

## Onbelangrijk verzuim bij te laat publiceren van de jaarrekening ziet op taakvervulling door gehele bestuur

Bb 2014/15

*Aan de hand van het arrest van de Hoge Raad van 1 november 2013 (Lensink q.q./Verify) wordt aandacht besteed aan het (onbelangrijk) verzuim bij te laat publiceren van de jaarrekening. Aan de orde komt onder meer: het onbelangrijk verzuim en willekeurige termijnoverschrijdingen en de verantwoordelijkheid voor het publiceren van de jaarrekening.*

### 1. Inleiding

Een onderneming is verplicht om uiterlijk dertien maanden na afloop van het boekjaar de jaarrekening te publiceren. Wordt deze wettelijke termijn van dertien maanden overschreden en de onderneming faillieert, dan bepalen art. 2:138 lid 2 en art. 2:248 lid 2 BW dat de te late openbaarmaking van de jaarrekening betekent dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur en dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement vermoed wordt te zijn. Indien het te laat deponeren van de jaarrekening is aan te merken als een onbelangrijk verzuim, is er geen sprake van onbehoorlijke taakvervulling. Vaak rijst de vraag wanneer sprake is van een onbelangrijk verzuim. In een reeks recente arresten is het onbelangrijk verzuim verder geduid.

### 2. Hoge Raad 1 november 2013 (Lensink q.q./Verify)

#### Feiten

In de kwestie Lensink q.q./ Verify (HR 1 november 2013, RO 2014/7, JOR 2013/336, ECLI:NL:HR:2013:1079, ECLI:NL:PHR:2013:108) is hoofdelijke aansprakelijkheid bij onbehoorlijke taakvervulling door het gehele bestuur nogmaals tegen het licht gehouden. In deze kwestie was het volgende aan de orde. Verify International Holding B.V. (hierna: 'VIH') is enig aandeelhouder en enig bestuurder van Verify Nederland B.V. (hierna: 'Verify Nederland') en Verify Europe B.V. (hierna: 'Verify Europe'). Verweerder in cassatie Huynen is van 26 augustus 1994 tot 21 februari 2005 bestuurder van VIH geweest en daarmee ook indirect bestuurder van Verify Nederland en Verify Europe geweest.

Op 28 juli 2005 zijn VIH, Verify Nederland en Verify Europe in staat van faillissement verklaard met benoeming van mr. J. Lensink tot curator (hierna: de 'Curator'). De Curator heeft tegen Huynen een procedure aangespannen en een veroordeling van Huynen tot betaling van het boedeltekort gevorderd vanwege onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:248 BW. De Curator voert onder meer aan dat de jaarstukken van VIH, Verify Nederland en Verify Europe over het boekjaar 2003 niet vóór of op de uiterste datum van 1 februari

2005 maar, wat voor VIH en Verify Nederland betreft op 10 februari 2005 en, voor wat Verify Europe betreft, op 3 augustus 2005 zijn gepubliceerd. Daarmee zijn de jaarstukken respectievelijk tien dagen en zes maanden te laat gepubliceerd.

#### Geding in feitelijke instanties

De Rechtbank Amsterdam wijst de vorderingen van de Curator af omdat Huynen gesteld en bewezen heeft dat hij gedurende de overschrijding van de publicatietermijn voor slechts drie weken (indirect) bestuurder van de VIH, Verify Nederland en Verify Europe was. Huynen trad immers op 21 februari 2005, drie weken na de uiterste publicatiedatum, terug als bestuurder van VIH. Het oordeel van de rechtbank heeft tot gevolg dat een bestuurder die één dag voor de publicatietermijn van dertien maanden aftreedt, niet aangesproken kan worden op grond van art. 2:248 lid 2 BW. De bestuurder die één dag na de uiterste publicatietermijn terugtreedt en die zijn opvolger erop wijst dat de jaarrekening gereed en klaar voor publicatie is, is indien zijn opvolger nalaat om te publiceren, wel aansprakelijk op grond van art. 2:248 lid 2 BW. Daarnaast overweegt de Rechtbank Amsterdam, niet geheel onbelangrijk, dat de overschrijding van tien dagen is aan te merken als een onbelangrijk verzuim. De Curator stelt hoger beroep in, waarna het hof het vonnis van de rechtbank bekrachtigt. Ook het hof oordeelt dat de overschrijding van de termijn voor de duur van tien dagen moet worden gekwalificeerd als een onbelangrijk verzuim, gelet op de korte duur van de overschrijding en de plausible verklaring die Huynen heeft gegeven. Deze verklaring komt erop neer dat de accountant van VIH, Verify Nederland en Verify Europe zijn tijd bijna uitsluitend heeft besteed aan het due diligenceonderzoek dat toen plaatsvond ten behoeve van destijds op handen zijnde overnames.

#### Geding in cassatie

De Hoge Raad heeft in zijn oordeel met betrekking tot de termijnoverschrijding van tien dagen door Huynen, de door de Curator ingestelde grief ongegrond verklaard en het oordeel van het hof onderschreven dat een termijnoverschrijding van tien dagen als een onbelangrijk verzuim dient te worden aangemerkt. De Hoge Raad baseert zich daarbij op de relatief korte duur van die overschrijding en op zijn vaststelling dat Huynen een plausible verklaring voor die overschrijding heeft gegeven.

Echter, met betrekking tot Verify Europe oordeelt de Hoge Raad dat het hof zich bij zijn oordeel dat sprake is van een onbelangrijk verzuim, niet had kunnen beperken tot de drie weken waarin Huynen nog beleidsbepaler bij Verify Europe was. Het hof had de gehele periode van de overschrijding van de publicatietermijn van ruim zes maanden in zijn beoordeling moeten betrekken, aldus de Hoge Raad.

<sup>1</sup> Mr. W.A.T. Thijssen is advocaat bij Deterink advocaten en notarissen.

De Hoge Raad oordeelt dat het bij kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:248 leden 1 en 2 BW gaat om de taakvervulling door het bestuur van de vennootschap. Het gaat derhalve niet slechts om de individuele bestuurder. Bij de toepassing van het art. dient eerst te worden onderzocht of sprake is geweest van een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. Is dat het geval, dan is op grond van art. 2:248 lid 1 BW in beginsel ieder van de individuele bestuurders jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor die onbehoorlijke taakvervulling.

Artikel 2:248 lid 3 BW biedt de individuele bestuurder vervolgens de mogelijkheid zich te disculperen voor het onbehoorlijke bestuur. Daarvoor moet hij bewijzen dat het onbehoorlijke bestuur niet aan hem te wijten is geweest en dat hij niet nalatig was in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

Artikel 2:248 lid 4, tweede zin, BW geeft de rechter voorts de mogelijkheid tot matiging van het bedrag van de aansprakelijkheid van de individuele bestuurder, onder meer in verband met de tijd gedurende welke die bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaatsvond.

De bepaling van art. 2:248 lid 2 BW dat een onbelangrijk verzuim niet in aanmerking wordt genomen, heeft derhalve betrekking op de vraag of sprake is geweest van een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, en niet op het aandeel in die onbehoorlijke taakvervulling van de individuele bestuurder. De Hoge Raad gaat bij zijn beoordeling uit van het beginsel van collectief bestuur dat doorwerkt in de artikelen over het onbehoorlijk bestuur. Ieder die van het bestuur deel uitmaakt ten tijde van de onbehoorlijke taakvervulling, is hoofdelijk aansprakelijk, tenzij de bestuurder zich kan disculperen.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof Amsterdam en verwijst de zaak ter verdere behandeling en beslissing naar het Hof Den Haag. Na verwijzing moet opnieuw worden beslist over de vordering van de Curator voor zover gebaseerd op de overschrijding van de publicatietermijn van zes maanden voor de jaarstukken van Verify Europe. Nu het Hof Den Haag zich bij het behandelen van de kwestie niet kan beperken tot de drie weken waarin Huynen nog beleidsbepaler bij Verify Europe was, zal tevens het beroep van Huynen op toepassing van art. 2:248 lid 3 BW (disculpatie) en wellicht ook art. 2:248 lid 4 BW (matiging) moeten worden behandeld.

### 3. Onbelangrijk verzuim en willekeurige termijnoverschrijdingen

In het vervolg van deze bijdrage zal nader worden ingegaan op het onbelangrijk verzuim, en de willekeur die is ontstaan door het te laat publiceren van de jaarrekening aan de hand van de jurisprudentie van de Hoge Raad.

Uit de slotzin van art. 2:138 lid 2 en art. 2:248 lid 2 BW blijkt dat het onbelangrijk verzuim niet in aanmerking genomen wordt indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de art. 2:10 BW of 2:394 BW. Overschrijding van de voor publicatie geldende termijn van dertien maan-

den met enkele dagen kwalificeert, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, als een onbelangrijk verzuim.

In het arrest van de Hoge Raad van 11 juni 1993 (HR 11 juni 1993, *NJ* 1993/713 (*Brensq./Sarper*)), was met betrekking tot twee boekjaren sprake van overschrijding van publicatietermijn met respectievelijk elf en twaalf dagen. Het hof oordeelt dat een overschrijding van de voor publicatie geldende termijn van dertien maanden met enkele dagen – zonder dat verklarende omstandigheden worden gesteld – kwalificeert als een dergelijk onbelangrijk verzuim. Of al dan niet sprake is van een onbelangrijk verzuim hangt niet alleen af van de duur van de overschrijding, maar van alle omstandigheden van het geval, en in het bijzonder de redenen voor de overschrijding. Aan deze omstandigheden moeten hogere eisen worden gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is.

In zijn arrest van 2 februari 1996 (HR 2 februari 1996, *NJ* 1996/406 (*Pfennings/Niederer q.q.*)) overweegt de Hoge Raad met betrekking tot een termijnoverschrijding van 17 dagen dat voorop moet worden gesteld dat de overschrijding van de termijn voor openbaarmaking van de jaarrekening afhangt van de omstandigheden van het geval, waarbij dient te worden opgemerkt dat naarmate de termijnoverschrijding langer is, de stelplicht en de bewijslast op de aangesproken bestuurder komen te rusten. Indien de termijnoverschrijding langer is dan twee weken, kunnen bijkomende omstandigheden de overschrijding alsnog een onbelangrijk verzuim doen zijn. Deze omstandigheden zullen door de bestuurder moeten worden aangevoerd en deze dienen de termijnoverschrijding te hebben beïnvloed.

Er bestaat een zekere frictie omdat de Hoge Raad inzake *Brensq./Sarper* heeft geoordeeld dat de termijnoverschrijding van twaalf dagen heeft te gelden als een onbelangrijk verzuim terwijl een termijnoverschrijding van zeventien dagen in beginsel niet heeft te gelden als een onbelangrijk verzuim. Deze frictie wordt gevoed door de zekere willekeur die de Hoge Raad hanteert. Nu een bestuurder altijd de mogelijkheid heeft om feiten en omstandigheden te stellen die het aannemelijk maken dat sprake is van een onbelangrijk verzuim, bestaat er een zekere marginale toets voor de rechtspraak. De Hoge Raad geeft in twee recente uitspraken handvaten om de te laat deponerende bestuurder tegemoet te gekomen, opdat de bestuurder een aanvaardbare verklaring kan aandragen voor de te late publicatie.

De Hoge Raad verwijst in zijn vonnis van 1 november 2013 immers ook naar zijn vonnis van 12 juli 2013 (HR 12 juli 2013, *RO* 2013/69, *JOR* 2013/300, *ECLI:NL:HR:2013:BZ7189* (*Bobo Holding c.s./König q.q.*)), waarin het onbelangrijk verzuim reeds nader werd belicht. De Hoge Raad oordeelde in dat arrest dat het niet voldoen aan de boekhoudplicht en de niet-tijdige openbaarmaking van de jaarrekening onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur opleveren, omdat het niet voldoen aan deze verplichtingen erop wijst dat het bestuur zijn taak ook voor het overige niet behoorlijk vervult. In zijn vonnis van 12 juli 2013 overweegt de Hoge Raad dat het beslissend is of de aangevoerde omstandigheden een aanvaardbare verklaring opleveren voor de te late publicatie, op grond waarvan het verzuim niet valt aan te merken als

onbehoorlijke taakvervulling. Dat deze omstandigheden tot de risicosfeer van de bestuurders behoren, is daarbij als zodanig niet van belang. In het algemeen kan men stellen, dat indien de overtuiging bestaat dat de ondernemer een bonafide instelling heeft en een redelijke verklaring kan geven voor het verzuim, de bepaling van het onbelangrijk verzuim kan worden toegepast, en dat het aan de curator is om te bewijzen dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Ook het Hof Leeuwarden laat zich in zijn vonnis van 3 december 2013 (Hof Leeuwarden 3 december 2013, *NJF* 2004/33, ECLI:NL:GHARL:2013:9188) uit over de maatstaf voor de beoordeling of sprake is van een onbelangrijk verzuim. Het hof bevestigt dat voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een onbelangrijk verzuim, de gezichtspunten uit de jurisprudentie van de Hoge Raad d.d. 12 juli 2013 en 1 november 2013 in aanmerking moeten worden genomen. Hier worden de jaarrekeningen respectievelijk 88 dagen en 49 dagen te laat gedeponeerd. Het hof oordeelt dat de duur van de termijnoverschrijdingen fors is, bijgevolg is geen sprake van een onbehoorlijk verzuim.

Ook de aansprakelijkheid van de bestuurder die een dag voor of na de termijn van dertien maanden aan- of aftreedt is arbitrair. De Hoge Raad heeft echter vooralsnog nagelaten om zich hier nader over uit te laten.

#### 4. **Verantwoordelijkheid publiceren jaarrekening**

Een individueel bestuurder dient zich ervan bewust te zijn, dat hij ook aansprakelijk kan worden gehouden voor hetgeen na zijn aftreden wordt gedaan of nagelaten. Indien het bestuur van de vennootschap de termijn voor publicatie overschrijdt, dan is dit niet slechts toe te schrijven aan het handelen van het bestuur na de termijn van dertien maanden. De wetgever zou in de mogelijkheid moeten voorzien om het bestuur eveneens aansprakelijk te houden indien het bestuur slechts gedurende de termijn van dertien maanden nagelaten heeft om de jaarcijfers op te maken en te publiceren. Indien het bestuur aftreedt voordat de termijn van dertien maanden is verstreken, kan zij in haar geheel niet aansprakelijk worden gehouden ex art. 2:248 lid 2 BW voor het nalaten om de benodigde publicatiehandelingen te verrichten. Het schenden van de termijn van dertien maanden is immers niet louter een gevolg van de handelingen na deze termijn van dertien maanden. Reeds bij aanvang van deze termijn dient het bestuur zich ervan te vergewissen dat de jaarstukken gereedgemaakt moeten worden en moeten worden gedeponeerd. Ook als het bestuur gedurende de termijn van dertien maanden aftreedt, zou het bestuur verantwoording af moeten leggen indien later blijkt dat de jaarrekening niet tijdig is opgemaakt dan wel niet tijdig is gepubliceerd. Het niet publiceren van de jaarrekening is immers mede toe te schrijven aan het feit dat publicatie niet heeft plaatsgevonden in de periode van dertien maanden.

Er bestaat een wezenlijk verschil met de bestuurder die uit het bestuur terugtreedt nadat kennelijke onbehoorlijke taakvervulling wegens termijnoverschrijding wordt vastgesteld. Alsdan kan de bestuurder immers wel op grond van art. 2:248 lid 2 BW worden aangesproken. De bestuurder die terugtreedt nadat de termijn van dertien maanden is verstreken, is aangewezen op disculpatie of matiging indien het niet lukt om de bewijsvermoedens van art. 2:248 lid 2 BW te ontzenuwen. Kortom: bestuurders van een onderneming die te laat overgaan tot publicatie van de jaarrekening lopen in een faillissementssituatie het risico door de curator persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk te worden gesteld indien het de betrokken bestuurders niet lukt om het vermoeden van onbehoorlijke taakvervulling te ontzenuwen.

#### 5. **Conclusie**

Het niet voldoen aan de boekhoudplicht en de niet-tijdige openbaarmaking van de jaarrekening leveren onbehoorlijke taakvervulling van het gehele bestuur op. Bestuurders kunnen op grond van aangevoerde omstandigheden een aanvaardbare verklaring aandragen voor de te late publicatie, op grond waarvan het verzuim niet valt aan te merken als onbehoorlijke taakvervulling. Het onbelangrijk verzuim heeft betrekking op de vraag of sprake is geweest van onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur en niet op het aandeel in de onbehoorlijke taakvervulling van een individuele bestuurder.