

**JIN 2016/35, Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 19-01-2016,  
ECLI:NL:GHSHE:2016:111, HD 200.125.005\_01 (annotatie)**

<b>Instantie:</b> Gerechtshof 's-Hertogenbosch
<b>Datum uitspraak:</b> 19-01-2016
<b>Publicatie:</b> JIN 2016/35 (Sdu Jurisprudentie in Nederland), aflevering 2, 2016
<b>Annotator:</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• M.C. van Rijswijk</li><li>• E.J.H. Zandbergen</li></ul>
<b>ECLI:</b> <u>ECLI:NL:GHSHE:2016:111</u>
<b>Zaaknummer:</b> HD 200.125.005_01
<b>Overige publicaties:</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• AR 2016/168</li><li>• AR 2016/739</li><li>• JONDR 2016/353</li><li>• OR-Updates.nl 2016-0024</li><li>• INS-Updates.nl 2016-0049</li></ul>
<b>Rechtsgebied:</b> Ondernemingsrecht
<b>Rubriek:</b> Ondernemingsrecht
<b>Rechters:</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• mr. Rothuizen-van Dijk</li><li>• mr. Hulskes</li><li>• mr. Beurskens</li></ul>
<b>Partijen:</b> [appellant], wonende te [woonplaats] , appellant, hierna aan te duiden als [appellant] , advocaat: mr. S.E.C. Segeren-Krijnen te Breda, tegen Mr. Jan Adriaan Tiesing, in zijn hoedanigheid van curator in de faillissementen van: [Beheer] Beheer B.V., Lexin Holding B.V., Lexin International B.V. en Lexin Nederland B.V., kantoorhoudende te [kantoorplaats], geïntimeerde, hierna aan te duiden als de curator, advocaat: mr. J.A. Tiesing te Breda,

op het bij exploit van dagvaarding van 8 maart 2013 ingeleide hoger beroep van het vonnis van de rechtbank Breda (thans rechtbank Zeeland-West-Brabant) van 12 december 2012, gewezen tussen [appellant] als gedaagde (naast een aantal medegedaagden) en de curator als eiser.

### Regelgeving:

- **BW Boek 2 - 10 lid 1**
- **BW Boek 2 - 248 lid 2**

### Inhoudsindicatie

Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement, Onbehoorlijke taakvervulling, Boekhoudplicht, Weerleggen bewijsvermoeden belangrijke oorzaak van faillissement

### Ga direct naar

- **Samenvatting**
- **Uitspraak**
- **Noot**

### Samenvatting

Curator spreekt (indirect) bestuurder van vier failliete vennootschappen aan. Grondslagen: (1) vordering uit rekening-courantverhouding, (2) aan vennootschap toekomende gelden ten onrechte op privérekening laten storten; (3) art. 2:248 lid 2 BW (boekhoudplicht niet nagekomen). De vorderingen worden, als zijnde onvoldoende weersproken, toegewezen.

De rechtbank heeft onder meer voor recht verklaard dat [appellant] uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:248 lid 2 BW aansprakelijk is voor het tekort in de faillissementen van [Beheer] Beheer B.V., Lexin Holding B.V., Lexin International B.V. en Lexin Nederland B.V. Het hof heeft dit oordeel bekrachtigd. Volgens het hof staat voldoende vast dat de administratie van [Beheer] Beheer, Lexin Holding, Lexin International en Lexin Nederland in de relevante periode vóór de faillissementen niet heeft voldaan aan de op grond van art. 2:10 lid 1 BW te stellen eisen en dat [appellant] derhalve zijn boekhoudverplichting heeft geschonden, waarmee de onbehoorlijke taakvervulling onweerlegbaar vaststaat en wordt vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. [Appellant] stelt in hoger beroep dat de chaotische boekhouding na kennisneming van de tekortkomingen is gecorrigeerd en dat de faillissementen in belangrijke mate zijn veroorzaakt door een 'andere' oorzaak namelijk afname van de vraag naar de producten. Het hof oordeelt dat onbetwist is dat de boekhoudplicht gedurende ten

minste enkele maanden is geschonden en dat hierdoor onweerlegbaar vaststaat dat [appellant] zijn taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld. Tevens oordeelt het hof dat [appellant] haar stelling inzake een andere oorzaak van het faillissement onvoldoende heeft onderbouwd en evenmin andere afdoende concrete feitelijke stellingen inzake deze 'andere' oorzaak van de faillissementen van de vier vennootschappen heeft geponeerd, zodat [appellant] niet tot het leveren van het bewijs van zijn stellingen behoeft te worden toegelaten. [Appellant] is derhalve jegens de boedel aansprakelijk voor het tekort.

## **Uitspraak**

### **Hof:**

#### ***1 Het geding in eerste aanleg (zaaknr. 229651 / HA ZA 11-104)***

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.

#### ***2 Het geding in hoger beroep***

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep met producties;
- de memorie van grieven met producties;
- de memorie van antwoord met producties;
- de akte van de curator houdende overlegging nadere producties na memorie van antwoord.

Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

#### ***3 De beoordeling***

3.1. In dit hoger beroep kan worden uitgegaan van de volgende feiten.

a. In en na 2008 was:

- [appellant] bestuurder en enig aandeelhouder van [Beheer] Beheer B.V.,

- [Beheer] Beheer bestuurder en enig aandeelhouder van Lexin Holding B.V.,
- Lexin Holding bestuurder en enig aandeelhouder van Lexin International B.V., en
- Lexin International bestuurder en enig aandeelhouder van Lexin Nederland B.V.

Deze vennootschappen zullen hierna worden genoemd: [Beheer] Beheer, Lexin Holding, Lexin International en Lexin Nederland.

Lexin Holding is failliet verklaard op 4 augustus 2009. Datzelfde is gebeurd met Lexin International op 18 augustus 2009, Lexin Nederland op 17 maart 2010 en [Beheer] Beheer op 11 mei 2010. In alle vier genoemde faillissementen is de curator, mr. Tiesing, benoemd tot curator.

De vier onder a) genoemde vennootschappen maakten deel uit van de Lexin-groep, die zich bezig hield met de ontwikkeling, productie, verkoop en levering van warmtepanelen.

3.2.1. In de onderhavige procedure heeft de curator in eerste aanleg, samengevat en na vermindering van eis, en voor zover in hoger beroep nog van belang gevorderd:

- de veroordeling van [appellant] tot betaling van € 202.238,22, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf de dag van de dagvaarding (23 december 2010);
- te verklaren voor recht dat [appellant] uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid aansprakelijk is voor het tekort in de faillissementen van [Beheer] Beheer, Lexin Holding, Lexin International en Lexin Nederland, en [appellant] te veroordelen tot betaling aan de curator van een bedrag gelijk aan het tekort, met de bepaling dat van dit tekort een staat zal worden opgemaakt overeenkomstig de bepalingen in de zesde titel van het tweede boek van Rv, met veroordeling van [appellant] in de proceskosten, de beslagkosten daaronder begrepen.

3.2.2. Aan deze vorderingen heeft de curator, samengevat, ten grondslag gelegd:

- dat [appellant] € 153.738,22 verschuldigd is aan [Beheer] Beheer in het kader van zijn rekening courant-verhouding met deze vennootschap;
- dat [appellant] op onrechtmatige wijze een auto, merk Chevrolet, ter waarde van € 17.000,= heeft onttrokken aan de faillissementsboedel van [Beheer] Beheer;

- dat [appellant] daarnaast € 1500,= aan deze faillissementsboedel heeft onttrokken doordat hij dit bedrag op de dag vóór het faillissement van [Beheer] Beheer € 1500,= in contanten uit de kas van deze vennootschap heeft genomen, zonder hiervan melding te maken;
- dat [appellant] ten onrechte een door verzekeraar Interpolis aan Lexin International verschuldigd bedrag groot € 30.000,= op zijn privérekening heeft laten storten;
- dat [appellant] uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW aansprakelijk is voor het tekort in de faillissementen van [Beheer] Beheer, Lexin Holding, Lexin International en Lexin Nederland.

3.2.3. [appellant] heeft verweer gevoerd.

3.3. Bij eindvonnis van 12 december 2012 heeft de rechtbank onder meer:

- [appellant] veroordeeld tot betaling aan de curator (als curator in het faillissement van [Beheer] Beheer) van € 183.738,22, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 23 december 2010;
- voor recht verklaard dat [appellant] uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid aansprakelijk is voor het tekort in de faillissementen van [Beheer] Beheer, Lexin Holding, Lexin International en Lexin Nederland;
- [appellant] veroordeeld tot betaling aan de curator van een bedrag gelijk aan het tekort, met de bepaling dat van dit tekort een staat zal worden opgemaakt overeenkomstig de bepalingen in de zesde titel van het tweede boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering;
- [appellant] veroordeeld tot betaling van de proceskosten, de beslagkosten daaronder begrepen;
- het meer of anders jegens [appellant] gevorderde afgewezen.

3.4. [appellant] heeft in hoger beroep zeven grieven aangevoerd. [appellant] heeft geconcludeerd tot vernietiging van het beroepen vonnis en tot het afwijzen van de vorderingen van de curator, met veroordeling van de curator in de proceskosten van beide instanties.

3.5.1. In het bestreden vonnis heeft de rechtbank de vordering van de curator van €

202.238,22 afgewezen voor zover hij daarmee betaling heeft gevorderd van een bedrag van € 1500,= ter zake de kasopname en een bedrag van € 17.000,= ter zake de Chevrolet. De curator heeft tegen deze afwijzing geen (incidenteel) hoger beroep ingesteld, zodat zijn vordering in zoverre in dit hoger beroep niet meer aan de orde is.

3.5.2. Met grief 7 komt [appellant] op tegen een overweging van de rechtbank betreffende de vordering ad € 17.000,=. Deze grief faalt reeds omdat [appellant] daarbij geen belang heeft. Bedoelde vordering is immers afgewezen en de curator heeft daartegen geen (incidenteel) hoger beroep ingesteld.

### ***De rekening-courantvordering***

3.6.1. De grieven 1 en 2 hebben betrekking op het oordeel van de rechtbank dat [appellant] gehouden is tot betaling aan de boedel van [Beheer] Beheer van de rekening-courant-vordering ad € 153.738,22, dit bedrag te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van de dagvaarding.

3.6.2. Aangevoerd wordt dat de rechtbank ten onrechte heeft aangenomen dat [Beheer] Beheer nog steeds een vordering van € 153.738,22 heeft op [appellant] . Dit bedrag heeft volgens [appellant] betrekking op aan hem verstrekte voorschotten, ter dekking van onkosten. Deze onkosten heeft hij daadwerkelijk gemaakt. Voorts maakt [appellant] bezwaar tegen het oordeel van de rechtbank dat het, bij gebreke van administratie over 2009 en 2010, aan hem is om aan te tonen dat de vordering uit rekening-courant minder is geworden. Deze eis mag niet worden gesteld, omdat de administratie/boekhouding tot in elk geval augustus 2009 op enkele servers stond, welke servers vervolgens zijn ontvreemd. De overige documentatie is in handen van de curator. De rechtbank had daarom niet mogen oordelen dat [appellant] toegang had tot zijn eigen administratie. De bewijslast inzake de € 153.738,22 dient te worden omgekeerd, in die zin dat de curator dient te bewijzen dat de betaalde voorschotten niet zijn opgegaan aan onkosten. De vordering in verband met de rekening-courantverhouding is, gelet op dit alles, ten onrechte toegewezen. Reeds daarom bestaat geen aanspraak op wettelijke rente. Voorts is geen sprake van verzuim, aldus [appellant] .

3.6.3. De curator voert hiertegen aan dat het bedrag van de vordering in rekening-courant op [appellant] ad € 153.738,22 is ontleend aan de grootboekrekening per ultimo 2008, die hem door de accountant van [Beheer] Beheer is verstrekt. Als de vordering op [appellant] het gevolg is van door de vennootschap aan hem verstrekte voorschotten, dan zijn die voorschotten – kennelijk – in en vóór 2008 verstrekt en

hebben zij betrekking op in en na 2009 te maken onkosten; in en vóór 2008 gemaakte onkosten zouden immers zijn verwerkt in de boekhouding van de vennootschap over 2008 (of eerdere jaren). De geschetste gang van zaken is volstrekt onaannemelijk. Daar komt bij dat [appellant] zijn stelling inzake de door hem gemaakte kosten niet heeft onderbouwd door nota's en betalingsbewijzen uit zijn eigen administratie. De administratie van [Beheer] Beheer is daarvoor niet van relevant, zodat ook de lotgevallen van de servers niet verder relevant zijn.

3.6.4. Het hof overweegt dat [appellant] geen grief heeft gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat [Beheer] Beheer eind 2008 een rekening-courant vordering op [appellant] had van € 153.738,22. Integendeel, kennelijk gaat [appellant] er ook zelf van uit dat deze vordering per eind 2008 bestond. Het hof neemt daarom tot uitgangspunt dat [Beheer] Beheer eind 2008 een rekening-courantvordering van € 153.738,22 op [appellant] had.

3.6.5. De stellingen van [appellant] komen erop neer dat deze vordering nadien lager is geworden, omdat hij door hem gemaakte onkosten in verrekening heeft gebracht. Naar het oordeel van het hof heeft [appellant] deze stellingen onvoldoende feitelijk onderbouwd. [appellant] heeft immers volstrekt onvoldoende specifiek aangevoerd met welke bedragen, wanneer en waarom deze rekening-courantschuld van hem aan [Beheer] Beheer is verminderd. Mede gelet op de grote omvang van de gestelde 'kostenverrekeningen' had dit echter wel op de weg van [appellant] gelegen. Overigens heeft [appellant] ook geen enkel stuk overgelegd ter onderbouwing van zijn stellingen, terwijl dit wel – bijvoorbeeld met afschriften van zijn privé bankrekening – mogelijk moet zijn geweest. Nu [appellant] geen behoorlijke toelichting heeft gegeven op de volgens hem in verrekening gebrachte onkosten, terwijl dit wel mogelijk moet zijn geweest, wordt het verweer van [appellant] dat de schuld in rekening-courant aan [Beheer] Beheer inmiddels is ingelost, als zijnde onvoldoende onderbouwd, gepasseerd.

3.6.6. Het hof overweegt voorts dat [appellant] in verzuim is met de betaling van de rekening-courantvordering, in elk geval sinds de dag van dagvaarding in eerste aanleg. De curator kan daarom over de gevorderde hoofdsom aanspraak maken op vergoeding van de wettelijke rente vanaf 23 december 2011.

3.6.7. Uit dit alles volgt dat de grieven 1 en 2 falen.

### ***De uitkering van Interpolis aan Lexin International***

3.7.1. De grieven 3 en 4 hebben betrekking op het oordeel van de rechtbank dat

[appellant] gehouden is tot terugbetaling van € 30.000,= met wettelijke rente aan Lexin International, omdat [appellant] dit bedrag ten onrechte op zijn privérekening heeft laten storten.

3.7.2. Ter toelichting op deze grieven stelt [appellant] als volgt. Een pand van Lexin International heeft in 2004/2005 waterschade opgelopen, welke schade in totaal € 125.000,= bedroeg. Verzekeraar Interpolis wilde in eerste instantie niet uitkeren. [appellant] heeft daarop in privé geld geleend van een familielid en van een zakenpartner. [appellant] heeft met het geleende geld en uit eigen middelen de schade laten repareren. [appellant] had uit dien hoofde een vordering op Lexin International. Interpolis heeft uiteindelijk slechts € 30.000,= vergoed. [appellant] heeft dit bedrag op zijn privérekening laten boeken. Dat geschiedde terecht, omdat [appellant] de reparaties aan het pand van Lexin International met het geleende geld en uit de eigen middelen had bekostigd. De vordering in verband met de verzekeringsuitkering is dus ten onrechte toegewezen. Reeds daarom bestaat geen aanspraak op wettelijke rente. Voorts is geen sprake van verzuim, aldus [appellant] .

3.7.3. De curator voert aan dat [appellant] zijn stellingen in het geheel niet heeft onderbouwd. Dat geldt voor de waterschade als zodanig, maar ook voor de reparatiekosten en de leningen. Mocht het door [appellant] gestelde al juist zijn, zo voert de curator vervolgens aan, dan hadden zowel de door [appellant] in privé ten behoeve van de vennootschap gedane betalingen als de uitkering door Interpolis zonder bezwaar in de boeken van Lexin International kunnen – en moeten – worden verwerkt. Zoals blijkt uit het e-mailverkeer tussen [appellant] en de boekhouder van de Lexin-vennootschappen (overgelegd als productie 37 bij de dagvaarding in eerste aanleg) wilde [appellant] echter *per se* dat het bedrag van € 30.000,= buiten de boeken van Lexin International zou blijven, aldus de curator.

3.7.4. Tussen partijen is niet in geschil dat Lexin International in de verhouding met Interpolis recht had op de uitkering van € 30.000,=, maar dat [appellant] dit bedrag op zijn privérekening heeft laten storten. [appellant] heeft ook geen grief gericht tegen het hiermee in overeenstemming zijnde oordeel van de rechtbank. Het hof zal het voorgaande daarom ook tot uitgangspunt nemen.

3.7.5. [appellant] beroept zich als verweer tegen de vordering tot betaling van de € 30.000,= kennelijk op verrekening. Mede gelet op de kennelijke betwisting daarvan door de curator had het op de weg van [appellant] gelegen om zijn beroep op verrekening te voorzien van een behoorlijke toelichting. Hij heeft dat echter nagelaten. [appellant] heeft bijvoorbeeld nagelaten om te stellen welke concrete kosten hij ten behoeve van Lexin International voor zijn rekening heeft genomen. Het



hof constateert verder dat [appellant] heeft nagelaten om toe te lichten waarom hij *niet* wilde dat de Interpolis-uitkering in de boekhouding van Lexin International werd verwerkt. Dit had echter wel van hem mogen worden verwacht in het licht van het door de curator gevoerde verweer en in het licht van de eigen stelling van [appellant] dat hij correct handelde door de uitkering op zijn privérekening te laten storten, omdat hij een geldlening aan Lexin International had verstrekt in verband met het herstellen van de schade. Gezien het voorgaande dient het beroep van [appellant] op verrekening als onvoldoende feitelijk onderbouwd te worden verworpen.

3.7.6. Het hof overweegt voorts dat [appellant] in verzuim is met de terugbetaling van genoemd bedrag van € 30.000,=, in elk geval sinds de dag van dagvaarding in eerste aanleg, zodat sedert 23 december 2011 aanspraak bestaat op wettelijke rente.

3.7.7. Uit dit alles volgt dat ook de grieven 3 en 4 falen.

### ***De aansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW***

3.8.1. De grieven 5 en 6 hebben betrekking op het oordeel van de rechtbank dat [appellant] jegens de boedel van [Beheer] Beheer, Lexin Holding, Lexin International en Lexin Nederland aansprakelijk is uit hoofde van artikel 2:248 BW.

3.8.2. Grief 5 heeft meer in het bijzonder betrekking op het oordeel van de rechtbank dat ten aanzien van [Beheer] Beheer, Lexin Holding, Lexin International en Lexin Nederland sprake is geweest van een gebrekkige boekhouding, dat [appellant] zijn taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld, dat deze onbehoorlijke taakvervulling wordt vermoed een belangrijke oorzaak van de faillissementen te zijn geweest en dat [appellant] niet aannemelijk heeft gemaakt dat andere feiten en omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van de faillissementen zijn geweest.

3.8.3. [appellant] stelt in de toelichting op deze grief dat het onjuist is dat na december 2008 geen boekhouding meer is gevoerd. De chaotische boekhouding, waarvan op dat moment sprake was, was het gevolg van slecht functionerende medewerkers. Toen [appellant] daarvan op de hoogte raakte, heeft hij meteen maatregelen getroffen: de verantwoordelijke medewerker is ontslagen; [appellant] is zelf gestart met het aanbrengen van correcties en heeft vervolgens eerst accountant [accountant 1] en vervolgens accountant [accountant 2] aangesteld om de boekhouding op orde te brengen. Door geldgebrek zijn deze accountants op enig moment gestopt met hun werkzaamheden. De boekhouding tot en met augustus 2009 stond op de servers, die vervolgens zijn onvreemd. Dat de curator geen boekhouding

heeft aangetroffen, kan [appellant] daarom niet worden verweten.

3.8.4. Door middel van grief 6 maakt [appellant] bezwaar tegen de beslissing van de rechtbank om hem niet toe te laten tot het leveren van tegenbewijs tegen het wettelijke vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling tot het faillissement van [Beheer] Beheer, Lexin Holding, Lexin International en Lexin Nederland heeft geleid.

3.8.5. Ter toelichting op deze grief voert [appellant] aan [appellant] dit (tegen)bewijs had aangeboden en dat de rechtbank het aanbod niet had mogen passeren. Het faillissement van [Beheer] Beheer, Lexin Holding, Lexin International en Lexin Nederland is veroorzaakt door een afname van de vraag naar de producten, aldus [appellant] .

3.8.6. De curator voert, voor zover van belang, aan [appellant] de boekhouding zelf kwalificeert als 'chaotisch' en dat hij daarmee erkent dat deze niet op orde was. Als, waar het de boekhouding betreft, medewerkers van de onderneming(en) zijn tekortgeschoten (hetgeen volgens de curator niet vaststaat), dan is dat niet relevant. Als bestuurder draagt [appellant] de verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van de boekhouding. Dat in 2009 correcties of herstellingen hebben plaatsgevonden is de curator niet gebleken. De curator heeft nimmer een boekhouding over 2009 of 2010 ontvangen. Aan de vage en niet onderbouwde stelling dat het faillissement is veroorzaakt door een afname van de vraag moet worden voorbijgegaan, aldus de curator.

3.8.7. Het hof stelt voorop dat [appellant] als (al dan niet indirect) bestuurder van [Beheer] Beheer, Lexin Holding, Lexin International en Lexin Nederland verplicht was om 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 konden worden gekend (zie artikel 2:10 lid 1 BW).

3.8.8. De curator heeft in eerste aanleg gemotiveerd gesteld dat hem in augustus 2009 is gebleken dat voor Lexin Holding en Lexin International in 2009 in het geheel geen administratie is bijgehouden en dat hetzelfde geldt voor Lexin Nederland over de periode januari 2009-maart 2010. Ten aanzien van [Beheer] Beheer heeft de curator gemotiveerd gesteld dat voor deze vennootschap in 2009 en in 2010 (tot het faillissement in mei 2010) eveneens in het geheel geen administratie is gevoerd. De curator heeft gesteld dat hij zulks van [appellant] heeft vernomen en dat de uitlating

van [appellant] overeenstemt met hetgeen hij aan fysieke administratie heeft aangetroffen in het kantoorpand van de Lexin-groep aan [het adres] te [kantoorplaats], waar zich volgens uitlating van [appellant] de administratie van de Lexin-groep zou bevinden. Verder heeft de curator gesteld dat hij van de boekhouder van Lexin Holding en van medewerkers van Lexin Holding en Lexin International heeft vernomen dat sinds december 2008 geen administratie meer werd bijgehouden.

3.8.9. In reactie op deze stellingen heeft [appellant] aangevoerd dat de ontoereikende administratie het gevolg is geweest van het tekortschieten van enkele medewerkers van de vennootschappen en met name van de CFO, die volgens [appellant] ‘een potje maakte van de administratie’. Deze stelling kan [appellant] niet baten, omdat de verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van de administratie te allen tijde berust bij de bestuurder. Gesteld dat juist is dat [appellant], zoals hij verder stelt, in de loop van 2009 maatregelen heeft getroffen ter verbetering van de kwaliteit van de administratie (welke administratie zich op enkele nadien verduisterde servers zou bevinden), dan doet dat niet af aan het feit dat de administratie in de daarvóór liggende periode – van op zijn minst verscheidene maanden – niet aan de eisen heeft voldaan. In zoverre volgt reeds uit de eigen stellingen van [appellant] dat hij als bestuurder van de vier vennootschappen zijn administratieverplichting niet is nagekomen. Bovendien heeft [appellant] zelf gesteld dat accountant [accountant 2] voorafgaande aan de eerste faillissementen binnen de Lexin-groep de boekhouding *grotendeels* heeft gecorrigeerd en dat *deze* gecorrigeerde boekhouding op de servers staat die zijn gestolen (cva, nrs. 3 en 4, cursivering hof). Ook wat dat betreft volgt uit zijn eigen stellingen dat hij zijn administratieverplichting heeft geschonden.

3.8.10. Op grond van het voorgaande houdt het hof het ervoor dat de administratie van [Beheer] Beheer, Lexin Holding, Lexin International en Lexin Nederland in de relevante periode vóór de faillissementen niet heeft voldaan aan de op grond van artikel 2:10 lid 1 BW te stellen eisen en dat [appellant] derhalve in zoverre zijn boekhoudverplichting heeft geschonden. Derhalve staat op grond van het bepaalde in artikel 2:248 lid 2 BW (onweerlegbaar) vast dat [appellant] zijn taak als bestuurder van de vier vennootschappen onbehoorlijk heeft vervuld. De onbehoorlijke taakvervulling wordt tevens (weerlegbaar) vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement van de vennootschappen te zijn geweest.

3.8.11. De vraag die vervolgens rijst is of [appellant] aannemelijk heeft weten te maken dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement van de vier vennootschappen zijn geweest. In eerste aanleg heeft [appellant] zich in dit verband (uitsluitend) beroepen op de ontoereikende administratie en de daardoor veroorzaakte onduidelijkheid over

geldstromen. Aan die stelling is de rechtbank terecht voorbij gegaan, omdat geen sprake is van een *andere* oorzaak dan de onbehoorlijke taakvervulling. In hoger beroep heeft [appellant] de stelling inzake de ontoereikende administratie als oorzaak van het faillissement niet herhaald. [appellant] stelt nu dat de faillissementen zijn veroorzaakt door een afname van de vraag naar de producten (waarmee kennelijk wordt bedoeld op warmtepanelen). [appellant] heeft deze stelling niet voorzien van een enige onderbouwing. Dat had op zijn weg gelegen, des te meer nu de curator onweersproken heeft gesteld dat [appellant] na de faillissementen van de vier vennootschappen heeft gestreefd naar een doorstart en ook daadwerkelijk een informele doorstart heeft gemaakt. In geval van een significante afname van de vraag ligt een dergelijke gang van zaken niet onmiddellijk voor de hand. Bij gebreke aan afdoende concrete feitelijke stellingen inzake de 'andere' oorzaak van de faillissementen van de vier vennootschappen, behoeft [appellant] niet tot het leveren van het bewijs van zijn stellingen te worden toegelaten. Grief 6 faalt mitsdien.

3.8.12. Het voorgaande betekent dat [appellant] niet aannemelijk heeft gemaakt dat een andere oorzaak dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van de faillissementen van [Beheer] Beheer, Lexin Holding, Lexin International en Lexin Nederland. Ook grief 5 faalt derhalve. Dit heeft tot gevolg dat [appellant] , gelet op het bepaalde in artikel 2:248 lid 1 BW, jegens de boedels aansprakelijk is voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan. De curator heeft onweersproken gesteld dat de totale omvang van de tekorten nog niet bekend is, zodat toepassing behoort te worden gegeven – zoals de rechtbank heeft gedaan – aan het bepaalde in artikel 2:248 lid 5 BW.

### **Slotsom**

3.9. Al het voorgaande tezamen genomen leidt het hof tot het oordeel dat het vonnis waarvan beroep moet worden bekrachtigd.

3.10. Het hof zal [appellant] als de in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de kosten van het hoger beroep. Deze kosten zullen aan de zijde van de curator worden vastgesteld op:

– griffierecht € 4961,=

totaal verschotten € 4961,=

en voor salaris advocaat overeenkomstig het liquidatietarief:

1. punt x € 2.632,- € 2.632,-.

#### **4 De uitspraak**

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt [appellant] in de proceskosten van het hoger beroep, welke kosten tot op heden aan de zijde van de curator worden begroot op € 4961,= aan verschotten en op € 2632,= aan salaris advocaat;

verklaart dit arrest wat betreft de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

#### **Noot**

1. In de onderhavige uitspraak hoort appellant een veelvoud aan vorderingen tegen zich toegewezen in verband met het faillissement van een viertal (groeps)vennootschappen waarover appellant het bestuur voerde. Zo heeft appellant nog een schuld in r-c aan een van de vennootschappen en heeft hij een aan een van de vennootschappen toekomstige verzekeringsuitkering doen toekomen aan hem in privé (feitelijk is hiermee volgens de curator evenzeer een r-c schuld ontstaan). De curator vordert onder andere terugbetaling van deze bedragen. Appellant voert tegen beide schulden een “ja, maar...” oftewel een bevrijdend verweer. Appellant stelt ten aanzien van beide vorderingen namelijk dat hij in privé onkosten heeft gemaakt ten behoeve van de vennootschappen, waarmee de r-c schulden inmiddels zijn verrekend. Appellant draagt ter zake deze (door de curator betwiste) bevrijdende verweren ingevolge art. 150 Rv de bewijslast, maar slaagt volgens het hof niet eens in het aannemelijk maken (laat staan bewijzen) van zijn pretense verrekeningspositie. Sterker nog, het hof acht de door appellant geschetste gang van zaken “volstrekt onaannemelijk” (zie r.o. 3.6.3 e.v.). Bij gebrek aan voldoende onderbouwing worden deze verweren door het hof dan ook gepasseerd.

2. Appellant wordt tevens veroordeeld in het faillissementstekort ex art. 2:248 BW. Zowel rechtbank als hof zijn namelijk van mening dat Appellant niet heeft voldaan aan de boekhoudplicht ex art. 2:10 lid 1 BW (waarmee de onbehoorlijke taakvervulling van appellant als bestuurder ex art. 2:248 lid 2 BW vaststaat) en dat appellant niet aannemelijk heeft gemaakt dat andere feiten en omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van de faillissementen zijn geweest. Op beide aspecten, te weten de schending van de boekhoudplicht ex art.

2:10 lid 1 BW en het weerleggen van het bewijsvermoeden ex art. 2:248 lid 2, gaan wij hierna nader in.

3. Ingevolge art. 2:248 lid 2 BW wordt (onweerlegbaar) vermoed dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld, wanneer het bestuur niet heeft voldaan aan de boekhoudplicht ex art. 2:10 BW of de (tijds) publicatieplicht van de jaarrekening ex art. 2:394 BW. Bij schending van (een van) deze verplichtingen wordt tevens (weerlegbaar) vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

4. Aan de boekhoudplicht ex art. 2:10 BW is voldaan indien de boekhouding snel inzicht geeft in de debiteuren- en de 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 (HR 11 juni 1993, *NJ* 1993/713 (*Kempers en Sarper*)).

5. Het weerleggen van het bewijsvermoeden ex art. 2:248 lid 2 BW is geslaagd als de bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest (HR 23 november 2001, *NJ* 2002/95 (*Mefigro*) en HR 20 oktober 2006, *NJ* 2007/2 (*Van Schilt*)). Stelt de bestuurder daartoe een van buiten komende oorzaak en wordt de bestuurder door de curator verweten dat hij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, dan zal de bestuurder tevens feiten en omstandigheden moeten stellen en zo nodig aannemelijk maken waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert (HR 30 november 2007, *NJ* 2008/91 (*Blue Tomato*)).

6. Ter zake de boekhoudplicht erkent appellant dat tot december 2008 een chaotische boekhouding is gevoerd. Appellant stelt echter dat zodra hij bekend werd met deze gebreken hij heeft ingegrepen door de verantwoordelijk medewerker te ontslaan, dat hij zelf is gestart met het aanbrengen van correcties en dat vervolgens accountants zijn aangesteld om de boekhouding op orde te brengen. Door geldgebrek is hiermee op enig moment gestopt en tot overmaat van ramp zijn de servers waarop de boekhouding tot en met augustus 2009 stond gestolen (zie r.o. 3.8.3). Volgens het hof kan de stelling dat het met name de CFO was die “een potje maakte van de administratie” appellant niet baten, aangezien de verantwoordelijkheid hiervoor te allen tijde berust bij het bestuur. Onbetwist is dat gedurende ten minste enkele maanden de administratie niet op orde was en dus niet aan de boekhoudplicht is voldaan. Het hof oordeelt dat hierdoor onweerlegbaar vaststaat dat appellant zijn taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld. Het hof gaat niet in op de stelling dat

de gebreken in de administratie weer zijn hersteld. De curator betwist dat dit het geval zou zijn, zodat appellant dit zou moeten aantonen. Als de administratie inderdaad weer op orde zou zijn en de servers zouden zijn gestolen, zou dit bewijs kunnen worden geleverd door de bij de accountant aanwezige informatie. Nu het arrest hier geen melding van maakt, zal hier waarschijnlijk geen sprake van zijn geweest.

7. Interessant is wel de vraag of een tijdig herstelde administratie alsnog leidt tot het onweerlegbaar vaststaan van onbehoorlijke taakvervulling. Een causaal verband tussen dit tijdelijke gebrek en het faillissement zou dan mogelijkerwijs ontbreken. In de rechtspraak blijkt echter strikt de hand te worden gehouden aan het wetsvereiste dat de rechten en plichten “te allen tijde” kunnen worden gekend (Hof Amsterdam 11 januari 2007, RO 2007/70, m.nt. Wenk; Rb. Breda 10 juni 1997, «JOR» 1997/95, m.nt. Kortmann). Gezien de drie-jaarstermijn van lid 6 van art. 2:248 BW is gekozen voor een duidelijke afgrenzing, waarbij discussies over causaal verband geen rol spelen bij de vraag of er sprake is van onbehoorlijke taakvervulling, maar wel bij de vraag of het aannemelijk is dat dergelijke onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Dit voorkomt dat causaal-verband-discussies op twee niveaus worden gevoerd. Ook het eerst binnen drie jaren voorafgaande aan het faillissement op orde brengen van de boekhouding zal dus meestal te laat zijn om te voorkomen dat komt vast te staan dat er sprake is van onbehoorlijke taakvervulling.

8. Inzake het weerlegbare vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is, lijkt Appellant in eerste aanleg ongelukkig te hebben geprocedeerd. In eerste aanleg heeft appellant zich in dit verband namelijk (uitsluitend) beroepen op de ontoereikende administratie en de daardoor veroorzaakte onduidelijkheid over geldstromen. Niet verrassend heeft de rechtbank daarover geoordeeld dat dit geen ‘andere’ oorzaak dan de onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Die onbehoorlijke taakvervulling was namelijk nu juist het niet-voldoen aan de boekhoudplicht! In hoger beroep gooit appellant het over een andere boeg. Appellant stelt dat het faillissement in belangrijke mate is veroorzaakt door het wegvallen van de vraag op de markt waarop de onderneming zich begaf. Naast het oordeel van het hof dat appellant deze stelling onvoldoende heeft onderbouwd, wordt de stelling gelogenstraft doordat appellant onbetwist na de faillissementen heeft gestreefd naar een doorstart en deze ook heeft uitgevoerd. Het hof meent daarvan terecht dat in geval van een significante afname van de vraag een dergelijke doorstart niet onmiddellijk voor de hand ligt. Het had derhalve op de weg van appellant gelegen haar stelling te voorzien van nadere onderbouwing.

9. Appellant heeft niet aannemelijk gemaakt dat een andere oorzaak dan de

onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van de faillissementen en is derhalve jegens de boedels aansprakelijk voor de tekorten.

M.C. van Rijswijk, Fermm Advocaten

E.J.H. Zandbergen, Fermm Advocaten

---