

JOR 2016/152 Rechtbank Noord-Nederland, 03-02-2016, HA ZA 15-8, ECLI:NL:RBNNE:2016:500 Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement, Aanvaardbare verklaring voor te late openbaarmaking jaarrekening, Onbelangrijk verzuim, Toepassing regels Bobo Holding/König q.q. (HR 12 juli 2013, «JOR» 2013/300, m.nt. Van Anandel), Schending van op bestuur als collectief rustende administratieplicht ex art. 2:10 BW, Onbehoorlijke taakvervulling is belangrijke oorzaak van faillissement, Tegenbewijs wettelijk vermoeden i.c. niet mogelijk, Disculpatiemogelijkheid ex art. 2:248 lid 3 BW voor individuele bestuurders, Bewijsopdracht, Tussenvonniss

Wetsbepaling(en):

[BW BOEK 2 artikel 9](#), [BW BOEK 2 artikel 10](#), [BW BOEK 2 artikel 11](#), [BW BOEK 2 artikel 248](#), [BW BOEK 2 artikel 394](#)

Ook gepubliceerd in:

[ECLI:NL:RBNNE:2016:500](#), [OR-Updates.nl 2016-0054](#), [JONDR 2016/581](#), [NJF 2016/370](#), [RO 2016/32](#)

JOR 2016/152, Rechtbank Noord-Nederland, 03-02-2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:500, C/18/153463 / HA ZA 15-8 (annotatie)

Inhoudsindicatie

Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement, Aanvaardbare verklaring voor te late openbaarmaking jaarrekening, Onbelangrijk verzuim, Toepassing regels Bobo Holding/König q.q. (HR 12 juli 2013, «JOR» 2013/300, m.nt. Van Anandel), Schending van op bestuur als collectief rustende administratieplicht ex art. 2:10 BW, Onbehoorlijke taakvervulling is belangrijke oorzaak van faillissement, Tegenbewijs wettelijk vermoeden i.c. niet mogelijk, Disculpatiemogelijkheid ex art. 2:248 lid 3 BW voor individuele bestuurders, Bewijsopdracht, Tussenvonniss

Ga direct naar

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

Gegevens

Instantie	Rechtbank Noord-Nederland zp Groningen
Datum uitspraak	03-02-2016
Publicatie	JOR 2016/152 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 6, 2016
Annotator	• mr. S.C.M. van Thiel
ECLI	ECLI:NL:RBNNE:2016:500
Zaaknummer	C/18/153463 / HA ZA 15-8
Overige publicaties	• ECLI:NL:RBNNE:2016:500 • OR-Updates.nl 2016-0054 • RO 2016/32

- NJF 2016/370
- JONDR 2016/581

Rechtsgebied	Ondernemingsrechtpraktijk
Rubriek	Ondernemingsrecht
Rechters	<ul style="list-style-type: none"> • mr. Dijkstra
Partijen	<p>Mr. C.H.J. van der Maas te Haren (Gr), in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Garage Harmeyer BV, eiser in conventie, verweerder in reconventie, advocaat: mr. P.C. van der Maas, tegen</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. J.W. Harmeyer te Kropswolde, 2. J.M.C. Harmeyer-Schoenbrodt te Kropswolde, 3. Harmeyer Volvo Service BV te Kropswolde, gedaagden in conventie, eiseressen in reconventie, advocaat: mr. J. Faas, 4. Finlife BV te Bolsward, gedaagde in conventie, niet verschenen.
Regelgeving	<ul style="list-style-type: none"> • BW Boek 2 - 9 • BW Boek 2 - 10 • BW Boek 2 - 11 • BW Boek 2 - 248 • BW Boek 2 - 394

Samenvatting

De curator stelt onvoldoende om aan te nemen dat Harmeyer een (directe) feitelijke bestuurder van Garage Harmeyer is ex art. 2:248 lid 7 BW. Dit geldt te meer als in ogenschouw wordt genomen dat in de akte d.d. 24 december 2010 (waarin de koopovereenkomst tussen Harmeyer Volvo Service (HVS) als enig aandeelhouder en bestuurder van Garage Harmeyer en Finlife is neergelegd) is opgenomen dat de aandelen vanaf 1 januari 2011 voor rekening en risico van Finlife worden gehouden, dat vanaf die datum ook de exploitatie van de onderneming voor haar rekening en risico komt, en dat Harmeyer werknemer van Garage Harmeyer wordt. Uit de tekst komt de bedoeling van HVS en Finlife tot uitdrukking dat Finlife vanaf 1 januari 2011 de zeggenschap zou hebben over de vennootschap en, daarmee, het beleid zou bepalen als ware zij haar bestuurder. Gelet hierop moet Finlife daarom vanaf 1 januari 2011 worden beschouwd als de feitelijke bestuurder van Garage Harmeyer.

Op grond van art. 2:11 BW rust de aansprakelijkheid van HVS hoofdelijk op haar bestuurder(s). Dit brengt met zich dat Schoenbrodt hoofdelijk aansprakelijk is voor het handelen van het bestuur van Garage Harmeyer. Omdat Harmeyer het beleid bepaalde als ware hij de bestuurder van HVS, is hij aan te merken als een feitelijke bestuurder van HVS ex art. 2:248 lid 7 BW, zodat ook hij hoofdelijk aansprakelijk is (vgl. HR 14 maart 2008, «JOR» 2008/152, m.nt. Borrius (Lammerts/Aerts q.q.)).

De curator stoelt zijn vordering primair op de stelling dat het bestuur zijn verplichtingen ex art. 2:10 BW en art. 2:394 BW heeft geschonden en dat dit ingevolge art. 2:248 lid 2 BW een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur oplevert die wordt vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. De jaarrekening van Garage Harmeyer over 2009 moest worden gedeponereerd op uiterlijk 1 februari 2011. Deponering vond plaats op 18 maart 2011. Wil sprake zijn van een onbelangrijk verzuim dan zullen de omstandigheden die door Harmeyer c.s. voor dat verzuim worden aangevoerd een

aanvaardbare verklaring moeten opleveren voor de te late publicatie, dat wil zeggen, een verklaring op grond waarvan het verzuim niet is aan te merken als een blijk van een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. Of aan deze maatstaf is voldaan hangt af van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de redenen die tot overschrijding van de termijn hebben geleid, waarbij geldt dat hogere eisen worden gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is en dat de stelplicht en bewijslast op de aangesproken bestuurder rusten (Hoge Raad 12 juli 2013, «JOR» 2013/300, m.nt. Van Andel (Bobo Holding/König q.q.)).

Harmeijer c.s. hebben onweersproken aangevoerd dat de termijn is overschreden door de situatie die naar aanleiding van de problematische aandelentransactie met Finlife ontstond en de daarmee samenhangende vertraging in de levering van de aandelen. Ter terechtzitting is daaraan toegevoegd dat zich in die periode een aantal problemen op het persoonlijke vlak hebben voorgedaan, waaronder een overlijden in de familie. Ook is onweersproken aangevoerd dat de jaarrekening gereed lag voor publicatie. Een overschrijding van de termijn van circa zes weken vormt tegen deze achtergrond een onvoldoende aanwijzing dat het bestuur van Garage Harmeijer zijn taak ook voor het overige niet behoorlijk heeft vervuld. Het verzuim moet daarom worden beschouwd als een onbelangrijk verzuim ex art. 2:248 lid 2 BW.

Dit betekent dat niet kan worden uitgegaan van een schending van art. 2:394 BW. De volgende vraag is of de administratieplicht ex art. 2:10 BW is geschonden.

Harmeijer c.s. betwisten niet dat sprake is van een schending van de administratieplicht door het bestuur van Garage Harmeijer. Zij voeren immers zelf aan dat Finlife op dit punt in gebreke is gebleven en op basis van wat zij aanvoeren moet worden geoordeeld dat het geen onbelangrijk verzuim betreft. Ook als ervan wordt uitgegaan dat de administratie tot 1 januari 2011 wel naar behoren werd gevoerd, doet dat aan het bestaan van de schending van de op het bestuur (als collectief) rustende administratieplicht niet af. Daarmee neemt de rechtbank als vaststaand aan dat het bestuur van Garage Harmeijer de administratieplicht ex art. 2:10 BW heeft geschonden.

Ingevolge art. 2:248 lid 2 BW volgt uit het bovenstaande dat sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur waarvan wordt vermoed dat deze een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Tegen dit wettelijke vermoeden staat in beginsel tegenbewijs open. Harmeijer c.s. kunnen echter niet worden toegelaten tot het leveren van dit tegenbewijs. Harmeijer c.s. voeren aan dat het faillissement het gevolg is van de wijze waarop Finlife de onderneming na 1 januari 2011 heeft geëxploiteerd. Daarmee stellen zij dat het faillissement zijn oorzaak vindt in het handelen van het bestuur. Finlife behoorde immers in de drie jaar voorafgaande aan het faillissement tot het bestuur van Garage Harmeijer. Harmeijer c.s. voeren aan dat het faillissement het gevolg is van de wijze waarop Finlife de onderneming heeft geëxploiteerd, dat hen daarvan geen verwijt treft, en dat zij hebben gedaan wat onder de omstandigheden van hen kon worden verwacht. Zij stellen hiermee feiten die strekken om te komen tot een disculpatie van hun aansprakelijkheid ex art. 2:248 lid 3 BW. Omdat de bewijslast ter zake ligt bij de bestuurder die zich wil disculperen (vgl. HR 6 maart 2015, «JOR» 2015/107) zal Harmeijer c.s. bewijs worden opgedragen van feiten en omstandigheden waaruit volgt dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hen te wijten is en zij niet nalatig zijn geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen ervan af te wenden.

Uitspraak

(...; red.)

2. De feiten

2.1. De rechtbank gaat bij de beoordeling van het geschil uit van de volgende feiten die vaststaan omdat ze enerzijds zijn gesteld en anderzijds niet of niet voldoende zijn betwist.

2.2. Eiser is curator van Garage Harmeijer B.V. (hierna: Garage Harmeijer).

2.3. HVS was enig aandeelhouder en is/was bestuurder van Garage Harmeijer. In de uittreksels van de Kamer van Koophandel staat als enig aandeelhouder en bestuurder van HVS Schoenbrodt vermeld en Harmeijer als gevolmachtigde met een volledige volmacht.

2.4. HVS heeft de aandelen in Garage Harmeijer en in een zustervennootschap van Garage Harmeijer, Harmeijer Service B.V., aan Finlife verkocht. In de akte d.d. 24 december 2010 waarin deze overeenkomst is neergelegd is opgenomen, voor zover van belang:

“Artikel 1 Verkoop en levering

lid 2

De levering van aandelen zal (...) plaatsvinden op 15 januari 2011 dan wel zoveel eerder of later als partijen in onderling overleg overeenkomen (‘de leveringsdatum’).

Vanaf één januari tweeduizend elf worden de aandelen gehouden voor rekening en risico van de Koper.

(...)

Artikel 3 Garanties

(...)

lid 3

Vanaf 1 januari 2011 komt de exploitatie van Autobedrijf Harmeijer B.V. en Autoschadebedrijf Harmeijer B.V. voor rekening en risico van Koper.

(...)

Artikel 11 Bijzonder afspraken

Koper en verkoper zijn de volgende aanvullende afspraken overeengekomen:

a. Verkoper zal als eigenaar van Autobedrijf Harmeijer B.V. een arbeidsovereenkomst afsluiten met de heer Johan Willem Harmeijer voor een looptijd van 1 jaar (ingaaende 1 januari 2011 en eindigende op 1 januari 2012) waarbij de heer Johan Willem Harmeijer gedurende de gehele looptijd van de arbeidsovereenkomst een netto maandsalaris van € 2.000,- zal ontvangen.

Artikel 12 Overname personeel

De lopende arbeidsovereenkomsten bij Autobedrijf Harmeijer B.V. worden door Koper als nieuwe eigenaar van Autobedrijf Harmeijer B.V. voortgezet.”

2.5. Het bedrijfspand waar Garage Harmeijer en Harmeijer Service B.V. hun onderneming uitoefenden is op 30 december 2010 door HVS aan Kaynar Holding B.V. geleverd, die daarna het pand aan Finlife heeft overgedragen.

2.6. Op 17 februari 2011 hebben Garage Harmeijer en Harmeijer Service B.V. tot zekerheid van de betaling van de vordering van Finlife op HVS een pandrecht op een aantal roerende zaken gevestigd.

2.7. De levering van de aandelen aan Finlife is uitgesteld, omdat Finlife in gebreke bleef met haar betalingsverplichtingen jegens HVS. De aandelen zijn uiteindelijk op 7 maart 2011 geleverd.

2.8. HVS en Finlife hebben nadien nadere afspraken gemaakt, die zijn neergelegd in een akte d.d. 22 april 2011. In die akte is opgenomen, voor zover van belang:

“1. De oorspronkelijke koopsom € 250.000, is verlaagd met € 75.000,--, hierop heeft een aanbetaling plaatsgevonden van € 37.500, het restant bedraagt derhalve € 137.500.

2. Partijen zijn overeengekomen dat hierop de volgende bedragen in mindering worden gebracht: (...)

3. Per saldo resteert een bedrag te voldoen € 80.000

(...)

5. Overige afspraken:

(...)

– Harmeyjer zal de sleutels van het pand per 22 april 2011 overdragen aan A. van der Veer.

(...)

– Van der Veer zal zijn eigen administrateur belasten met de verzorging van de financiële administratie”

2.9. Bij vonnis van 9 augustus 2011 is Garage Harmeyjer in staat van faillissement verklaard met de benoeming van eiser tot curator.

2.10. Kort na het uitspreken van het faillissement heeft de curator het bedrijfspand bezocht. Hij heeft daar (vrijwel) geen administratie aangetroffen en niet alle roerende zaken die bij een normale bedrijfsuitoefening mogen worden verwacht.

2.11. In het kader van de afwikkeling van het faillissement heeft de curator roerende zaken uit de boedel verkocht. Een door Harmeyjer op de bedrijfsinventaris uitgebracht bod van € 8.000,-- heeft niet tot de totstandkoming van een koopovereenkomst geleid.

2.12. Bij brief van 13 oktober 2011 heeft de curator de vernietiging ingeroepen van de verpanding van de roerende zaken.

2.13. Op diezelfde datum heeft de curator conservatoir beslag laten leggen op roerende zaken die zich onder onder meer Harmeyjer Sappemeer B.V. bevonden. De curator is daarna een gerechtelijke procedure gestart waarin hij van onder meer Harmeyjer Sappemeer B.V. de betaling van schadevergoeding heeft gevorderd op de grond dat er zaken uit de boedel zijn vervaemd. De rechtbank heeft de vordering afgewezen.

3. Het geschil

In conventie

3.1. De curator vordert, verkort weergegeven, de veroordeling van gedaagden tot afgifte van alle bankafschriften van bankrekeningnummer 42.11.16.242 vanaf 1 januari 2011, en een verklaring voor recht dat zij hun taak als bestuurder van Garage Harmeyjer kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Daarnaast vordert de curator de hoofdelijke veroordeling van gedaagden tot betaling van € 314.000,--. De curator stelt daartoe, samengevat weergegeven, het volgende. De curator spreekt HVS, Schoenbrodt, Harmeyjer en Finlife aan als het bestuur van Garage Harmeyjer. Volgens de curator was HVS de bestuurder van Garage

Harmeijer tot de aandelenoverdracht op 7 maart 2011. Uit de akte van levering is daarnaast af te leiden dat HVS ook nadien nog bestuurder was. Schoenbrodt is aansprakelijk als de bestuurder van HVS en, net als Harmeijer, als een feitelijke bestuurder van Garage Harmeijer. Dat Harmeijer een feitelijke bestuurder van Garage Harmeijer was, blijkt, aldus de curator, uit het feit dat hij Garage Harmeijer bij de totstandkoming van verschillende overeenkomsten vertegenwoordigde. Hij heeft die rol tot 22 april 2011 vervuld, zo volgt uit de akte van die datum, waarin is vermeld dat hij de sleutel van het bedrijfspand aan Finlife moet afgeven. Finlife, tenslotte, was de bestuurder van Garage Harmeijer op het moment dat de vennootschap failliet ging. Het bestuur heeft gehandeld in strijd met de administratieplicht ex art. 2:10 lid BW. Ook is de jaarrekening van 2009 niet tijdig, conform art. 2:394 lid 3 BW, gepubliceerd. De curator stelt primair dat dit op grond van art. 2:248 lid 2 BW meebrengt dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en dat dit wordt vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. Echter, ook zonder gebruik te maken van het wettelijke vermoeden kan volgens de curator worden vastgesteld dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Daartoe stelt hij dat Garage Harmeijer voordat de aandelen aan Finlife werden geleverd, in een toestand is gebracht dat zij feitelijk failliet was. Dit is onder meer gebeurd door debiteuren zonder vergoeding aan HVS over te dragen, rekening-courantverhoudingen versneld af te lossen en in het boekjaar 2010 liquide middelen aan de vennootschap te onttrekken. Ook is de inventaris van Garage Harmeijer ten behoeve van HVS verpand voor een schuld van Finlife aan HVS en zijn debiteuren geïnd op een bankrekening waarvan later is gezegd dat die buiten de overdracht zou blijven. Verder zijn roerende zaken uit de onderneming verdwenen of vervreemd, zonder dat het bestuur daar een verklaring voor kan geven.

3.2. Harmeijer c.s. voeren verweer. Dit verweer strekt ertoe om de curator niet-ontvankelijk te verklaren, althans om de vordering af te wijzen. Zij voeren daartoe, samengevat weergegeven, het volgende aan. Harmeijer is en was de bestuurder van HVS. Schoenbrodt heeft zich nooit bemoeid met de gang van zaken binnen de vennootschap(en) en de vermelding in de registers van de Kamer van Koophandel als bestuurder is onvoldoende om haar als zodanig aan te merken. Harmeijer is daarnaast geen (feitelijke) bestuurder van Garage Harmeijer geweest, alleen van HVS. Vanaf 1 januari 2011 moet Finlife als de (enige) bestuurder van Garage Harmeijer worden beschouwd. Vanaf die datum heeft Finlife het beleid van Garage Harmeijer bepaald en werd het bedrijf voor rekening en risico van Finlife geëxploiteerd. Hieruit volgt dat het feit dat de jaarrekening 2009 te laat is gedeponereerd, Harmeijer c.s. niet kan worden tegengeworpen: de termijn voor deponering verliep na 1 januari 2011. Daarnaast betreft het, aldus Harmeijer c.s., een termijnoverschrijding die, gelet op de achtergrond ervan, is aan te merken als een onbelangrijk verzuim. Ook met betrekking tot de administratie kan Harmeijer c.s. geen verwijt worden gemaakt. Zij voeren aan dat de administratie tot 1 januari 2011 naar behoren is gevoerd. Na het faillissement heeft de boekhouder van Harmeijer de beschikbare administratie aan de curator overgelegd, waaronder de balans en de debiteuren- en crediteurenlijsten tot 31 december 2010 en is er een computer met administratie bij de curator bezorgd. Dat Finlife de administratie daarna niet heeft bijgehouden en heeft zoek gemaakt kan Harmeijer c.s. niet worden verweten of aangerekend. Zelfs als zou worden geoordeeld dat Harmeijer c.s. ter zake een verwijt treft, dan mag niet worden aangenomen dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Het faillissement is het gevolg van de wijze waarop Finlife de onderneming na 1 januari 2011 heeft gedreven. Harmeijer c.s. voeren in dit verband onder meer aan dat zij door Finlife en Kaynar Holding B.V. zijn opgelicht, dat zij te maken hebben gekregen met intimidatie en bedreiging en dat zij onder de omstandigheden hebben gedaan wat van hen verwacht kon worden. Ook de subsidiaire grondslag van de vorderingen wordt door Harmeijer c.s. betwist. In dit verband wordt onder meer aangevoerd dat alle betalingen aan Garage Harmeijer ten goede zijn gekomen en dat geen sprake is geweest van ongeoorloofde selectieve betalingen.

3.3. Finlife heeft zich niet in de procedure gesteld.

In reconventie

3.4. Harmeijer c.s. vorderen, verkort weergegeven, een verklaring voor recht dat de curator niet heeft gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht, en dat de curator wordt veroordeeld hun schade te vergoeden, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. Zij stellen daartoe, samengevat weergegeven, het volgende. De curator heeft roerende zaken verkocht die

(deels) waren verpand aan HVS en die deels toebehoorden aan Harmeijer Sappemeer B.V, die niet failliet is. Ook heeft de curator de mobiele telefoonnummers van Schoenbrodt en Harmeijer laten afsluiten, waardoor Harmeijer onbereikbaar was voor klanten. Verder heeft de curator de bieding van Harmeijer op de bedrijfsinventaris, die hoger was dan de andere biedingen, ter zijde gelegd, en is de curator lichtzinnig, enkel op basis van de uitspraken van één werknemer, een procedure tegen Harmeijer Sappemeer B.V. gestart.

3.5. Het verweer van de curator strekt ertoe om Harmeijer c.s. niet-ontvankelijk te verklaren, althans om de vordering af te wijzen. Hij voert daartoe, samengevat weergegeven, het volgende aan. De vordering in reconventie kan in elk geval niet worden toegewezen, voor zover ze is ingesteld tegen de curator in privé, nu die niet als eiser optreedt. Daarnaast geldt dat de curator er redelijkerwijs vanuit mocht gaan dat de schamele inventaris die aanwezig was in het bedrijfspand eigendom was van Garage Harmeijer. Harmeijer c.s. hebben een beter recht geclaimd, maar hebben daarvan geen bewijs geleverd. De bieding die door Harmeijer op de verpande inventaris heeft uitgebracht was daarnaast niet relevant, omdat de verkoop enkel betrekking had op een gering aantal roerende zaken: de inventaris was voor het grootste gedeelte niet meer aanwezig. De curator betwist ook dat hij zaken heeft verkocht die niet van Garage Harmeijer waren. Verder betwist de curator dat hij telefoonnummers van Harmeijer c.s. heeft laten afsluiten. Het verwijt betreffende de procedure heeft geen betrekking op Garage Harmeijer, zodat het belang bij die vordering ontbreekt. De beslissing tot procederen is ook niet lichtzinnig genomen, aldus de curator.

4. De beoordeling

4.1. De curator spreekt Harmeijer c.s. en Finlife aan als het bestuur van Garage Harmeijer. Volgens hem zijn zij op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur aansprakelijk voor het tekort in de boedel van het faillissement van Garage Harmeijer. Harmeijer c.s. voeren verweer tegen de vorderingen van de curator; Finlife heeft zich niet in de procedure gesteld. In reconventie stellen Harmeijer c.s. de curator aansprakelijk voor schade die zij stellen te lijden omdat hij zijn taak niet heeft vervuld zoals dat van een redelijk handelend en bekwaam curator mag worden verwacht. De rechtbank overweegt als volgt over de geschilpunten die tegen deze achtergrond tussen partijen zijn opgekomen.

In conventie

4.2. Iedere bestuurder van een vennootschap is in het geval van het faillissement van die vennootschap jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden voor zover die niet door de vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, als het bestuur – in de drie jaar voorafgaande aan het faillissement – zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en het aannemelijk is dat dat een belangrijke oorzaak is van het faillissement, zo volgt uit art. 2:248 lid 1 en 6 BW. Ingevolge art. 2:248 lid 2 BW heeft het bestuur zijn taak onbehoorlijk vervuld als het de verplichtingen heeft geschonden die zijn neergelegd in art. 2:210 BW en art. 2:394 BW en wordt in dat geval de onbehoorlijke taakvervulling vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. Daarbij wordt een onbelangrijk verzuim buiten beschouwing gelaten. Een bestuurder die zich op het standpunt stelt dat hem geen verwijt treft van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, kan een beroep doen op art. 2:248 lid 3 BW, dat bepaalt dat niet aansprakelijk is de bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden

4.3. De eerste vraag is wie op deze grondslag aansprakelijk kunnen worden gesteld voor een eventueel onbehoorlijk bestuur van Garage Harmeijer.

4.4. HVS was de (formele) bestuurder van Garage Harmeijer tot de overdracht van de aandelen op 7 maart 2011. Op die datum werd Finlife bestuurder. Ter comparitie heeft de curator voor het eerst gesteld dat HVS na 7 maart 2011 bestuurder is gebleven, wat door Harmeijer c.s. gemotiveerd wordt betwist. De curator legt aan zijn stelling ten grondslag dat HVS in de notariële akte van levering van de aandelen tot bestuurder wordt benoemd en wijst op de dwingende bewijskracht van die akte. Hoewel de akte tegen

een ieder dwingend bewijs oplevert van wat de notaris binnen de kring van zijn bevoegdheid omtrent zijn waarnemingen en verrichtingen heeft verklaard (art. 157 lid 1 Rv), sluit dat niet uit dat die akte een fout bevat, zoals Harmeyer c.s. aanvoeren. De rechtbank houdt het er op basis van het verweer en de (overige) stellingen van de curator voor dat dit inderdaad het geval is. De curator stoelt de aansprakelijkheid van Finlife op een feitencomplex waarin Finlife met de overdracht van de aandelen bestuurder van Garage Harmeyer werd. Van de curator had mogen worden verwacht dat hij met zijn nieuwe stelling dat HVS bestuurder is gebleven ook inzicht had gegeven in hoe die stelling zich verhoudt tot de feiten die hij – ook ten tijde van de comparitie – ten grondslag legt aan de aansprakelijkheid van Finlife. Dit heeft de curator niet gedaan. Daarmee stelt hij in het licht van het gemotiveerde verweer van Harmeyer c.s. onvoldoende om hem in zijn stelling te kunnen volgen.

4.5. Partijen stellen beiden dat Garage Harmeyer één of meer feitelijke bestuurders heeft. Volgens de curator zijn Harmeyer en Schoenbrodt de (directe) feitelijke bestuurders van Garage Harmeyer; Harmeyer c.s. betwisten dit en voeren aan dat Finlife vanaf 1 januari 2011 de feitelijke bestuurder was. De rechtbank overweegt als volgt.

4.6. De curator stelt onvoldoende om aan te nemen Harmeyer een (directe) feitelijke bestuurder van Garage Harmeyer is ex art. 2:248 lid 7 BW. Het enkele feit dat hij de vennootschap bij de totstandkoming van bepaalde overeenkomsten vertegenwoordigde, is daartoe in het licht van het verweer van Harmeyer c.s. onvoldoende. Harmeyer c.s. voeren aan dat Harmeyer bij het sluiten van de overeenkomsten optrad als de feitelijke bestuurder van HVS en later als werknemer van Garage Harmeyer. Omdat de stellingen van de curator de mogelijkheid openlaten dat dit het geval is, had het op zijn weg gelegen om te onderbouwen waarom Harmeyer niettemin moet worden beschouwd als diegene die het beleid binnen Garage Harmeyer bepaalde als ware hij haar bestuurder. Dat is niet gebeurd. Dat Schoenbrodt een (directe) feitelijke bestuurder van Garage Harmeyer is, zoals de curator ook stelt, wordt gemotiveerd weersproken, en is door de curator op geen enkele wijze onderbouwd, zodat ook die stelling niet kan worden gevolgd.

4.7. Het bovenstaande geldt te meer als in ogenschouw wordt genomen dat in de akte d.d. 24 december 2010, waarin de koopovereenkomst is neergelegd, is opgenomen dat de aandelen vanaf 1 januari 2011 voor rekening en risico van Finlife worden gehouden, dat vanaf die datum ook de exploitatie van de onderneming voor haar rekening en risico komt, en dat Harmeyer werknemer van Garage Harmeyer wordt. Uit de tekst komt de bedoeling van HVS en Finlife tot uitdrukking dat Finlife vanaf 1 januari 2011 de zeggenschap zou hebben over de vennootschap en, daarmee, het beleid zou bepalen als ware zij haar bestuurder. Er zijn geen feiten gesteld die tot een andere uitleg van de overeenkomst kunnen leiden dan deze tekstuele uitleg. Wat Harmeyer c.s. aanvoeren sluit aan bij de rol van Finlife zoals die uit de akte naar voren komt en de curator stelt geen feiten die tot een ander oordeel nopen. Gelet hierop moet Finlife daarom naar het oordeel van de rechtbank vanaf 1 januari 2011 worden beschouwd als de feitelijke bestuurder van Garage Harmeyer.

4.8. Op grond van art. 2:11 BW rust de aansprakelijkheid van HVS hoofdelijk op haar bestuurder(s). Dit brengt met zich dat Schoenbrodt hoofdelijk aansprakelijk is voor het handelen van het bestuur van Garage Harmeyer. Bij de oprichting van HVS is zij tot bestuurder van HVS benoemd, en nadien, zo hebben Harmeyer c.s. ter terechtzitting verklaard, is geen besluit tot ontslag genomen ex art. 2:242 BW. Dat Schoenbrodt in de praktijk geen bemoeienis heeft met de dagelijkse gang van zaken binnen HVS en haar beleid, zoals Harmeyer c.s. aanvoeren, doet niet af aan deze hoofdelijke aansprakelijkheid. Omdat Harmeyer het beleid bepaalde als ware hij de bestuurder van HVS, is hij aan te merken als een feitelijke bestuurder van HVS ex art. 2:248 lid 7 BW, zodat ook hij hoofdelijk aansprakelijk is (vgl. Hoge Raad 14 maart 2008, («JOR» 2008/152, m.nt. Borrius (*Lammerts/Aerts q.q.*); *red.*), ECLI:NL:HR:2008:BC1231).

4.9. Uit het bovenstaande volgt dat zowel HVS, Finlife, Schoenbrodt als Harmeyer behoren tot het bestuur dat door de curator kan worden aangesproken op grond van art. 2:248 BW juncto art. 2:11 BW.

4.10. De curator stoelt zijn vordering primair op de stelling dat het bestuur zijn verplichtingen ex art. 2:10 BW en art. 2:394 BW heeft geschonden en dat dit ingevolge art. 2:248 lid 2 BW een kennelijk

onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur oplevert die wordt vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn.

4.11. Het niet voldoen aan de boekhoudplicht ex art. 2:10 BW en de niet-tijdige openbaarmaking van de jaarrekening ex art. 2:394 BW leveren op grond van art. 2:248 lid 2 BW een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur van een vennootschap op, omdat het niet voldoen aan deze verplichtingen erop wijst dat het bestuur zijn taak ook voor het overige niet behoorlijk heeft vervuld. In dit licht is sprake van een onbelangrijk verzuim als bedoeld in de slotzin van art. 2:248 lid 2 BW als de schending van deze verplichtingen in de omstandigheden van het geval er niet op wijst dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Dit is met name het geval als voor het verzuim een aanvaardbare verklaring bestaat (Hoge Raad 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013: BZ7189). Dit strookt met de op de slotzin gegeven toelichting in de Parlementaire geschiedenis waarin tot uitdrukking komt dat als de overtuiging bestaat dat een ondernemer een bonafide instelling heeft en een redelijke verklaring kan geven voor het verzuim, op deze wijze de al te scherpe kantjes van art. 2:248 lid 2 BW kunnen worden weggenomen (*Kamerstukken II*, 16 631, 1983-1984, nr. 9, p. 16).

4.12. De rechtbank overweegt als volgt over de gestelde schending van art. 2:394 BW.

4.13. Ingevolge art. 2:394 lid 3 BW moet de rechtspersoon uiterlijk twaalf maand na afloop van het boekjaar de jaarrekening op voorgeschreven wijze openbaar hebben gemaakt.

4.14. De jaarrekening van Garage Harmeyer over 2009 moest worden gedeponereerd op uiterlijk 1 februari 2011. Deponering vond plaats op 18 maart 2011. De eerste vraag die zal worden beantwoord is of deze termijnoverschrijding een onbelangrijk verzuim oplevert.

4.15. Wil sprake zijn van een onbelangrijk verzuim dan zullen, zoals overwogen, de omstandigheden die door Harmeyer c.s. voor dat verzuim worden aangevoerd een aanvaardbare verklaring moeten opleveren voor de te late publicatie, dat wil zeggen, een verklaring op grond waarvan het verzuim niet is aan te merken als een blijk van een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. Of aan deze maatstaf is voldaan hangt af van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de redenen die tot overschrijding van de termijn hebben geleid, waarbij geldt dat hogere eisen worden gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is en dat de stelplicht en bewijslast op de aangesproken bestuurder rusten (Hoge Raad 12 juli 2013, («JOR» 2013/300, m.nt. Van Andel (*Bobo Holding/König q.q.*); red.), ECLI:NL:HR:2013: BZ7189).

4.16. Harmeyer c.s. hebben onweersproken aangevoerd dat de termijn is overschreden door de situatie die naar aanleiding van de problematische aandelentransactie met Finlife ontstond en de daarmee samenhangende vertraging in de levering van de aandelen. Ter terechtzitting is daaraan toegevoegd dat zich in die periode een aantal problemen op het persoonlijke vlak hebben voorgedaan, waaronder een overlijden in de familie. Ook is onweersproken aangevoerd dat de jaarrekening gereed lag voor publicatie. Naar het oordeel van de rechtbank vormt een overschrijding van de termijn van circa zes weken tegen deze achtergrond een onvoldoende aanwijzing op dat het bestuur van Garage Harmeyer zijn taak ook voor het overige niet behoorlijk heeft vervuld. Het verzuim moet daarom worden beschouwd als een onbelangrijk verzuim ex art. 2:248 lid 2 BW.

4.17. Dit betekent dat niet kan worden uitgegaan van een schending van art. 2:394 BW. De volgende vraag is of de administratieplicht ex art. 2:10 BW is geschonden.

4.18. De curator stelt dat hij vrijwel geen administratie heeft aangetroffen toen hij na het uitspreken van het faillissement het bedrijfspand heeft bezocht en dat hij van Harmeyer c.s. zeer beperkte gegevens heeft ontvangen. Harmeyer c.s. voeren aan dat voor de beoordeling van de aansprakelijkheid moet worden vastgesteld of de administratie op 1 januari 2011 aan de daaraan te stellen eisen voldeed en dat dit het geval is. De boekhouder van Harmeyer heeft na het faillissement de beschikbare administratie overgelegd, aldus Harmeyer c.s., waaronder de balansen en de debiteuren- en crediteurenlijsten tot 31 december 2010, en er is een computer met administratie bij de curator bezorgd. Daarbij wordt herhaaldelijk aangevoerd dat Harmeyer c.s. geen verantwoordelijkheid dragen voor de administratie na 1

januari 2011, omdat die verantwoordelijkheid bij Finlife ligt: dat Finlife geen deugdelijke administratie voerde en die heeft zoek gemaakt, kan hen dan ook niet worden verweten.

4.19. Harmeijer c.s. betwisten hiermee niet dat sprake is van een schending van de administratieplicht door het bestuur van Garage Harmeijer. Zij voeren immers zelf aan dat Finlife op dit punt in gebreke is gebleven en op basis van wat zij aanvoeren moet worden geoordeeld dat het geen onbelangrijk verzuim betreft. Ook als ervan wordt uitgegaan dat de administratie tot 1 januari 2011 wel naar behoren werd gevoerd, doet dat aan het bestaan van de schending van de op het bestuur (als collectief) rustende administratieplicht niet af.

4.20. Daarmee neemt de rechtbank als vaststaand aan dat het bestuur van Garage Harmeijer de administratieplicht ex art. 2:10 BW heeft geschonden.

4.21. Ingevolge art. 2:248 lid 2 BW volgt uit het bovenstaande dat sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur waarvan wordt vermoed dat deze een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Tegen dit wettelijke vermoeden staat in beginsel tegenbewijs open. Harmeijer c.s. kunnen echter niet worden toegelaten tot het leveren van dit tegenbewijs. Redengevend is dat zij geen voor tegenbewijs vatbare feiten stellen, dat wil zeggen feiten die tot de conclusie kunnen leiden dat andere omstandigheden dan de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Integendeel. Harmeijer c.s. voeren aan dat het faillissement het gevolg is van de wijze waarop Finlife de onderneming na 1 januari 2011 heeft geëxploiteerd. Daarmee stellen zij dat het faillissement zijn oorzaak vindt in het handelen van het bestuur. Finlife behoorde immers in de drie jaar voorafgaande aan het faillissement tot het bestuur van Garage Harmeijer. Dit leidt tot de conclusie dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

4.22. Hiermee ook toegekomen aan de vraag of Harmeijer c.s. zich met succes kunnen verdisculperen ex art. 2:248 lid 3 BW.

4.23. Harmeijer c.s. voeren aan dat het faillissement het gevolg is van de wijze waarop Finlife de onderneming heeft geëxploiteerd, dat hen daarvan geen verwijt treft, en dat zij hebben gedaan wat onder de omstandigheden van hen kon worden verwacht. Zij stellen hiermee feiten die strekken om te komen tot een disculpatie van hun aansprakelijkheid ex art. 2:248 lid 3 BW. Omdat de bewijslast ter zake ligt bij de bestuurder die zich wil disculperen (vgl. Hoge Raad 6 maart 2015, («JOR» 2015/107; red.), ECLI: NL:HR:2015:522), zal Harmeijer c.s. bewijs worden opgedragen van feiten en omstandigheden waaruit volgt dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hen te wijten is en zij niet nalatig zijn geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen ervan af te wenden.

4.24. De zaak zal in verband met de bewijslevering naar de rol worden verwezen.

In reconventie

4.25. Harmeijer c.s. houden de curator aansprakelijk voor schade die zij lijden op de grond dat de curator niet heeft gehandeld zoals in redelijkheid van hem mag worden verlangd. Zij vorderen op grond daarvan de betaling van schadevergoeding. De rechtbank zal de beoordeling van deze vordering in verband met de beslissing in conventie aanhouden.

5. De beslissing

De rechtbank

in conventie

5.1. draagt Harmeijer c.s. op om feiten en omstandigheden te bewijzen waaruit volgt dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur van Garage Harmeijer niet aan hen te wijten is en dat zij niet nalatig zijn geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van die onbehoorlijke taakvervulling af te wenden,

5.2. bepaalt dat de zaak weer op de rol zal komen van 2 maart 2016 voor uitlating door Harmeijer c.s. of zij bewijs willen leveren door het overleggen van bewijsstukken, door het horen van getuigen en/of door een ander bewijsmiddel,

5.3. bepaalt dat Harmeijer c.s., indien zij geen bewijs door getuigen willen leveren maar wel bewijsstukken willen overleggen, die stukken direct in het geding brengen,

5.4. bepaalt dat Harmeijer c.s., als zij getuigen willen laten horen, de getuigen en de verhinderdagen van de partijen en hun advocaten in de maanden april t/m juni direct opgeven, waarna dag en uur van het verhoor zullen worden bepaald,

5.5. bepaalt dat dit getuigenverhoor zal plaatsvinden op de terechtzitting van mr. S. Dijkstra in het gerechtsgebouw te Groningen aan Guyotplein 1,

5.6. bepaalt dat alle partijen uiterlijk twee weken voor het eerste getuigenverhoor alle beschikbare bewijsstukken aan de rechtbank en de wederpartij moeten toesturen,

5.7. houdt iedere verdere beslissing aan.

in reconventie

5.8. houdt iedere beslissing aan.

Noot

1. In dit tussenvonnis van de Rechtbank Noord-Nederland worden twee formele bestuurders, één middellijk formeel bestuurder en één middellijk feitelijk bestuurder, in beginsel aansprakelijk gehouden voor het boedelttekort van het failliete bedrijf Garage Harmeijer BV, maar zij krijgen nog de kans om zich te disculperen.

2. HVS BV was enig aandeelhouder en bestuurder van Garage Harmeijer. In december 2010 verkocht zij de aandelen in Garage Harmeijer aan Finlife BV waarbij werd overeengekomen dat de garage per 1 januari 2011 voor rekening en risico van Finlife is. De levering van de aandelen had medio januari 2011 moeten plaatsvinden maar liep vertraging op omdat Finlife in gebreke bleef met betaling van de koopprijs. Uiteindelijk werden de aandelen in maart 2011 alsnog aan Finlife geleverd. De koopprijs was intussen (in verhouding) fors verlaagd en Finlife betaalde slechts een klein deel in cash. Uit de verwijten van de curator (opgesomd in r.o. 3.1) leid ik af dat een groot deel van de koopprijs door Garage Harmeijer zelf is opgebracht althans dat de vennootschap 'licht' is gemaakt om de koopprijs te kunnen verlagen. Het beeld ontstaat dat Finlife geen betrouwbare koper was. In elk geval gaat Garage Harmeijer enkele maanden na de overname, in augustus 2011, failliet. De curator verwijt de bestuurders kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:248 BW, zowel formeel als materieel. Formeel omdat er in strijd zou zijn gehandeld met de publicatieplicht van art. 2:394 BW en de administratieplicht van art. 2:10 BW, en materieel omdat het garagebedrijf vóór de overdracht van aandelen aan Finlife in een toestand is gebracht dat zij feitelijk failliet was, mede door de overdracht van debiteurenvorderingen en onttrekking van liquide middelen. Het verweer van HVS en de aan haar gelieerde Harmeijer en Schoenbrodt komt erop neer dat de verwijten die de curator maakt, voor zover gegrond, slechts aan Finlife gemaakt kunnen worden. Totdat Finlife het garagebedrijf overnam, was alles nog in orde en was er dus ook geen grond voor aansprakelijkheid. Finlife is niet in de procedure verschenen.

3. In r.o. 4.3 t/m 4.9 behandelt de rechtbank de vraag welke gedaagden op grond van art. 2:248 BW aansprakelijk kunnen zijn voor een eventueel onbehoorlijk bestuur. Er zijn in totaal vier gedaagden: verkoper HVS, Harmeyer, Schoenbrodt en koper Finlife. HVS was tot de levering van de aandelen, 7 maart 2011, formeel bestuurder van Garage Harmeyer. Die datum valt binnen de driejaarstermijn en HVS valt daarom op grond van lid 1 binnen het bereik van art. 2:248 BW. Volgens de curator was HVS ook ná 7 maart 2011 formeel bestuurder van Garage Harmeyer omdat zij in de leveringsakte als zodanig is benoemd en die akte dwingende bewijskracht heeft (art. 157 Rv). De rechtbank negeert deze dwingende bewijskracht echter omdat er naar haar oordeel sprake is van een fout in de akte nu de curator zélf betoogt dat Finlife na de overname het bestuur van HVS had overgenomen. Dit vind ik wel erg kort door de bocht. De ratio van art. 157 lid 1 Rv is immers juist om discussies over de inhoud van de akte, dus ook over mogelijke “fouten” in de akte, te vermijden. Om het dwingende bewijs te kraken, moet er tegenbewijs geleverd worden in de zin van art. 151 lid 2 Rv. De rechtbank baseert de fout in de akte slechts op een (tegengestelde) stelling van de curator zelf en dat lijkt mij geen tegenbewijs in de bedoelde zin. Veel maakt het niet uit, omdat al vaststaat dat HVS in elk geval tot 7 maart 2011 formeel bestuurder was. Indien HVS op grond van art. 2:248 BW aansprakelijk zou zijn, rust deze aansprakelijkheid op grond van art. 2:11 BW tevens hoofdelijk op de bestuurders van HVS. Schoenbrodt was formeel bestuurder van HVS en is daarom (mede) aansprakelijk indien HVS dat ook is. Harmeyer was echter geen formeel maar – zo staat vast – feitelijk bestuurder van HVS. In het arrest Montedison (HR 28 april 2000, «JOR» 2000/128) is uitgemaakt dat art. 2:11 BW slechts aansprakelijkheid kan vestigen op een *formele* bestuurder van de rechtspersoon-bestuurder (zoals in dit geval Schoenbrodt), niet op een *feitelijk* bestuurder (zoals in dit geval Harmeyer). Het gaat op dit punt niet goed in r.o. 4.8: “Omdat Harmeyer het beleid bepaalde als ware hij de bestuurder van HVS, is hij aan te merken als een *feitelijke* bestuurder van HVS ex artikel 2:248 lid 7 BW, zodat ook hij *hoofdelijk* aansprakelijk is.” De rechtbank verwijst naar het arrest Lammers/Aerts q.q. (HR 14 maart 2008, «JOR» 2008/152, m.nt. Borrius), maar dat arrest ziet op een andere situatie, te weten de situatie waarin de rechtspersoon-bestuurder niet formeel maar feitelijk bestuurder van de failliete vennootschap was. De Hoge Raad bepaalde dat het voor toepassing van art. 2:11 BW geen verschil maakt of de rechtspersoon-bestuurder formeel bestuurder (lid 1) of feitelijk bestuurder (lid 7) van de failliete vennootschap was. In de onderhavige zaak was Harmeyer formeel noch feitelijk bestuurder van de failliete vennootschap. Harmeyer wordt in dit tussenvonnissen dus ten onrechte binnen het bereik van art. 2:248 BW gebracht. Ten slotte nog koper Finlife. Die was ten tijde van het faillissement formeel bestuurder van Garage Harmeyer en valt dus zonder meer binnen het bereik van art. 2:248 BW.

4. De jaarrekening over 2009 was zes weken te laat gepubliceerd, namelijk op 18 maart 2011. De rechtbank verwijst naar het arrest Bobo (HR 12 juli 2013, «JOR» 2013/300, m.nt. Van Andel), dat voortbouwt op het arrest Van Schilt (HR 20 oktober 2006, «JOR» 2006/288, m.nt. Borrius). In Van Schilt is bepaald 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 de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid. Naarmate de termijnoverschrijding langer is, worden er hogere eisen gesteld. In Bobo is daaraan toegevoegd dat beslissend is of de aangevoerde omstandigheden een aanvaardbare verklaring opleveren voor de te late publicatie, op grond waarvan dat verzuim in het betrokken geval niet als een blijk van onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur kan worden aangemerkt. In het onderhavige geval hadden HVS, Harmeyer en Schoenbrodt de te late publicatie onder meer verklaard door de problematische aandelentransactie met Finlife, de daardoor veroorzaakte vertraging en problemen op het persoonlijke vlak. Volgens de rechtbank is het verzuim tegen de achtergrond van deze verklaringen een onvoldoende aanwijzing dat het bestuur zijn taak ook voor het overige onbehoorlijk heeft vervuld en is er daarom sprake van een onbelangrijk verzuim. De te late publicatie doet het bewijsvermoeden van lid 2 van art. 2:248 BW in dit geval dus niet intreden.

5. In antwoord op het verwijt van de curator dat de administratieplicht van art. 2:10 BW is geschonden, hadden HVS, Harmeyer en Schoenbrodt bepleit dat de administratie tot de overdracht aan Finlife in orde was, maar ook toegegeven dat Finlife na de overdracht geen deugdelijke administratie heeft gevoerd. Bij een dergelijk verweer kan de rechtbank begrijpelijk niet anders dan concluderen dat de administratieplicht is geschonden met als gevolg dat de bewijsvermoedens van art. 2:248 lid 2 BW intreden. Doordat HVS, Harmeyer en Schoenbrodt geen externe oorzaken hadden aangedragen die het faillissement mede hebben veroorzaakt – zij wezen slechts op opvolgend bestuurder Finlife – is er geen

kans op ontkrachting van de bewijsvermoedens en staat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in beginsel vast.

6. Het komt nu voor HVS, Harmeyer en Schoenbrodt aan op individuele disculpatie (art. 2:248 lid 3 BW) en daarvan dragen zij de bewijslast (HR 6 maart 2015, «JOR» 2015/107). De bewijsopdracht aan HVS, Harmeyer en Schoenbrodt dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hen te wijten is en zij niet nalatig zijn geweest met het treffen van maatregelen, lijkt mij daarom terecht. De disculpatie zal natuurlijk moeten zien op het gehele gevoerde beleid, niet slechts de klachten over de administratie. Een vraag die in dit kader waarschijnlijk aan de orde zal komen, is in welke toestand HVS, Harmeyer en Schoenbrodt Garage Harmeyer aan Finlife hebben overgedragen; is het werkelijk pas misgegaan ná de overdracht of reeds voordien? Voor de volledigheid: ook de tweedegraadsbestuurder, op wie de aansprakelijkheid via art. 2:11 BW rust, in dit geval Schoenbrodt, komt een (apart) beroep op disculpatie toe. Dit volgt uit de parlementaire geschiedenis; *Kamerstukken II* 16631, nr. 27e, nota n.a.v. het verslag. Het zou ook onrechtvaardig zijn als hij die mogelijkheid niet zou hebben. Indien HVS, Harmeyer en Schoenbrodt, of één of meer van hen, niet in de disculpatie slagen, komt hun nog wel een beroep op matiging toe, bijvoorbeeld gelet op het tijdvak waarin zij bestuurder waren (art. 2:248 lid 4 BW). De gedachte daarbij is dat de gevolgen van het beleid van opvolgend bestuurder Finlife niet voor hun rekening mogen komen.

mr. S.C.M. van Thiel, advocaat bij De Breij Evers Boon