder 1], wonende te [woonplaats],

2. [verweerder 2], wonende te [woonplaats],

3. [verweerder 3], wonende te [woonplaats],

Verweerders in cassatie,

advocaat: mr. R.J. van Galen.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als de curator en [verweerders]

Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

a. de vonnissen in de zaak 144593/HA ZA 09-1252 van de rechtbank Maastricht van 12 mei 2010 en 12 oktober 2011;

b. het arrest in de zaak HD 200.099.979/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 23 april 2013.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft de curator beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

[verweerders] hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor [verweerders] mede door mr. B.F. Assink.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Timmerman strekt tot vernietiging van het bestreden arrest.

De advocaten van de curator hebben bij brief van 4 juli 2014 op die conclusie gereageerd.

3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van het volgende.

(i) Op 2 februari 2005 is FSM Europe BV (hierna: FSM) in staat van faillissement verklaard, met benoeming van de curator in die hoedanigheid.

(ii) FSM was aanvankelijk een divisie van Philips Display Components. Vanaf 1998 is FSM ontvlochten uit Philips Display Components. FSM produceerde daarna zelfstandig voor de fotografische en de elektronische industrie. LG.Philips Displays

(hierna: LPD) was één van de grootste afnemers van FSM. LPD is begin 2006 in staat van faillissement verklaard.

(iii) Op 9 oktober 2003 heeft Micro Precision Etching Holding BV (hierna: MPE) door middel van een management buy out alle aandelen in FSM gekocht van SILLC Europe LLC.

(iv) [verweerders], die ten tijde van de koop deel uitmaakten van het managementteam van FSM, zijn door middel van hun persoonlijke holdings bestuurder van MPE en vanaf 10 oktober 2003 via MPE (indirect) bestuurder van FSM. [verweerder 3] was in de periode van 26 september 2003 tot en met 31 oktober 2003 bestuurder van FSM.

(v) In opdracht van de curator is een onderzoek ingesteld naar de boekhouding van FSM over de periode van 28 september 2003 tot en met 31 januari 2005.

(vi) Bij brief van 25 maart 2008 heeft de curator [verweerders] als indirect bestuurders van FSM aansprakelijk gesteld voor het faillissementstekort van FSM.

3.2 De curator vordert in dit geding een verklaring voor recht dat [verweerders] hoofdelijk aansprakelijk zijn uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid als bedoeld in art. 2:248 BW. Voorts vordert de curator [verweerders] hoofdelijk te veroordelen tot betaling van het faillissementstekort. Aan deze vordering heeft hij ten grondslag gelegd dat de bestuurders van FSM niet voldaan hebben aan de boekhoudverplichtingen van art. 2:10 BW en dat de bestuurders gehandeld hebben in strijd met art. 2:207c (oud) BW. In hoger beroep heeft de curator tevens schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad gevorderd.

3.3 De rechtbank heeft de vorderingen van de curator afgewezen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Daartoe heeft het, samengevat weergegeven, als volgt overwogen.

De door de curator gestelde administratieve gebreken leveren noch afzonderlijk noch in onderlinge samenhang bezien een schending op van de boekhoudplicht van art. 2:10 BW, althans heeft de curator dit onvoldoende onderbouwd (rov. 4.9.1-4.9.4 van zijn arrest). Bovendien hebben [verweerders] voldoende aannemelijk gemaakt dat andere feiten of omstandigheden dan een schending van de boekhoudplicht van art. 2:10 BW een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest, zodat het vermoeden van art. 2:248 lid 2 BW is ontzenuwd (rov. 4.9.5).

Niet is komen vast te staan dat [verweerders] door de wijze van financiering van de management buy out de belangen van FSM hebben geschaad, of dat zij hun taak als (statutair of feitelijk) bestuurder onbehoorlijk jegens FSM hebben vervuld (rov. 4.10-4.18.10). Ook de door de curator gestelde onrechtmatige daad van [verweerders] is niet komen vast te staan (de tweede rov. 4.18).

3.4.1 Onderdeel 1.1 van het middel voert aan dat de curator mede aan zijn vorderingen ten grondslag heeft gelegd dat [verweerders] als statutair of feitelijk bestuurders van FSM hun taak onbehoorlijk hebben vervuld door in het kader van de management buy out FSM een lening te doen verstrekken aan MPE zonder dat daarvoor zekerheden werden bedongen, terwijl die lening, kort gezegd, niet verantwoord was gelet op de financiële situatie waarin FSM zich bevond en de markt waarin zij opereerde (memorie van grieven 72-81). Het onderdeel klaagt dat het hof niet op deze grondslag van de vorderingen heeft beslist.

3.4.2 Het onderdeel is gegrond. Het hof is in zijn arrest niet ingegaan op deze grondslag van de vorderingen, die de toewijzing ervan kan dragen. De beslissing van het hof is daarom niet naar behoren gemotiveerd.

3.5.1 Onderdeel 2 komt in de eerste plaats op tegen de maatstaf die het hof heeft gehanteerd bij de beantwoording van de vraag

of het bestuur van FSM heeft voldaan aan de boekhoudplicht van art. 2:10 BW.

Het klaagt dat het hof ten onrechte, onder verwijzing naar HR 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0994, NJ 1993/713 (Brens q.q./Sarper), heeft geoordeeld dat aan die plicht is voldaan "indien de boekhouding van een zodanig niveau is dat men snel inzicht kan krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en deze posities en de stand van de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie". Volgens het onderdeel heeft het hof hiermee een te beperkte uitleg gegeven aan de wettelijke boekhoudplicht.

3.5.2 Volgens art. 2:10 lid 1 BW is het bestuur verplicht van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend. In het arrest Brens q.q./Sarper heeft de Hoge Raad niet een hiervan afwijkende maatstaf geformuleerd, maar slechts geoordeeld dat hetgeen de feitenrechter in die zaak omtrent de betekenis van de (deels gelijklopende) voorganger van het artikel had overwogen (art. 2:14 (oud) BW), geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting.

3.5.3 Het hiervoor in 3.5.2 overwogene brengt mee dat de verwijzing van het hof naar het arrest Brens q.q./Sarper niet betekent dat het hof de stellingen van de curator heeft beoordeeld aan de hand van een andere maatstaf dan die van art. 2:10 lid 1 BW. Het hof heeft evenmin miskend, zoals blijkt uit rov. 4.9.2-4.9.3 van zijn arrest, dat voor het antwoord op de vraag of de boekhouding voldoet aan de daaraan aan te stellen eisen, ook andere elementen daarvan van belang kunnen zijn dan de debiteuren- en crediteurenpositie en de stand van de liquiditeiten. De klacht van het onderdeel kan dus niet tot cassatie leiden.

3.6 Ook de overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 23 april 2013;

verwijst het geding naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt [verweerders] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de curator begroot op € 2019,89 aan verschotten en € 2600,- voor salaris.

NOOT

1. *Inleiding.* FSM Europe B.V. ('FSM') heeft tot eind jaren negentig onderdeel uitgemaakt van het Philips-concern, waarbinnen FSM belast was met het etsen van zogenaamde schaduwmaskers voor beeldbuizen van televisies. Na te zijn ontvlochten uit het Philips-concern heeft FSM enkele jaren zelfstandig onderdelen geproduceerd voor de beeldbuizenindustrie. Rademakers, Vroomen en Dirks ('Rademakers c.s.') waren via tussengelegen vennootschappen aandeelhouders en bestuurders van FSM. Op 2 februari 2005 is FSM in staat van faillissement verklaard, waarna in opdracht van de curator een onderzoek is ingesteld naar de boekhouding van FSM. Nadat dit onderzoek was afgerond, heeft de curator Rademakers c.s. op grond van art. 2:248 jo 2:11 BW

aansprakelijk gesteld voor het faillissementstekort van FSM. Daar heeft de curator onder meer aan ten grondslag gelegd dat Rademakers c.s. niet hebben voldaan aan de op hen als (middellijk) bestuurders rustende administratieplicht ex art. 2:10 BW. De rechtbank heeft de vorderingen van de curator afgewezen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Zie Hof 's-Hertogenbosch 23 april 2013, «JOR» 2013/169 m.nt. Van Thiel. De meest in het oog springende cassatieklacht heeft betrekking op de maatstaf die het hof heeft gehanteerd bij beantwoording van de vraag of Rademakers c.s. hebben voldaan aan de op hen rustende administratieplicht ex art. 2:10 BW.

2. *De administratieplicht.* Art. 2:10 BW verplicht het bestuur, kort gezegd, een administratie te voeren waaruit te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend. De niet-nakoming daarvan zou de curator voor grote bewijsproblemen kunnen stellen. Op grond van art. 2:248 lid 1 BW is voor aansprakelijkheid van het bestuur namelijk vereist dat (a) het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en (b) aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het is aan de curator om dat te bewijzen c.q. aannemelijk te maken, met dien verstande dat art. 2:248 lid 2 BW voorziet in – voor de curator gunstige – bewijsvermoedens. In dat artikellid is bepaald dat schending van de administratie- of de publicatieplicht ex art. 2:10 BW respectievelijk art. 2:394 BW ertoe leidt dat (a) vast staat dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en (b) wordt vermoed dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het is dan vervolgens aan het aangesproken bestuur om aannemelijk te maken dat andere feiten en omstandigheden dan onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Slaag het bestuur daarin, dan is het in art. 2:248 lid 2 BW neergelegde vermoeden ontzenuwd en ligt het op de weg van de curator om op de voet van art. 2:248 lid 1 BW alsnog aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Zie HR 23 november 2001, «JOR» 2002/4 m.nt. Blanco Fernández (Vlimeta), HR 20 oktober 2006, «JOR» 2006/288 m.nt. Borrius (Van Schilt) en HR 30 november 2007, «JOR» 2008/29 m.nt. Borrius (Blue Tomato).

3. Om te bepalen of de curator zich kan beroepen op de in art. 2:248 lid 2 BW opgenomen bewijsvermoedens, is dus vooraleerst van belang vast te stellen of sprake is van schending van de administratie- of publicatieplicht. Voor wat betreft de publicatieplicht is dat relatief eenvoudig, aangezien openbaarmaking van de jaarrekening is gekoppeld aan in de wet vastgelegde termijnen. Uiterlijk dertien maanden na afloop van het boekjaar dient de jaarrekening te zijn gepubliceerd (art. 2:294 lid 3 BW). Met betrekking tot de administratieplicht van art. 2:10 BW geldt dat de Hoge Raad in het arrest Brens q.q./Sarper (HR 11 juni 1993, NJ 1993/713 m.nt. Majier) de ter zake door het hof geformuleerd maatstaf heeft gesanctioneerd. Het hof oordeelde eerder dat aan de eisen van art. 2:10 BW was voldaan, nu de door Sarper gevoerde administratie zodanig was dat men “*snel inzicht kan krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment*” en dat “*deze posities en stand van de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie*”. Deze maatstaf wordt, onder verwijzing naar het arrest Brens q.q./Sarper, ook door de rechtbank en het hof gehanteerd in de door de curator van FSM tegen Rademakers c.s. gevoerde procedures. Beiden oordelen uiteindelijk dat Rademakers c.s. de op hen rustende administratieplicht ex art. 2:10 BW niet hebben geschonden. Het hof refereert daarbij veelvuldig aan het (snelle) inzicht in de vermogenspositie van FSM (r.o. 4.9.3). In cassatie klaagt de curator dat het hof een te

beperkte uitleg heeft gegeven aan de wettelijke administratieplicht. Dat wil zeggen: de in art. 2:10 BW opgenomen administratieplicht zou meer omvatten dan het bieden van een (snel) inzicht in de vermogenspositie van FSM, aldus de curator.

4. De Hoge Raad oordeelt in r.o. 3.5.2 dat in het arrest Brens q.q./Sarper niet een van art. 2:10 BW afwijkende maatstaf is geformuleerd, en in r.o. 3.5.3 dat de verwijzing van het hof naar het arrest Brens q.q./Sarper niet betekent dat het hof de stellingen van de curator van FSM heeft beoordeeld aan een andere maatstaf dan die van art. 2:10 BW. Het valt niet te ontkennen dat de Hoge Raad hiermee een welwillende lezing aan het door de curator van FSM bestreden arrest lijkt te geven, maar met de uitkomst valt te leven. Daarbij is mijns inziens van belang dat de bewijsvermoedens van art. 2:248 lid 2 BW destijds zijn geïntroduceerd met het oog op vennootschappen waarbij een administratie (vrijwel) geheel ontbreekt, de zogeheten schoenendoosadministraties. Zie Kamerstukken II, 1980-1981, 16 631, nr. 3, p. 4 en Kamerstukken I, 1985-1986, 16 631, nr. 27b, p.13. Met name in die gevallen zou de curator zich, zonder voormelde bewijsvermoedens, voor grote problemen gesteld zien ten aanzien van het bewijs van feiten en omstandigheden die aannemelijk maken dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur dat een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Dat betekent overigens niet dat slechts sprake kan zijn van schending van de administratieplicht ex art. 2:10 BW als een administratie (vrijwel) geheel ontbreekt. De concrete invulling van de administratieplicht hangt af van de aard en de omvang van de onderneming. Bij grote en complexe ondernemingen worden hogere eisen gesteld aan de administratie dan bij kleine eenvoudige ondernemingen. Vgl. Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, «JOR» 2013/237 m.nt. Verboom (Landis). Voor de goede orde: het gaat dan niet per definitie slechts om de debiteuren- en crediteurenpositie en de stand van de liquiditeiten. Bij beantwoording van de vraag of de administratie voldoet aan de daaraan te stellen eisen kunnen ook andere elementen van belang zijn, aldus de Hoge Raad in de voorlaatste zin van r.o. 3.5.3. Denk bijvoorbeeld aan (het ontbreken van) een voorraadadministratie, een onderhanden werkadministratie, een personeelsadministratie, in- en verkoopcontracten en/of vervoerscontracten.

5. De vraag of de gevoerde administratie op alle onderdelen ook daadwerkelijk een getrouw beeld vormt zal veelal een waarderingsvraagstuk zijn, hetgeen niet zonder meer van belang is voor de vraag of is voldaan aan de administratieplicht ex art. 2:10 BW. Vgl. Rechtbank Overijssel 14 februari 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:710. Curatoren zouden er in voorkomende gevallen verstandig aan doen (ook) aannemelijk te maken dat door de betrokken wijze van waardering niet het vereiste redelijke inzicht in de vermogenspositie van failliet kon worden verkregen.

6. *Een onbelangrijk verzuim.* In verband met het voorgaande is verder nog van belang dat in de slotzin van lid 2 van art. 2:248 BW is bepaald dat een “onbelangrijk verzuim” niet in aanmerking genomen wordt. Dat wil zeggen: een schending van de administratie- of publicatieplicht die dermate gering is dat een beroep op de bewijsvermoedens van dat tweede lid niet gerechtvaardigd is. Ten aanzien van de publicatieplicht van art. 2:394 BW volsta ik hier met een verwijzing naar HR 2 februari 1996, NJ 1996/406 (Pfennings/Niederer q.q.), HR 20 oktober 2006, «JOR» 2006/288 m.nt. Borrius (Van Schilt), HR 12 juli 2013, «JIN» 2013/158 m.nt. Krieckaert (X/König q.q.) en HR 1 november 2013, «JIN» 2013/205 m.nt. Krieckaert (Lensink q.q./X). Ten aanzien van de administratieplicht van art. 2:10 BW zijn mij weinig uitspraken bekend waar door het aangesproken bestuur uitdrukkelijk een beroep is gedaan op deze

ontsnappingsmogelijkheid, althans waar ook aan de beoordeling daarvan is toegekomen. Ook in het onderhavige geval is mij niet duidelijk of Rademakers c.s. een dergelijk verweer gevoerd hebben. Dit los van het feit dat aan de beoordeling daarvan niet zou zijn toegekomen, nu het hof heeft geconcludeerd dat Rademakers c.s. de op hen (indirect) rustende administratieplicht überhaupt niet hebben geschonden. Ik acht het niet ondenkbaar dat een onbelangrijk verzuim in relatie tot de administratieplicht eruit zou kunnen bestaan dat bepaalde onderdelen van de administratie ontbreken of inconsistenties en onjuistheden vertonen, maar dat desondanks een redelijk inzicht kan worden verkregen in de vermogenspositie van failliet. Het ontbreken niet verwerken in de administratie van gerealiseerde omzetten zal een geslaagd beroep op de onbelangrijk verzuim regel doorgaans in de weg staan. Vgl. Rb. Rotterdam 19 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9721. De rechtbank oordeelt in die procedure dat de uit de boeken gehouden transacties niet kwalificeren als “*transacties van ondergeschikte betekenis*”, zodat dit verzuim niet kan worden aangemerkt als zijnde een onbelangrijk verzuim. Het is tot slot nog goed op te merken dat de stelplicht en bewijslast voor wat betreft een onbelangrijk verzuim op het aangesproken bestuur rust, althans in ieder geval voor wat betreft de onbelangrijk verzuim regel in relatie tot de publicatieplicht. Zie r.o. 4.3.2 van het hiervoor genoemde Van Schilt-arrest.

7. *Het ontzenuwen van bewijsvermoedens.* Als gezegd zijn rechtbank en hof in het onderhavige geval tot de conclusie gekomen dat Rademakers c.s. de op hen (indirect) rustende administratieplicht niet hebben geschonden. Ten overvloede gaat het hof in r.o. 4.9.5 nog in op de door Rademakers c.s. aangevoerde externe oorzaken van het faillissement van FSM. De belangrijkste daarvan is de door Rademakers c.s. aangevoerde omstandigheid dat de snelle opkomst van de LCD-technologie ertoe heeft geleid dat de markt voor beeldbuizen is ingezakt. De curator heeft deze omstandigheid (en andere) niet voldoende bestreden, zodat Rademakers c.s. volgens het hof ook materieel gezien voldoende aannemelijk hebben gemaakt dat andere feiten en omstandigheden dan een onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement van FSM zijn geweest. De curator is er evenmin in geslaagd om op de voet van art. 2:248 lid 1 BW alsnog aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest, aldus het hof destijds.

L. Krieckaert
Banning N.V.

NOOT

1. Deze zaak gaat over bestuurdersaansprakelijkheid in het geval van faillissement wegens het niet nakomen van de boekhoudplicht van art. 2:10 BW. Hoewel het arrest ook een aantal andere aspecten – zoals art. 2:207c (oud) BW – betreft, behandel ik in deze noot slechts de boekhoudplicht van art. 2:10 BW.

2. In februari 2005 is FSM Europe BV (hierna: ‘FSM’) in staat van faillissement verklaard met benoeming van mr. Rosbeek tot curator, tevens eiser in cassatie. FSM was een divisie van Philips Display Components. In 1998 is FSM uit Philips Display Components ontvlochten. In 2003 vond een management buy-out (MBO) plaats. Ten tijde van deze MBO maakten verweerders in cassatie deel uit van het managementteam van FSM. Verweerders (hierna: ‘de bestuurders’) zijn vanaf het moment van de MBO via hun persoonlijke holding (indirect) bestuurders van FSM. FSM produceerde, als kernactiviteit, schaduwmaskers voor beeldbuizen van televisies en, daarnaast, geëteste producten voor de fotografische en de elektronische industrie. Een van de belangrijkste afnemers van FSM was LG Philips Displays, dat begin 2006 in staat van faillissement is verklaard. Een deskundige heeft in opdracht van de curator een onderzoek ingesteld naar de boekhouding van FSM over de periode vanaf (ongeveer) de MBO tot datum faillissement. In maart 2008 heeft de curator de bestuurders aansprakelijk gesteld voor het faillissementstekort. Op hun beurt hebben de bestuurders een onderzoek doen uitvoeren naar de administratie van FSM.

3. De curator heeft een verklaring voor recht gevorderd dat de bestuurders ex art. 2:248 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn en hoofdelijke betaling gevorderd van het faillissementstekort van ruim € 11 miljoen. De curator heeft aan deze vorderingen onder meer ten grondslag gelegd dat de bestuurders de boekhoudplicht ex art. 2:10 BW hebben verzaakt. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd (Rb. 's-Hertogenbosch, ECLI:GHSHE:2013:BZ8546, «JOR» 2013/169, m.nt. S.C.M. van Thiel). De kernoverweging van het hof over de boekhoudplicht komt erop neer dat de door de curator beweerde administratieve gebreken noch afzonderlijk, noch in onderlinge samenhang gezien een schending van deze boekhoudplicht opleveren. Deze schending heeft de curator onvoldoende onderbouwd, aldus het hof.

4. De curator komt onder meer tegen dit oordeel in cassatie. In zijn cassatiemiddel formuleert de curator eerst een algemene rechtsklacht. De curator betoogt dat het hof een te beperkte uitleg heeft gegeven aan de wettelijke boekhoudplicht, omdat het hof – ten onrechte –, onder verwijzing naar Hoge Raad 11 juni 1993, NJ 1993/713, m.nt. Ma (*Brens q.q./Sarper*), heeft geoordeeld dat aan die plicht is voldaan “indien de boekhouding van een zodanig niveau is dat men snel inzicht kan krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en deze posities en de stand van de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie”.

5. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep op dit punt. De Hoge Raad haalt hierbij de wettekst van art. 2:10 BW aan. Dat artikel stelt dat het bestuur verplicht is van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend. Vervolgens

overweegt de Hoge Raad dat in het arrest *Brens q.q./Sarper* niet een hiervan afwijkende maatstaf is geformuleerd. Dat brengt volgens de Hoge Raad mee dat de verwijzing van het hof naar dat arrest *Brens q.q./Sarper* niet betekent dat het hof de stellingen van de curator heeft beoordeeld aan de hand van een andere maatstaf dan die van art. 2:10 lid 1 BW. Voor het antwoord op de vraag of de boekhouding voldoet aan de daaraan te stellen eisen kunnen ook andere elementen van belang zijn dan de debiteuren- en crediteurenpositie en de stand van de liquiditeiten. De klacht van het onderdeel kan dus niet tot cassatie leiden, aldus de Hoge Raad in r.o. 3.5.3. Ook A-G Timmerman achtte het onderdeel ongegrond.

6. Anders gezegd, komt het arrest erop neer dat de boekhoudplicht van de bestuurder meer is dan alleen het in kaart brengen van de debiteuren- en crediteurenpositie en de stand van de liquiditeiten. Dat volgt immers ook uit de wettekst van art. 2:10 BW. Het lijkt erop dat de Hoge Raad het hof tegemoet is gekomen met de verwijzing van het hof naar het arrest *Brens q.q./Sarper*, uit welke verwijzing wellicht een beperkte opvatting ten aanzien van art. 2:10 BW af te leiden zou zijn, zoals de curator in cassatie betoogt. Deze 'tegenoetkoming' is naar mijn mening af te leiden uit r.o. 3.5.2 van het arrest, waarin de Hoge Raad overweegt dat hij in het arrest *Brens q.q./Sarper* niet een van art. 2:10 BW afwijkende maatstaf heeft geformuleerd, maar slechts heeft geoordeeld dat hetgeen de feitenrechter in die kwestie over de boekhoudplicht onder art. 2:14 (oud) BW heeft overwogen geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting. Met andere woorden, (ook) in *Brens q.q./Sarper* is geen (te) beperkte uitleg van de boekhoudplicht gegeven.

7. De 'tegenoetkoming' van de Hoge Raad wordt begrijpelijker indien kennis wordt genomen van r.o. 4.9.2 van het arrest van het hof. Daarin overweegt het hof dat de administratie van FSM werd gevoerd door middel van een geautomatiseerd boekhoudstelsel, dat de administratie dagelijks werd bijgehouden en dat geen sprake is geweest van wan toestanden, onregelmatigheden of van onttrekkingen. De curator stelde evenwel dat de administratie op een zestal punten incompleet en/of inconsistent was en dat daardoor de boekhoudplicht is geschonden. Drie van deze punten zagen op waardering en activering van vaste activa en vorderingen, een vierde post had betrekking op geboekte kosten, een vijfde post ging over een afboeking van een subsidie (vordering) en de zesde post betrof de afrekening van de WBSO-subsidie. Kort gezegd, betroffen de punten waarderingsvraagstukken en de wijze waarop zij zijn opgenomen in (jaar)verslaglegging. A-G Timmerman achtte het tegen dit oordeel gerichte cassatiemiddel ongegrond, omdat dat oordeel niet onbegrijpelijk is en geen nadere motivering behoefde.

8. Ook in lagere rechtspraak komt dit onderscheid tussen het voeren van een deugdelijke administratie aan de ene kant en waardering van activa en passiva en (jaar)verslaglegging aan de andere kant naar voren. In zijn vonnis van 12 februari 2014 (ECLI:NL:RBOVE:2014:710) overwoog de Rechtbank Overijssel (r.o. 5.11) dat de norm van art. 2:10 BW inhoudt dat de boekhouding inzichtelijk maakt wat de verplichtingen van de rechtspersoon zijn, en niet of die boekhouding een getrouw beeld geeft. De curator stelde in die kwestie dat te hoge posten van immateriële activa en inventaris ervoor zorgden dat de boekhouding geen getrouw beeld gaf van de werkelijke vermogenstoestand van de rechtspersoon. De rechtbank stelt dat dit niet bepalend is voor het antwoord op de vraag of het bestuur heeft voldaan aan de boekhoudplicht, maar (voor zover nodig) aan de orde komt bij de vraag of sprake is van onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:138 lid 1 (en dus niet: lid 2) BW (r.o. 5.12). Het Hof Amsterdam overwoog in een arrest van 22 mei 2012

(ECLI:NL:GHAMS:2012:BX1934, r.o. 3.15) dat "de inhoud van een jaarrekening, laat staan het feit dat die jaarrekening op enig moment wordt herzien, op zichzelf niets zegt over de vraag of de gevoerde administratie voldoet aan de eisen die art. 2:10 BW daaraan stelt".

9. Ik kan mij vinden in het arrest van de Hoge Raad, juist omdat vastgesteld is dat een deugdelijke administratie werd gevoerd. Het uitgangspunt van de bestuurdersaansprakelijkheid van art. 2:138/248 BW is blijkens lid 1 van dat artikel dat vaststaat dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aanmerkelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Het bewijsvermoeden van art. 2:138/248 lid 2 BW geldt in geval van (onder meer) schending van de boekhoudplicht. Het verstrekkende gevolg daarvan is aansprakelijkheid voor het boedeltekort, tenzij (lid 3). Uit *Kamerstukken II 1980/81, 16631, 3, p. 4* (MvT) en *Kamerstukken I 1985/86, 16631, 27b, p. 13* (MvA) volgt dat vooral gedacht is aan de situatie waarin de boekhouding geheel ontbreekt of incompleet is, die de curator aldus geen inzicht kan geven in het door het bestuur gevoerde beheer. Bewijs van onbehoorlijk bestuur zou wegens het ontbreken van die boekhouding moeilijk geleverd kunnen worden. Daarom geldt het bewijsvermoeden. Zie ook sub 3 van de noot van Maeijer onder het *Brens q.q./Sarper*-arrest.

10. De grens tussen het voeren van een deugdelijke administratie en waardering is naar mijn mening echter niet altijd duidelijk te trekken. Het inboeken van facturen en het deugdelijk vastleggen van overeenkomsten is wat anders dan het waarderen van inventaris. De waardering wordt echter wel in de jaarrekening vastgelegd en maakt mede de vermogenspositie van de rechtspersoon. In voorkomend geval zal echter van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9/138/248 lid 1 BW of aansprakelijkheid voor de jaarrekening ex art. 2:139/150/249/260 BW sprake kunnen zijn. Ook kan worden gedacht aan het enquêterecht (art. 2:350 lid 1, 354 en 355 lid 1 BW) en een jaarrekeningprocedure ex art. 2:447 BW.

11. Toch is het jammer dat de Hoge Raad het slechts laat bij de overweging dat voor het antwoord op de vraag of de boekhouding voldoet aan de daaraan te stellen eisen ook andere elementen daarvan van belang kunnen zijn dan de debiteuren- en crediteurenpositie en de stand van de liquiditeiten. Art. 2:10 BW is een algemene norm of maatstaf (die dus volgens de Hoge Raad ruim moet worden opgevat), zoals ook art. 2:8 BW. Voor de rechtspraak zijn deze open normen voer voor discussie en veel jurisprudentie. Aan de ene kant kan de wetgever onmogelijk in een bepaling alle concrete situaties vatten, aan de andere kant heeft de ondernemer behoefte aan duidelijkheid.

12. De ruime open norm van art. 2:10 BW kan nader worden ingevuld door het antwoord op de vraag welk doel de administratie van de rechtspersoon dient. In het *Landis*-vonnis van 19 juni 2013 overweegt de Rechtbank Midden-Nederland in r.o. 8.2.6 («JOR» 2013/237, m.nt. U.B. Verboom), na een zoektocht wat het begrip 'administratie' inhoudt, dat de administratie van een onderneming bestaat uit (i) het administratieproces, bestaande uit het geheel van procedures en technieken, dat gericht is op het verkrijgen, vastleggen, verwerken en verstrekken van informatie en (ii) het product van dat administratieproces, zoals dat schriftelijk, digitaal of anderszins is weergegeven. De administratie als informatiebron en doel dus. Tegen dat doel hanteert de Rechtbank Midden-Nederland de maatstaf van het *Brens q.q./Sarper*-arrest. In de literatuur worden daarnaast drie andere doelen onderkend: (i) het besturen van de onderneming, (ii) de uitvoering van de binnen de onderneming te verrichten werkzaamheden en (iii) de voorbereiding op de verantwoording die over de gang van zaken in de onderneming

moet worden afgelegd (zie B.F. Assink en W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht 2013*, Deventer: Kluwer 2013, p. 288 en C.M. Harmsen, *Tvl 2014/27*). Het lijkt mij dat het doel van het zijn van informatiebron aan deze drie doelen voorafgaat. 13. Deze vier doelen kleuren de boekhoudplicht en kunnen in voorkomend geval bij rechterlijke toetsing richting geven. Het arrest laat daarvoor naar mijn mening ook ruimte, daar waar de Hoge Raad overweegt dat ook 'andere elementen' van de boekhouding van belang kunnen zijn. De aard, de omvang en de werkzaamheden van de rechtspersoon kunnen eveneens richting geven, zo komt mij voor.

14. In lagere rechtspraak vindt de maatstaf van het *Brens q.q./Sarper*-arrest regelmatig navolging. Zie bijvoorbeeld Rechtbank 's-Gravenhage 27 mei 2009, «JOR» 2009/219, m.nt. C.M. Harmsen, r.o. 4.8 en Rechtbank Oost-Nederland 27 maart 2013, «JOR» 2013/201, m.nt. C.M. Harmsen, r.o. 4.8. Soms wordt deze maatstaf en de open norm van art. 2:10 BW enigszins ingevuld. Zo overwoog Hof Leeuwarden in het arrest van 3 april 2012 (ECLI:NL:GHLEE:2012:BW0725) – onder verwijzing naar art. 2:10 BW, het arrest *Brens q.q./Sarper* en Hof Leeuwarden 30 januari 2008, «JOR» 2008/89, m.nt. Assink – “*dat de administratie van een rechtspersoon moet worden gevoerd 'naar de eisen die voortvloeien uit de werkzaamheden van die rechtspersoon', mee brengt dat de inrichting van de administratie niet voor iedere rechtspersoon aan dezelfde eisen zal hoeven te voldoen. Die eisen hangen mede af van de aard en opzet, alsmede de organisatie van de onderneming van de rechtspersoon en haar werkzaamheden*” (r.o. 3.5). “*Daarbij gaat het erom dat het bestuur op verantwoordelijke wijze beslissingen kan nemen op basis van betrouwbare informatie over de financiële positie van de vennootschap en dat uit die informatie, ook voor een faillissementscurator, een eenduidig en getrouw beeld volgt van de rechten verplichtingen van de rechtspersoon*”, aldus het hof in r.o. 3.6 van dat arrest. Het hof overwoog voorts dat gelet op deze grote mate van verwevenheid tussen de groepsvennootschappen, de boekhoudverplichting meebracht dat er een deugdelijke administratie, die echter nagenoeg ontbrak, werd bijgehouden waaruit onder meer herleidbaar en controleerbaar was welke bedragen de groepsvennootschappen op welke gronden aan elkaar verschuldigd waren. Daarnaast ontbrak een voorraadadministratie. Het hof concludeerde dat niet aan de boekhoudverplichting is voldaan, omdat “de administratie een dermate grote mate van vrijblijvendheid en oncontroleerbaarheid vertoont”. Zie ook Rechtbank Noord-Nederland 6 maart 2014, «JOR» 2014/64, m.nt. S.C.M. van Thiel, r.o. 2.15.

15. In de lagere rechtspraak wordt het *Rosbeek q.q./X*-arrest inmiddels opgepakt. Elf dagen na dat arrest overwoog Hof Arnhem-Leeuwarden in een arrest van 21 oktober 2014 (ECLI:NL:GHARL:2014:8067) in het kader van de maatstaf van toetsing van art. 2:10 BW dat de bestuurders zich niet kunnen verschuilen achter hun taakverdeling en dat de accountantscontrole zodanig beperkt was gebleven dat de (in)directe bestuurders zich niet ontslagen konden achten van hun verplichting tot adequaat toezicht en controle op de administratievoering door de administrateur (r.o. 3.29-3.31). Aansprakelijkheid ex art. 2:9 jo. 2:11 BW volgde.

16. Art. 2:10 lid 1 BW bevat overigens slechts minimumvereisten die de wet stelt aan de 'aantekeningen', in welke hedendaagse vorm dan ook, over de vermogenstoestand van de rechtspersoon. Het minimumvereiste is dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend (*Kamerstukken II 1984/85, 17725, 7, p. 15 (MvA)*). Daarnaast volgt uit Hoge Raad 23 november 2001, NJ 2002/95, m.nt. Ma (*Vlimeta*) dat ook de feitelijke bestuurder moet voldoen aan het bepaalde in art. 2:10 BW. Het niet voldoen aan de

boekhoudverplichting kan ook strafrechtelijke sancties in de zin van art. 336, 342 en 343 Sr hebben.

17. Toch heeft de curator in het *Rosbeek q.q./X*-arrest succes. Het hof had namelijk verzuimd in te gaan op een andere grondslag van de vorderingen van de curator. De curator had namelijk gesteld dat de bestuurders van FSM hun taak onbehoorlijk hebben vervuld door in het kader van de MBO FSM een onverantwoorde lening te doen verstrekken aan de koper van de aandelen van FSM en bovendien zonder dat daarvoor zekerheden werden bedongen. De Hoge Raad casseert op dit punt.

R.A. Wolf

Steins Bisschop & Schepel Advocaten
Universiteit Leiden en Universiteit Maastricht (ICGI)

215

Hoge Raad
31 oktober 2014, nr. 13/01712
ECLI:NL:HR:2014:3080
(mr. Numann, mr. Drion, mr. Snijders,
mr. De Groot, mr. Tanja-van den Broek)
Noot E.A. van de Kuilen en N.R.M. Huijben

Faillissementsrecht. Onverschuldigde betaling aan gefailleerde. Onmiskerbare vergissing? Ontvanger/Hamm q.q.

Het hof heeft de maatstaf van Ontvanger/Hamm q.q. en Van der Werff q.q./BLG toegepast. Vernietiging van het arrest van het hof omdat CZ Zorgkantoor ten aanzien van de subsidiaire vordering, te weten dat sprake is van een normale boedelvordering, geen belang had. Beslissend is de toestand van de boedel op het tijdstip dat de slotuitdeling plaatsvindt. Het middel klaagt derhalve terecht dat het hof zijn oordeel heeft beperkt tot de toestand van de boedel op het tijdstip van het wijzen van zijn arrest.

[BW art. 6:203]

Indien tijdens het faillissement onverschuldigd aan de boedel wordt betaald, leidt dit in beginsel tot een concurrente boedelvordering. Wanneer echter tussen de gefailleerde en degene die aan hem betaalde geen rechtsverhouding bestaat of heeft bestaan die aanleiding tot de betaling gaf, en de betaling slechts het gevolg is van een onmiskerbare vergissing, handelt de curator, die wordt geconfronteerd met een zodanige onmiskerbare vergissing, in overeenstemming met hetgeen in het maatschappelijk verkeer als betamelijk wordt beschouwd indien hij meewerkt aan het ongedaan maken van die vergissing (HR 6 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, NJ 1998/437, Ontvanger/Hamm q.q.). De hiermee corresponderende verplichting van de curator bestaat slechts wanneer geen rechtsverhouding tussen de betaler en de gefailleerde bestaat of heeft bestaan die de betaler, de gefailleerde of de curator aanleiding kon geven te veronderstellen dat er (mogelijk) wél een rechtsgrond aanwezig was voor de betaling in kwestie. In dat geval valt voor geen van de betrokkenen te miskennen dat de betaling bij vergissing is verricht, omdat duidelijk is dat zij bij gebreke van enige rechtsverhouding noch voor de gefailleerde noch voor de curator bestemd was, dan wel omdat evident is dat de rechtsverhouding die tussen de betaler en de gefailleerde wél be-