

**Administreren
en deponeren
kan aansprakelijkheid weren**

Een onderzoek naar de rol van de administratie- en deponeringsplicht in het
oorzakenonderzoek

Auteur: Stephan Oosterwijk
Studentnummer: 2069490

Afstudeerorganisatie: Grant Thornton
Afstudeermentor: mr. D. Alblas AA

Onderwijsinstelling: Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Eerste afstudeerdocent: mr. A.J.M. van Dooren
Tweede afstudeerdocent: mr. N.H.P.G. Sommers

Rotterdam, mei 2016

Administreren en deponeren kan aansprakelijkheid weren

Een onderzoek naar de rol van de administratie- en deponeringsplicht in het
oorzakenonderzoek

Auteur:	Stephan Oosterwijk
Studentnummer:	2069490

Afstudeerorganisatie:	Grant Thornton
Afstudeermentor:	mr. D. Alblas AA

Onderwijsinstelling:	Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Eerste afstudeerdocent:	mr. A.J.M. van Dooren
Tweede afstudeerdocent	mr. N.H.P.G. Sommers

Rotterdam, mei 2016

Voorwoord

Administratie- en deponeringsplicht, is dat niet verschrikkelijk stoffig en saai? Deze vraag werd mij vaak voor de voeten geworpen als ik enthousiast duidelijk probeerde te maken wat het thema van mijn afstudeerscriptie was. Een stoffig en saai thema was het zeker niet. En dat er veel over geschreven is, wordt wel duidelijk als je kijkt naar de lijst van literatuur en overige bronnen.

Ik heb deze scriptie dan ook met veel plezier geschreven. Dat was zonder de hulp van mijn afstudeermentor mr. D. Alblas AA niet gelukt. Met zijn (scherpe) opmerkingen in de kantlijn heeft hij mij herhaaldelijk aan het denken gezet. Vaak was dat ook stof voor interessante en diepgaande discussies.

Ook wil mijn afstudeerbegeleiders van de Juridische Hogeschool bedanken voor hun inzet om mijn pennenvrucht te lezen, met mij mee te denken en uiteindelijk te beoordelen.

Stephan Oosterwijk

Rotterdam, mei 2016.

Inhoudsopgave

Samenvatting	
Afkortingenlijst	
Hoofdstuk 1 Inleiding	7
1.1 Korte beschrijving van de afstudeerorganisatie	7
1.2 Beschrijving werkzaamheden van de organisatie	7
1.3 Aanleiding	7
1.4 Probleemstelling	7
1.5 Centrale vraag en deelvragen	8
1.6 Doelstelling	8
1.7 Verantwoording	8
1.8 Leeswijzer	8
Hoofdstuk 2 Administratieplicht	9
2.1 Verschil administratie en boekhouding	9
2.2 Eisen uit de wet	9
2.2.1 Verschillen tussen de civiele bepalingen	9
2.2.2 Fiscale administratieplicht	10
2.2.3 Rechtspersonen	10
2.2.4 Privaatrechtelijke rechtspersoon	10
2.2.5 Doel administratie	10
2.2.6 Ratio administratieplicht in faillissement	11
2.2.7 Wetsgeschiedenis	11
2.2.8 Randvoorwaarde	12
2.2.9 Bewaarplicht	12
2.2.10 Cloud	12
2.2.11 Schending administratieplicht	13
2.3 Eisen uit de jurisprudentie	13
2.3.1 Ontwikkeling administratieplicht	13
2.3.2 Overige richtlijnen jurisprudentie	16
2.4 Eisen uit de beroepspraktijk	16
2.5 Deelconclusie	17
Hoofdstuk 3 Jaarrekeningplicht	19
3.1 Verplichting	19
3.2 Jaarrekening	19
3.2.1. Accountantsverklaring	20
3.2.2 Bestuursverslag	20
3.2.3 Eisen uit de jurisprudentie	20
3.3 Deponeringsplicht	21
3.3.1 Wijze en termijn openbaarmaking	21
3.3.2 Vrijstellingen	22
3.3.3 Voordeel vrijstellingen	23
3.3.4 Deponering bestuursverslag	23

3.3.5 Schending deponeringsplicht	23
3.3.6 Misleidende voorstelling	24
3.3.7 Eisen uit de jurisprudentie	24
3.4 Deelconclusie	24
Hoofdstuk 4 Onbehoorlijke taakvervulling	26
4.1 Besturen	26
4.2 Bestuurder	26
4.3 Aansprakelijkheid bestuurder	27
4.4 Kennelijk onbehoorlijk bestuur	27
4.5 Vereisten lid 2	28
4.6 Afwenden bestuurdersaansprakelijkheid	29
4.7 Matiging	30
4.8 Bewijslast aansprakelijkheid	30
4.9 Verhouding administratieplicht en deponeringsplicht	30
4.10 Deelconclusie	30
Hoofdstuk 5 Rol van GT FIS in oorzakenonderzoek	32
5.1 Faillissement	32
5.2 Curator	32
5.2.1 Belangen	32
5.3 Werkwijze	32
5.3.1 Veiligstellen	33
5.3.2 Cloud	33
5.3.3 Oorzakenonderzoek	34
5.3.4 Quick scan	34
5.3.5 Nader onderzoek	35
5.4 Forensisch accountants	35
5.5 Werkprogramma	35
5.5.1 Huidig werkprogramma	36
5.5.2 Inventarisatie van de administratie	36
5.5.3 Volledigheid van overgelegde administratie	36
5.5.4 Boekhoudplicht	36
5.5.5 Jaarrekening laatste 3 jaar	37
5.6 Deelconclusie	37
Hoofdstuk 6 Positieversterking curatoren	38
6.1 Achtergrond	38
6.2 Wijzigingen	38
6.2.1 Informatieplicht	38
6.2.2 Fraudesignalerende rol	39
6.3 Deelconclusie	39
Hoofdstuk 7 Conclusie en aanbevelingen	40
Evaluatie	43
Lijst van geraadpleegde literatuur en overige bronnen	44

Afkortingenlijst

Art.	Artikel
Artt.	Artikelen
Awr	Algemene wet inzake rijksbelastingen
Bb	Nieuwsbrief Bedrijfsjuridische berichten
BV	Besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
C.s.	Cum suis; met de zijnen
Fw	Faillissementswet
GT	Grant Thornton
GT FIS	Grant Thornton Forensic & Investigation Services BV
HR	Hoge Raad
Jo.	Juncto
Mr.	Meester in de rechten
MvT	Memorie van Toelichting
NV	Naamloze Vennootschap
Rb.	Rechtbank
R.o.	Rechtsoverweging
Tvl	Tijdschrift voor Insolventierecht
EU IFRS	European Union International Financial Reporting Standards
VOC	Verenigd Oost-Indische Compagnie
WIC	West-Indische Compagnie
Wfbv	Wet op formeel buitenlandse vennootschappen
WvK	Wetboek van Koophandel

Samenvatting

In art. 2:248 lid 2 BW is bepaald dat als het bestuur van een vennootschap niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 2:10 of 2:394 BW, dan heeft het zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De artikelen 2:10 en 2:394 BW zijn respectievelijk de administratie- en deponeringsplicht. Het is echter onduidelijk wanneer er precies aan de verplichtingen van die artikelen voldaan is. Daarom wordt daar in opdracht van GT FIS een onderzoek naar gedaan, met als hoofdvraag:

Welke eisen stellen de wet en jurisprudentie aan de administratie- en publicatieplicht en op welke wijze dienen de curator en de door hem ingeschakelde forensisch accountants hier in hun oorzakenonderzoek mee om te gaan?

Om deze vraag te kunnen beantwoorden is allereerst gekeken naar de administratie. Door de wetgever is de term administratie ruim omschreven. Volgens de MvT bestaat de administratie uit zowel het proces als het product. Verder wordt in het artikel vermeld dat de administratie zeven jaar bewaard moet worden. Dat mag in een cloud. In de jurisprudentie is een lijn te zien van een soepele beoordeling naar een strengere. De administratieplicht van de bestuurder is meer dan alleen het in kaart brengen van de debiteuren- en crediteurenadministratie en de stand van de liquiditeiten. De vereisten zijn echter wel afhankelijk van de omvang van de rechtspersoon. Ook de beroepspraktijk heeft eisen geformuleerd voor de administratieverplichting. Het komt er grofweg op neer dat de administratieplicht bestaat uit alle aantekeningen van de primaire transacties die verband houden met inkoop-, productie- en verkoopactiviteiten.

Het opmaken van de jaarrekening behoort ook tot de administratieplicht. In de jaarrekening moet een balans, staat van baten en lasten en een toelichting daarop opgenomen worden. Binnen 6 maanden na afloop dient het bestuur die zaken op papier te stellen. Een accountantsverklaring is in beginsel verplicht. Er moet eveneens een bestuursverslag gemaakt worden. De jaarrekening en het bestuursverslag dienen ook gedeponereerd te worden. Niet alle rechtspersonen hoeven aan (alle) verplichtingen van de deponeringsplicht te voldoen. De wet maakt onderscheid in micro, klein, middelgroot en groot. In de jurisprudentie is bepaald dat het hele bestuur verantwoordelijk is voor het opmaken en het deponeren. Een kleine overschrijding van de deponeringstermijn moet als onbelangrijk verzuim gezien worden.

Zoals hiervoor beschreven is, leidt het niet houden aan de verplichtingen van art. 2:248 lid 2 BW tot bestuurdersaansprakelijkheid. Er zijn mogelijkheden om de aansprakelijkheid af te wenden, maar dat is niet eenvoudig.

Het is de taak van de curator om een oorzakenonderzoek in te stellen. Daarmee kan hij erachter komen of een vordering op grond van art. 2:248 lid 2 BW zinvol is. Het is aan te raden om daarbij hulp van forensisch accountants in te schakelen. GT FIS doet regelmatig faillissementsonderzoeken. Ze hebben ook een eigen werkprogramma. Dat voldoet echter niet helemaal aan de vereisten die uit het onderzoek naar voren zijn gekomen. Er dienen enkele aanpassingen plaats te vinden. Een vernieuwd werkprogramma dat voldoet aan alle vereisten is te vinden in bijlage B.

De faillissementswetgeving is in beweging. Daarom is ook naar nieuwe wetgeving gekeken. In het nieuwe wetsvoorstel wordt de curator enerzijds geholpen door de medewerkingsverplichting van de failliet. Anderzijds dient de curator aangifte te doen van onregelmatigheden.

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Korte beschrijving van de afstudeerorganisatie

Grant Thornton in Nederland is lid van Grant Thornton International Ltd. (GTIL), één van 's werelds grootste netwerken van onafhankelijke accountants- en adviesorganisaties met ruim 40.000 professionals in meer dan 130 landen.¹

In Nederland werken ruim 400 mensen bij Grant Thornton (in het vervolg: GT) vanuit 8 vestigingen.

Grant Thornton Forensic & Investigation Services BV (in het vervolg: GT FIS) is een onderdeel van GT en is gevestigd in Amsterdam en Rotterdam. Vanuit die afdeling wordt dit onderzoek uitgevoerd.

1.2 Beschrijving werkzaamheden van de organisatie

GT FIS is een afdeling waar ervaren en onafhankelijke deskundigen werken op het gebied van forensische technologie en forensische accountancy. Er worden onder andere onderzoeken uitgevoerd voor curatoren na faillissementen, het zogeheten oorzaken-onderzoek, maar in principe kan iedere werkgever die fraude of een andere integriteitbreuk vermoedt een beroep op GT FIS doen.

1.3 Aanleiding

De aanleiding van dit onderzoek is de steeds terugkerende vraag van curatoren in faillissementen of er in voldoende mate voldaan is aan de administratie- en deponeringsplicht van art. 2:10 BW / 3:15i / 2:394 BW als ze een faillissement afwikkelen.

1.4 Probleemstelling

Wie denkt er bij een rechtspersoon met beperkte aansprakelijkheid aan de VOC en WIC? Toch worden zij wel gezien als de voorlopers van de NV's. Er moest begin 17^e eeuw een manier gevonden worden waarmee men met elkaar schepen en de handelsreizen konden financieren zonder het risico te lopen hun hele vermogen kwijt te raken. Daarom bedacht de wetgever een juridisch vehikel: de rechtspersoon.²

De angst om persoonlijk aansprakelijk gesteld te worden voor schulden van de rechtspersoon is in de loop van de eeuwen niet kleiner geworden. Integendeel, de laatste jaren is er weer een toename van aandacht gekomen voor bestuurdersaansprakelijkheid. De reden voor die toegenomen belangstelling vindt zijn grondslag in de aangewakkerde interesse voor faillissementsfraudeurs door de media.³ Uit een onderzoek, dat gedaan is in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum van het Ministerie van justitie, is gebleken dat in bijna een kwart van de faillissementsdossiers vermoedelijk sprake is van enige vorm van fraude.⁴ Daar gaat enorm veel geld mee gemoeid. Brouwer heeft berekend dat de schade door faillissementen inmiddels €7,5 miljard per jaar bedraagt.⁵ Curatoren willen bij een faillissement daarom graag weten wat er de laatste tijd in de onderneming is gebeurd met de geldstromen. De administratie vervult daarbij een sleutelpositie; de boekhouding kan immers de fraudeur ontmaskeren.⁶

Het is voor bestuurders van vennootschappen dan ook van groot belang om hun administratie op orde te hebben. Mocht dat namelijk niet het geval zijn, dan kunnen ze zelf

¹ 'Over Grant Thornton', *Grant Thornton*, www.grantthornton.nl/overgrantthornton/, geraadpleegd op: 11-02-2016.

² 'Rechtspersoon', *Wetrecht*, www.wetrecht.nl/rechtspersoon/, geraadpleegd op: 11-02-2016.

³ 'Faillissementsfraude', *nu.nl*, www.nu.nl/tag/Faillissementsfraude, geraadpleegd op: 24-02-2016.

⁴ R. Knecht e.a., 'Rapport Fraude en Misbruik bij Faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en naar mogelijkheden van bestrijding', Hugo Sinzheimer Instituut 2005, p. 49

⁵ J. Brouwer, 'Fraude en misbruik bij faillissementen: investeren in een aanpak die wel werkt', Tvl 2014/16.

⁶ 'Herijking faillissement', *Davidslaw*, www.davidslaw.nl/wetgevingsprogramma-herijking-faillissementsrecht/, geraadpleegd op: 23-02-2016.

als bestuurder aansprakelijk gesteld worden voor de schulden. Maar wat zijn de criteria voor een goede administratie? De wet geeft een vage omschrijving en de experts verschillen van mening. En als er een lijn valt te trekken, hoe kunnen die voorwaarden voor een goede administratie dan omgezet worden in een duidelijk protocol dat handzaam is voor het onderzoek door curatoren en forensisch accountants? Als zij aan de hand van een werkprogramma kunnen zien of een vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid haalbaar is of niet omdat niet aan de administratieverplichting is voldaan, dan kan daarmee een hoop tijd en geld bespaard worden. Dat is hard nodig, want aan geld is vrijwel altijd gebrek bij een faillissement.

1.5 Centrale vraag en deelvragen

Welke eisen stellen de wet en jurisprudentie aan de administratie- en publicatieplicht en op welke wijze dienen de curator en de door hem ingeschakelde forensisch accountants hier in hun oorzakenonderzoek mee om te gaan?

- Welke criteria zijn er af te leiden uit wet en jurisprudentie waar het gaat om het voldoen aan de administratie- en publicatieplicht?
- Welke eisen worden er in het kader van de aansprakelijkstelling van bestuurders in het kader van faillissement gesteld aan de administratie- en deponeringsplicht?
- Welke eisen zijn er te stellen op grond van voornoemde criteria aan het oorzakenonderzoek door forensisch accountants voor curatoren?
- Welke wijzigingen brengt het wetsvoorstel 'Versterking positie curatoren' in het oorzakenonderzoek en in zijn bewijslast voor de aansprakelijkstelling van bestuurders als gevolg van het niet voldoen aan de administratieplicht?
- Welke aanpassingen zijn er op grond van dit onderzoek nodig aan het bestaande werkprogramma van Grant Thornton?

1.6 Doelstelling

Uiterlijk 30 mei 2016 een onderzoeksrapport opleveren waarin beschreven staat welke eisen de wet en jurisprudentie stellen aan de administratie- en publicatieplicht en op welke wijze de curator en de door hem ingeschakelde forensisch accountants in hun oorzakenonderzoek mee om dienen te gaan, zodat GT met het bijgeleverde verbeterde werkprogramma daar beter gebruik van kan maken.

1.7 Verantwoording

In dit onderzoek is gebruik gemaakt van verschillende wetten, kamerstukken, jurisprudentie en literatuur. De wetten, kamerstukken en jurisprudentie zijn vanuit zichzelf gezaghebbende bronnen. Ook voor de literatuur zijn toonaangevende auteurs geraadpleegd. Als er verschil van mening was dan is dat ook in het rapport opgenomen. Door veel en diverse opvattingen in het onderzoek naar voren te laten komen, is er getracht een duidelijk en volledig beeld van de administratie- en deponeringsplicht te geven.

1.8 Leeswijzer

Allereerst zal er ingegaan worden op de administratieplicht. In hoofdstuk 2 zal duidelijk worden wat de achtergrond ervan is, voor wie het geldt en welke aanvullende eisen de jurisprudentie en de beroepspraktijk eraan gegeven hebben. In hoofdstuk 3 wordt het opmaken en het deponeren van de jaarrekening voor het voetlicht gehaald. Er wordt beschreven wie wat moet doen en binnen welke termijnen het plaats moet vinden. Hoofdstuk 4 gaat over de onbehoorlijke taakvervulling. Het beschrijft aan welke eisen dat moet voldoen, wie de bewijslast heeft en hoe bestuurders zich daarvan kunnen disculperen. Hoofdstuk 5 beschrijft de rol van de curator en welke meerwaarde GT FIS voor hem kan hebben. Tevens wordt het werkprogramma beschreven. Daarbij wordt niet onvermeld gelaten wat verbeterd kan worden. Hoofdstuk 6 gaat in op de nieuwe ontwikkelingen die de wetgever op het oog heeft met de herijking van de Faillissementswet en welk belang curatoren daarbij kunnen hebben in het kader van dit onderzoek. Hoofdstuk 7 geeft de conclusies en de aanbevelingen weer.

Hoofdstuk 2 Administratieplicht

‘U bent wettelijk verplicht een administratie bij te houden en deze 7 jaar te bewaren’.⁷ Deze zin is te lezen op de site van het online ondernemersplein. Wat er dan zeven jaar bewaard moet worden, is echter niet duidelijk. Daarom wordt er in dit hoofdstuk ingegaan op het begrip administratie. De vragen ‘wie moeten er aan de administratieplicht voldoen en wat is erover gezegd in wet, jurisprudentie en beroepspraktijk’, komen in dit hoofdstuk aan de orde.

2.1 Verschil administratie en boekhouding

Als het gaat om de administratieverplichting wordt nog regelmatig het woord ‘boekhouding’ gebruikt. Toch is er een verschil in beide begrippen dat niet miskend mag worden. Ondanks dat naar het huidige recht het begrip boekhouding niet te eng mag worden opgevat, is het niet altijd duidelijk waar de grens ligt.⁸ De boekhouding gaat over de *financiële* gegevens van een onderneming, maar de administratie gaat over *alle* gegevens. Er kan over documenten gediscussieerd worden of ze financieel zijn of niet. Aangezien art. 2:10 BW zelf ook over administratie en niet over boekhouding spreekt, wordt in dit rapport alleen gesproken over administratie. Af en toe staat de term ‘boekhouding’ wel in dit rapport, maar dat komt dan omdat het een citaat is.

2.2 Eisen uit de wet

In de wet zijn diverse bepalingen opgenomen waarin de administratieplicht is geregeld. Dat zijn de volgende artikelen: 3:15i BW, 2:10 BW en art. 52 Awr.

2.2.1 Verschillen tussen de civiele bepalingen

Het verschil tussen de eerste twee artikelen is dat art. 3:15i BW ruimer geformuleerd is. Daarin staat namelijk dat een ieder die een bedrijf of zelfstandig beroep uitoefent, verplicht is om een administratie te voeren. Tot de wetwijziging van 2 juli 1934 was het nog ‘elke koopman’, de strekking van art. 3:15i BW is dus in de loop van de tijd verbreed.⁹ Het artikel maakt dan ook geen onderscheid op basis van nationaliteit. Ook buitenlandse ondernemingen die in Nederland hun bedrijf of beroep uitoefenen, zijn aan dit artikel onderworpen. Maar het geldt ook voor rechtspersonen, ondanks dat zij een ‘eigen’ artikel hebben, namelijk art. 2:10 BW.

Er wordt daarom veelal aangenomen dat art. 2:10 lid 1 BW een soort *lex specialis* voor rechtspersonen naar Nederlands privaatrecht is en in de plaats treedt van art. 3:15i BW, maar die opvatting is volgens Beckman niet juist.¹⁰

Het gaat buiten de kaders van dit onderzoek om alle verschillen te beschrijven, maar één verschil is wel relevant. Als een Nederlandse rechtspersoon slechts buiten Nederland werkzaam is, dan valt hij wel onder art. 2:10 BW, maar niet onder art. 3:15i BW. Het laatste artikel is namelijk bedoeld voor ‘een ieder die een bedrijf of zelfstandig beroep uitoefent’, de jurisdictie strekt zich niet verder uit dan de landsgrenzen. Een rechtspersoon (bijvoorbeeld een BV) is een Nederlandse rechtspersoon en valt daarom automatisch onder het Nederlandse rechtspersonenrecht. Het maakt dan niet uit of die BV al zijn werkzaamheden in het buitenland uitvoert.

Anderzijds zijn er ook formeel buitenlandse vennootschappen die hun activiteiten (nagenoeg) alleen in Nederland verrichten en geen binding hebben met de staat van de oprichting. Als de landen waar die vennootschappen opgericht zijn geen band hebben met de EU, zoals omschreven staat in art. 1 lid 2 van de Wfbv, dan wordt volgens art. 5 Wfbv de administratieplicht van art. 2:10 BW daarop van toepassing verklaard.

⁷ ‘Administratie’, www.ondernemersplein.nl/regel/administratie/, geraadpleegd op 24-03-16

⁸ Kamerstukken II, 1988/89, 21287, 3 p.11.

⁹ C.M. Hilverda, *Onderneming en recht* 53, Faillissementsfraude, Deventer: Kluwer 2009, p. 332.

¹⁰ H. Beckman, *Hoofddlijnen van het jaarrekeningenrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 2013, p. 43.

Ondanks dat de artikelen zoveel op elkaar lijken en vaak in één adem genoemd worden, zijn er dus wel degelijk verschillen. Maar waarom is er dan ook nog een fiscaalrechtelijke administratieplicht?

2.2.2 Fiscale administratieplicht

Art. 52 Awr is een enigszins vreemde eend in de bijt. De artikelen uit het BW zijn namelijk civielrechtelijke bepalingen en art. 52 Awr is publiekrechtelijk. Toch zijn de teksten van de artikelen vrijwel identiek. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dan ook dat er aansluiting is gezocht met de civielrechtelijke bepalingen. Het doel van een aparte fiscale administratieverplichting is een goede administratie voor de fiscus, zodat hij die kan gebruiken voor de heffing van belastingen.¹¹

2.2.3 Rechtspersonen

In art. 2:10 BW staat dat het bestuur van de rechtspersoon de administratieverplichting heeft. Nederland kent een gesloten systeem voor rechtspersonen. Dat houdt in dat alle (soorten) rechtspersonen opgesomd staan aan het begin van boek 2 BW. Er zijn publiekrechtelijke, privaatrechtelijke rechtspersonen en kerkgenootschappen. In de artikelen over publiekrechtelijke rechtspersonen en kerkgenootschappen wordt vermeld dat titel 1 van boek 2 BW, waaronder ook de administratieplicht van art. 2:10 BW valt, voor hen niet van toepassing is. Of zij dan wel een administratie moeten voeren, verschillen auteurs van mening. Roest is van mening dat ze geen administratie hoeven te voeren.¹² Beckman daarentegen betoogt dat publiekrechtelijke rechtspersonen dat wel degelijk moeten doen.¹³ Dit onderzoek blijft echter beperkt tot de administratieplicht van privaatrechtelijke rechtspersonen. Indien voor publiekrechtelijke rechtspersonen eveneens deze administratieplicht geldt, dan moeten zij aan dezelfde criteria voldoen.

2.2.4 Privaatrechtelijke rechtspersoon

Welke organisaties privaatrechtelijke rechtspersonen zijn, staat in art. 2:3 BW:

‘Verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en stichtingen bezitten rechtspersoonlijkheid.’

Een privaatrechtelijke rechtspersoon ontstaat bij een door de notaris ondertekende akte en staat wat het vermogensrecht betreft gelijk met een natuurlijk persoon (artt. 2:4 en 2:5 BW). Het bestuur vertegenwoordigt de rechtspersoon. In art. 2:240 BW wordt dat geregeld voor de BV. (De BV zal in het vervolg steeds als voorbeeld worden genomen als privaatrechtelijke rechtspersoon, omdat dat de meest voorkomende vorm is als onderwerp van dit onderzoek). Het is dan ook niet verwonderlijk dat het bestuur in art. 2:10 BW aangesteld wordt om aan de administratieplicht te voldoen.

2.2.5 Doel administratie

De gedachte van de wetgever om deze bepalingen over de administratieplicht op te nemen is tweeledig. Allereerst is er een intern belang van de ondernemer om te weten hoe zijn bedrijf erbij staat. Zou de ondernemer geen administratie of een niet-adequate administratie voeren, dan moet de gevolgtrekking zijn dat daardoor ook geen beleid naar behoren kan plaatsvinden. Er is dan sprake van onbehoorlijk ondernemingsbeleid.¹⁴ Het is voor de ondernemer onwerkbaar om beslissingen te moeten nemen zonder dat hij zijn eigen (financiële) positie kent.

¹¹ A.A. Feenstra en G.M. Boezelman, ‘Bestrijding van faillissementsfraude insolvent?’, Tijdschrift voor Formeel Belastingrecht nr.6/7 oktober 2013.

¹² J. Roest, Tekst en Commentaar Burgerlijk wetboek, Inleidende opmerkingen bij: Burgerlijk Wetboek 2, Titel 1 Algemene bepalingen (online versie, bijgewerkt tot 15-02-2015)

¹³ H. Beckman, *Hoofdlijnen van het jaarrekeningenrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 2013 p. 37

¹⁴ H. Beckman, *Hoofdlijnen van het jaarrekeningenrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 2013 p. 30

Dit is grotendeels de eigen verantwoordelijkheid van de ondernemer, daarom is het extern belang van grotere waarde. Daardoor worden de belangen van onder meer crediteuren, werknemers en andere belanghebbenden beschermd. Dat is zeker ook van belang als er een scheiding is tussen leiding en de eigenaren. Dan verhindert het ontbreken van een administratie, respectievelijk een ondeugdelijke administratie een behoorlijke rekening en verantwoording tegenover de 'eigenaren' waardoor de belangen van deze 'eigenaren' worden geschaad.¹⁵ Dat is zeker bij de NV een reëel gevaar, omdat er geen band is tussen de eigenaren en de bestuurders. De aandelen hoeven niet op naam gesteld te worden en zijn vrij verhandelbaar (art. 2:82 jo. 2:64 BW). Maar ook bij een BV is het geen ondenkbare situatie.

2.2.6 Ratio administratieplicht in faillissement

Het voeren van een goede administratie is ook van belang voor het geval dat de rechtspersoon failliet gaat. Dat dit al heel lang een belangrijk punt is volgens de wetgever, blijkt wel uit de MvT van art. 6 lid 1 WvK oud:

'teneinde duidelijk te doen uitkomen, dat de aantekeningen niet tot het bedrijf mogen worden beperkt; men houde daarbij in het oog, dat de schuldeischers op het gansche vermogen van hun schuldenaar verhaal hebben. Het belang van het houden van aantekening van den vermogenstoestand die zich natuurlijk vooral gelden in geval van faillissement.'¹⁶

Allereerst kunnen door een goede administratie alle rechten en plichten van de (inmiddels failliete) rechtspersoon worden gekend (art. 2:10 BW). Er bestaat dan duidelijkheid over welke schuldeisers vorderingen op welke activa van de schuldenaar kunnen verhalen.¹⁷ Ten tweede kan uit een goede administratie de oorzaak van het faillissement gedestilleerd worden. Er kan dan ook worden gekeken of er sprake geweest is van (faillissements)fraude, bankbreuk of paulianeuze handelingen. Niet al die handelingen zullen verder in dit onderzoek uitgewerkt worden, omdat ze buiten de kaders vallen. Maar in zulke gevallen wordt wel naar de administratie gekeken. Een goede administratie is dus van groot belang.

2.2.7 Wetsgeschiedenis

Maar wat was de bedoeling van de wetgever met de administratieverplichting, zoals die omschreven staat in art. 2:10 BW? Wat administratie namelijk precies inhoudt, wordt vanuit het artikel niet helemaal duidelijk. Letterlijk staat er in lid 1:

'Het bestuur is verplicht van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend.'

De wetgever heeft ervoor gekozen om het ruim te omschrijven. In de memorie van toelichting staat: 'De termen <administratie voeren> en <de daarbij behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers> moeten ruim worden opgevat.'¹⁸ De manier waarop de administratie gevoerd moet worden, mag dus zelf ingevuld worden, zolang het maar binnen de gestelde randvoorwaarden blijft. De minister wilde destijds geen inbreuk maken op iemands vrijheid om de administratie naar eigen inzicht in te vullen. Bovendien was hij van mening dat er een verstarrende werking van gedetailleerde en uitgebreide voorschriften kan

¹⁵ H. Beckman, *Hoofdpijnen van het jaarrekeningenrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 2013 p. 31.

¹⁶ C.M. Hilverda, *Onderneming en recht* 53, Faillissementsfraude, Deventer: Kluwer 2009, p. 337.

¹⁷ C.M. Hilverda, *De bestrijding van faillissementsfraude: waar een wil is,*, Deventer: Kluwer 2012 p. 31.

¹⁸ Kamerstukken II, 1992/93, 23024, 3 p. 3.

gaan.¹⁹ In enkele gevallen zijn er wel concrete inrichtingseisen geregeld. Voorbeelden zijn sectorale voorschriften en voor bepaalde beroepsgroepen voorgeschreven boekhoudverordeningen voor advocaten, gerechtsdeurwaarders en notarissen.²⁰ Ook banken, (zorg)verzekeringsmaatschappijen, pensioenfondsen, zorginstellingen, onderwijsinstellingen, wooncorporaties, etc. hebben extra eisen krachtens de wet voor hun administratie.²¹ Het voert echter te ver om op al die uitzonderingen in te gaan. Temeer omdat het niet alleen BV's maar ook andere rechtsvormen betreffen.

2.2.8 Randvoorwaarde

In de memorie van toelichting staat verder dat het begrip administratie een tweeledig karakter heeft. Daarin staat namelijk dat:

Allereerst is er het geheel van procedures en technieken die ervoor zorgen dat de informatie binnenkomt en verwerkt wordt. Hiermee wordt volgens de minister aangegeven dat de administratie een proces is dat wordt gevoerd volgens een hieraan ten grondslag liggende systematiek. Vervolgens is de administratie het product van het administratieproces: de informatie over afzonderlijke transacties, bewerkingen, verwerkingen enz., zoals deze uiteindelijk worden getransformeerd in bijvoorbeeld de balans, de verlies- en winstrekening en een voorraadadministratie.²² Het proces en het product zijn dan ook weer niet zomaar van elkaar te scheiden, want zonder kennis van de procedure is het product moeilijk te lezen. Het moet dan ook beide bewaard blijven.

2.2.9 Bewaarplicht

De administratie moet gedurende zeven jaar bewaard worden (art. 2:10 lid 3 BW). Voor de wetwijziging van 1 juni 1998 was het zelfs tien jaar. De gegevens mogen van de wetgever digitaal bewaard worden, hoewel de balans en de staat van baten en lasten wel op papier getoond moeten kunnen worden. Er staat ook nergens in de wet vermeld dat de administratie op het eigen kantoor of in eigen land opgeslagen moet worden. Daar zijn de bestuurders helemaal vrij in. Maar wat ze moeten bewaren, mogen bestuurders niet zelf bepalen. In lid 3 worden boeken, bescheiden en andere gegevensdragers genoemd. Dat moet ruim opgevat worden. De minister heeft het in de memorie van toelichting over: boekhouding, kladboekhouding, kassarol, nota's en kwitanties, akten, brieven, notulen e.d., maar ook microfiches, microfilms, magnetische banden, magneetschijven en optische schijven, waarop informatie is vastgelegd.²³ Vooral de term gegevensdrager heeft een ruime betekenis, want zo kan er volgens de minister makkelijker geanticipeerd worden op de nieuwe ontwikkelingen die onverminderd doorgaan.

2.2.10 Cloud

Steeds meer bedrijven kiezen ervoor om hun administratie op te nemen in een cloud. Met 'in de cloud' wordt bedoeld het centraal bij een partij (de provider) onderbrengen van gegevens (data) en/ of applicaties, terwijl de verbinding daarmee via internet gaat.²⁴ Het voordeel van een cloud is dat de administratie waar ook ter wereld beschikbaar is. Het nadeel dat daar tegenover staat, is dat een bedrijf afhankelijk wordt van de provider. Zij zijn gemachtigd om bij wanprestatie de toegang de cloud af te sluiten. Een bedrijf kan zijn eigen administratie dan niet meer inzien. Een ander nadeel is dat het verplaatsen van data naar de cloud meestal relatief eenvoudig is, maar het weer exporteren van data uit de cloud is dat niet; deze situatie wordt de supplier lock-in genoemd.²⁵ De vraag is natuurlijk of een BV met een

¹⁹ Kamerstukken II, 1988/89, 21287, 3 p.11.

²⁰ H. Beckman, *Hoofddlijnen van het jaarrekeningsrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 2013 p. 49

²¹ H. Beckman, *Hoofddlijnen van het jaarrekeningsrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 2013 p. 44

²² Kamerstukken II, 1988/89, 21287, 3 p.12.

²³ Kamerstukken II, 1988/89, 21287, 3 p. 8.

²⁴ F.B. Bosvelt & A.R. van Oijen, 'Cloud computing: beter één administratie in de hand dan tien in de lucht.', Tvl 2013/39.

²⁵ F.B. Bosvelt & A.R. van Oijen, 'Cloud computing: beter één administratie in de hand dan tien in de lucht.', Tvl 2013/39.

cloud te allen tijde voldoende inzicht kan geven in zijn rechten en plichten, zoals verplicht is in art. 2:10 BW.

2.2.11 Schending administratieplicht

Een kardinale vraag is wat de schending van de algemene administratieverplichting inhoudt; op basis van art. 2:10 BW (en 3:15i BW) zou het volgens Beckman kunnen gaan om:²⁶

- Het niet voeren van een administratie;
- Het gebrekkig voeren van een administratie;
- Achterstanden in de administratie;
- Het niet bewaren van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers;
- Het gebrekkig bewaren van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers;
- Achterstanden in de archivering;
- Een niet naar de eisen van de werkzaamheden ingerichte administratie;
- Het niet te allen tijde kunnen kennen van de rechten en verplichtingen;
- Het niet in acht nemen van de volledige bewaartijd;
- Onvoldoende waarborgen voor een juiste en volledige weergave bij overbrenging naar andere gegevensdragers;
- Het niet binnen redelijke termijn leesbaar maken van de gegevensdragers.

Dat zijn richtlijnen voor een onderneming, maar het blijft enigszins onduidelijk. In de noot van het arrest Rosbeek q.q./ Rademakers c.s. wordt erover gezegd: Aan de ene kant kan de wetgever onmogelijk in een bepaling alle concrete situaties vatten, aan de andere kant heeft de ondernemer behoefte aan duidelijkheid.²⁷ Daarom wordt er nu ingezoomd op de jurisprudentie waarin rechters een nadere invulling van deze begrippen.

2.3 Eisen uit de jurisprudentie

Aangezien de wetgever ervoor gekozen heeft om de term administratie ruim te nemen en de impact die de gevolgen van het schenden hiervan kunnen hebben, is er een aanzienlijke hoeveelheid jurisprudentie ontstaan. Het voert te ver om alle uitspraken te behandelen, maar de belangrijke en opmerkelijke uitspraken worden hieronder kort aangehaald.

2.3.1 Ontwikkeling administratieplicht

Allereerst zal in enkele uitspraken de ontwikkeling van de visie van de rechterlijke macht op de administratieplicht besproken worden.

In het arrest Brens q.q./Sarper heeft de Hoge Raad voor de eerste maal een nadere invulling gegeven aan de administratieverplichting van art. 2:10 BW.²⁸

Kempers en Sarper BV werd geleid door twee heren met gelijknamige namen als hun BV. Het bedrijf bemiddelde in vrachtvervoer van en naar Turkije. Begin 1988 wordt de vennootschap failliet verklaard. Tot curator werd mr. Brens benoemd. Er was sinds 1 januari 1987 geen grootboekadministratie en administratie per debiteur bijgehouden. De registeraccountant die op verzoek van de curator naar de administratie gekeken heeft, merkte erover op:

'Overigens merken wij op dat gezien de omvang van de onderhavige onderneming en het feit dat de administratieve bescheiden systematisch gearchiveerd zijn men met de nodige moeite een redelijk inzicht kan houden in de ontwikkeling van het vermogen en van het totaalresultaat. De opbouw van dit totaalresultaat in de voor de manager zo belangrijke informatie omtrent ontwikkeling in omzet, brutomarge en kosten is echter niet zonder meer uit de administratie af te leiden.'

De Hoge Raad concludeerde daarop het volgende:

²⁶ H. Beckman, *Hoofdlijnen van het jaarrekeningenrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 2013 p. 53.

²⁷ HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR2014:2932 (Rosbeek q.q./ Rademakers c.s.).

²⁸ HR 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0994 (Brens q.q./Sarper).

'NB 1: Kempers & Sarper BV hanteert voor zowel de verkopen als voor de inkopen het 'rekening-loos'-systeem. Hierbij worden de uitgaande verkoopfacturen en de binnenkomende inkoopfacturen opgeborgen in ordners 'nog te ontvangen' en 'nog te betalen'. Op moment van ontvangst c.q. betaling worden de betreffende bescheiden overgeheveld naar 'ontvangen' c.q. 'betaalde' posten. Aldus kan men snel inzicht krijgen in de Debiteuren- en Crediteurenpositie op enig moment. Deze posities en stand van de liquiditeiten geven gezien de aard en omvang van de onderneming een redelijk inzicht in de vermogenspositie.'²⁹

In deze al wat oudere uitspraak heeft het Hof bepaald, en later door de Hoge Raad bevestigd, dat de administratie in dit geval voldeed aan art. 2:10 BW. In – met name de lagere – rechtspraak is deze rechtsoverweging van de Hoge Raad vervolgens tot vaste jurisprudentie bestempeld en werd aangenomen dat de invulling van de norm van het betreffende artikel dient te geschieden aan de hand van de eisen die de Hoge Raad in dit arrest had geformuleerd.³⁰

Deze maatstaf zorgde voor veel onduidelijkheid, aangezien dit een lichtere eis was dan in de wet stond omschreven. Men vroeg zich dan ook wel af of het een algemene maatstaf was of dat de Hoge Raad zich in een specifieke situatie had uitgesproken.

Het is wel van belang om op te merken dat Brens q.q./Sarper is gewezen op grond van art. 2:14 (oud) BW. Sinds 1 januari 1994 is de zinsnede 'maar ook van alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon' aan het eerst lid van het nieuwe art. 2:10 BW toegevoegd.³¹ Ondanks dat er al discussie was over de vraag of de Hoge Raad in Brens q.q./Sarper de lat voor de administratie te laag gelegd had, geeft de toevoeging van 1994 nog meer reden om af te vragen of die maatstaf toereikend is. Harmsen beschrijft heel treffend aan welke administraties allemaal nog meer gedacht kan worden:

'Daar komt nog bij dat een beetje onderneming tegenwoordig - anders dan in 1988 en daarvoor – een geautomatiseerd administratiesysteem, met daarin niet alleen een debiteuren- crediteurenadministratie en een administratie van de liquide middelen maar ook een voorraadadministratie (bij een handelsonderneming), een urenadministratie (bij een professionele organisatie), een projectadministratie (bij een projectorganisatie), een onderhanden werkadministratie, personeelsadministratie en nog vele andere vormen van sub-administraties denkbaar zijn.'³²

De norm van 2:10 BW is open, maar de invulling die de Hoge Raad er in 1993 aan gegeven had, was in sommige gevallen toch wel te mager volgens rechters om als algemeen richtsnoer te dienen. Enkele voorbeelden uit de jurisprudentie zeggen het volgende erover:

'Anders dan bestuurders en commissarissen betogen met een beroep op Hoge Raad 11 juni 1993, NJ 1993, 713, is aan deze administratieplicht niet steeds voldaan indien snel inzicht kan worden verkregen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en deze posities en de stand van de liquiditeiten een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie.'³³

Een andere uitspraak van het gerechtshof te Leeuwarden houdt ook rekening met de uitbreiding van 1994:

'3.5. Dat de administratie van een rechtspersoon moet worden gevoerd 'naar de eisen die voortvloeien uit de werkzaamheden van die rechtspersoon', brengt mee dat

²⁹ HR 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0994 (Brens q.q./Sarper), r.o. 3.1.

³⁰ E.M. van Hengel, 'De administratieplicht ex artikel 2:10 BW nader bezien', Vennootschap en Onderneming nr.3 2015.

³¹ E.M. van Hengel, 'De administratieplicht ex artikel 2:10 BW nader bezien', Vennootschap en Onderneming nr.3 2015.

³² C.M. Harmsen, 'Vonnis inzake Landis: een stap vooruit op het gebied van de administratieplicht', Tvl 2014/27.

³³ Rb. Leeuwarden 4 december 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7528.

de inrichting van de administratie niet voor iedere rechtspersoon aan dezelfde eisen zal hoeven te voldoen. Die eisen hangen mede af van de aard en opzet, alsmede de organisatie van de onderneming van de rechtspersoon en haar werkzaamheden.³⁴

Op 19 juni 2013 is het Landisvonnis gewezen. Landis was een full service organisatie actief op de Europese markt voor Informatie en Communicatie Technologie (ICT) met circa 3.500 medewerkers in dienst.³⁵

Op 6 mei 2002 werd Landis Group NV failliet verklaard. Tot curatoren werden mr. Van Andel en mr. Dulack benoemd. Zij zijn van mening dat er niet aan de eisen van de administratieplicht is voldaan.

De uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland wordt gekenmerkt door zijn duidelijke argumentatie wat administratie volgens lid 1 van art. 2:10 BW inhoudt.³⁶ Daarbij wordt de maatstaf van Brens q.q./ Sarper gehanteerd: 'om te voldoen aan de verplichting van artikel 2:10 BW is voldoende dat de administratie van de vennootschap zodanig is dat iemand snel inzicht kan krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en dat deze posities en stand van de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie van de onderneming.'

Met inachtneming van de hierboven weergegeven toetsingsmaatstaf overweegt de rechtbank het volgende:

- 'Om dat inzicht te kunnen krijgen is het voor een grote onderneming als Landis van cruciaal belang dat de automatisering goed functioneert [onderstreping SO] en dat men snel inzicht kan verkrijgen in de omvang van de debiteuren, de intercompanyschulden en de intercompanyvorderingen.'³⁷
- 'Staat vast dat in de drie jaren voorafgaand aan de surseance en het faillissement, op een groot aantal moment sprake was van aanmerkelijke voorraadvverschillen tussen het grootboek en de subadministratie [onderstreping SO], welke eerst door integritychecks aan het licht kwamen en in voorkomend geval ook ondanks die checks (deels onverklaard bleven).'³⁸
- 'Anders dan de bestuurders en commissarissen aanvoeren, behoort de kenbaarheid van de intercompanyverplichtingen [onderstreping SO] binnen een concern tot de boekhoudplicht als bedoeld in artikel 2:10 BW.'³⁹
- Uit de onvoldoende weersproken stellingen en stukken van de curatoren volgt naar het oordeel van de rechtbank dan ook dat Landis in de periode van begin 1999 tot aan het faillissement onvoldoende inzicht had in de debiteurenportefeuille [onderstreping SO].⁴⁰

Ondanks dat de rechtbank zegt de maatstaf van Brens q.q./Sarper aan te houden, is er een uitbreiding, of in ieder geval sprake van een verduidelijking van de administratieplicht. Harmsen geeft dat ook aan als ze schrijft dat in het Landisvonnis 'terecht blijkt dat er een bredere blik op de administratie gegeven wordt'.⁴¹

Op 10 oktober 2014 heeft de Hoge Raad zich ook weer uitgelaten over de vraag wanneer er voldaan is aan de administratieplicht van art. 2:10 BW in de zaak Rosbeek q.q./ Rademakers c.s..⁴² De situatie was als volgt:

³⁴ Hof Leeuwarden 4 april 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW0725.

³⁵ 'Landis Group NV', www.persberichten.com/bedrijfsprofiel/202/Landis-Group-NV, geraadpleegd op 5-4-2016.

³⁶ Rb. Utrecht 19 juni 2013 ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225 (Landis).

³⁷ Rb. Utrecht 19 juni 2013 ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225 (Landis), r.o. 8.2.10.

³⁸ Rb. Utrecht 19 juni 2013 ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225 (Landis), r.o. 8.5.5.

³⁹ Rb. Utrecht 19 juni 2013 ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225 (Landis), r.o. 8.5.11.

⁴⁰ Rb. Utrecht 19 juni 2013 ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225 (Landis), r.o. 8.6.6.

⁴¹ C.M. Harmsen, 'Vonnis inzake Landis: een stap vooruit op het gebied van de administratieplicht', Tvl 2014/27.

⁴² HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR2014:2932.

Op 2 februari 2005 is FSM Europe BV failliet verklaard. De curator Rosbeek heeft de bestuurders aansprakelijk gesteld voor het faillissementstekort.

In cassatie klaagt de curator dat het hof een te beperkte uitleg heeft gegeven van de administratieplicht. Hij vond namelijk dat het hof slechts gekeken had naar het arrest Brens q.q./Sarper en niet naar art. 2:10 BW.

De Hoge Raad oordeelt daarop dat het in het arrest Brens q.q./Sarper geen afwijkende maatstaf is geformuleerd ten opzichte van art. 2:10 BW. Het heeft 'slechts geoordeeld dat hetgeen de feitenrechter in die zaak omtrent de betekenis van de (deels gelijklopende) voorganger van het artikel had overwogen (art. 2:14 (oud) BW), geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting'.⁴³

In de noot geven Krieckaert en Wolf aan dat het arrest erop neerkomt dat de boekhoudplicht van de bestuurder meer is dan alleen het in kaart brengen van de debiteuren- en crediteurenpositie en de stand van de liquiditeiten.

De gevolgen van deze uitspraak zijn in ieder geval dat slechts een beroep op Brens q.q./Sarper niet meer (in alle gevallen) uitkomst biedt. Smeters geeft aan dat hij een strengere beoordeling van de naleving van de boekhoudplicht verwacht. De maatstaf uit Brens/Sarper is geen ijkpunt meer.⁴⁴

2.3.2 Overige richtlijnen jurisprudentie

- Als een bestuurder zijn boekhouding aan een derde meegeeft en de boekhouding sindsdien spoorloos is dan kan hij zich niet van zijn aansprakelijkheid onttrekken.⁴⁵ Het is dus de verantwoordelijkheid van de bestuurder om de administratie goed te bewaren.
- Het niet voldoen aan de stortingsplicht is ook een schending van de boekhoudplicht.⁴⁶
- De bewaarplicht van bestuurders eindigt niet bij een faillissement ex art. 2:10 lid 2 BW.⁴⁷
- De boekhoudplicht vereist ten minste dat belangrijke financiële transacties op hun juistheid kunnen worden gecontroleerd (zoals bijv. het afboeken van oninbare schulden). Dit geldt in het bijzonder indien de enige bestuurder, tevens enig aandeelhouder, zelf zonder externe controle de administratie verzorgt en de jaarrekening opmaakt.⁴⁸

2.4 Eisen uit de beroepspraktijk

De jurisprudentie geeft richtlijnen, maar ook de accountants hanteren criteria om een nadere invulling te geven aan de beoordeling van de administratie. Ondanks dat iedere administratie op zichzelf staat en er geen uniforme checklist is, heeft Bartels wel enkele handvatten meegegeven:

1. Een onderneming van enige omvang dient een grootboekadministratie te hebben ingericht, waarin duidelijk onderscheid gemaakt is tussen balansrekeningen en resultaatrekeningen. Hij geeft aan dat als bijvoorbeeld kosten en investeringen op één rekening zouden worden geboekt, het inzicht in de vermogenspositie op enig moment vertroebeld is. Dat zou in strijd zijn met art. 2:10 lid 1 BW.
2. Daar hangt de tijdigheid van boeken mee samen. Want uit de regelmaat van de verwerkingsverslagen (overzichten waarop staat aangegeven welke individuele transacties in de administratie zijn verwerkt) kan afgeleid worden of men te allen tijde de rechten en verplichtingen vanuit het grootboek kon zien.

⁴³ HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR2014:2932 (Rosbeek q.q./ Rademakers c.s), r.o. 3.5.2.

⁴⁴ F.F.A. Smetser, 'Waar liggen de grenzen van de boekhoudplicht van artikel 2:10 lid 1 BW?', Juridisch up to date nr. 21, 20 november 2014.

⁴⁵ Hof 's-Hertogenbosch 2 november 1994, ECLI:NL:GHSHE:1994:AB8160.

⁴⁶ Rb. Arnhem 16 januari 2013 ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0445.

⁴⁷ Rb. 's-Hertogenbosch 14 november 2012 ECLI:NL:RBSHE:2012:BY7562.

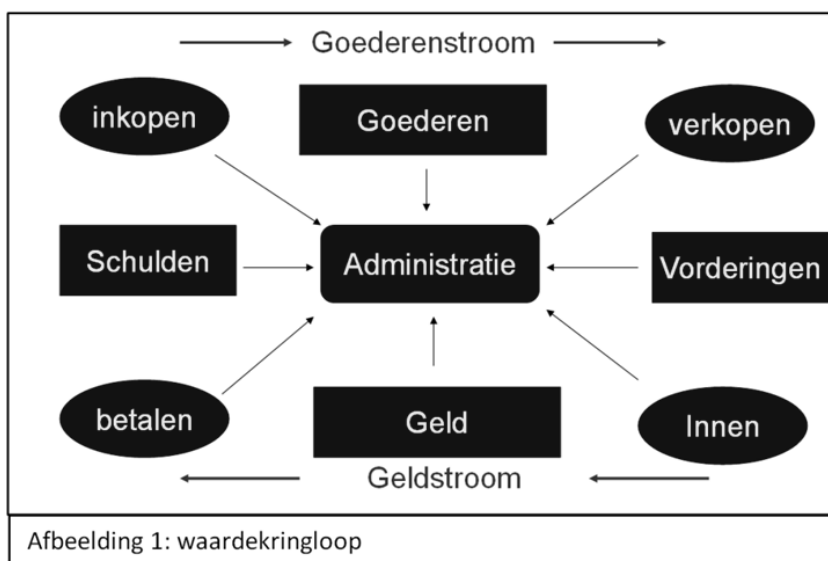
⁴⁸ Rb. Maastricht 19 januari 1995, ECLI:NL:RBMAA:1995:AD2285.

Daarbij dient de tijdigheid van boekingen te blijken uit de tijdsspanne die ligt tussen de datum van de transactie en de datum van de boeking. Bartels geeft aan dat met name in faillissementen waar is 'geknoeid' vaak blijkt dat de crediteurenfacturen pas zeer laat (na diverse aanmaningen) of in het geheel niet zijn geboekt.

Het bestaan van een verschil tussen het bank-/kassaldo volgens het bankafschrift/kasblad en het grootboek duiden erop dat de administratie onvoldoende actueel is.

3. Ook het gebrek aan aansluitingen binnen de administratie kan erop duiden dat niet aan de administratieplicht is voldaan. Daarvan is bijvoorbeeld sprake als er geen aansluiting is tussen subadministraties en het grootboek.
4. De onderbouwingen van de boekingen zijn ook van groot belang. Met name blijkt dit, bij frauduleuze faillissementen, te ontbreken voor inkopen (ontbrekende facturen) en memoriaalboekingen (ontbrekende onderbouwing).⁴⁹

De handvatten die Bartels gaf, zijn voor ondernemingen van enige omvang. Er is echter ook een zogeheten waardekringloop die de kern van elk ondernemingsproces kan weergeven.



De administratie bestaat grofweg uit alle aantekeningen van de primaire transacties die verband houden met inkoop-, productie- en verkoopactiviteiten. Deze activiteiten leiden tot handels- en/of productievoorraden die vroeg of laat de onderneming binnenkomen en verlaten. Hieraan gekoppeld neemt de hoeveelheid geld, vorderingen of schulden toe en af.⁵⁰

2.5 Deelconclusie

Er zijn verschillende wettelijke bepalingen waarin de administratieplicht is opgenomen. Ze zijn met opzet door de wetgever vrijwel identiek gemaakt. In het kader van dit onderzoek is vooral art. 2:10 BW relevant, omdat dat artikel geldt voor privaatrechtelijke rechtspersonen.

Een goede administratie is vooral van belang voor externe belanghebbenden. Ook in geval van faillissement is een administratie van belang om schuldeisers vast te kunnen stellen en de oorzaak van het faillissement te kunnen achterhalen.

De wetgever heeft de term administratie ruim omschreven. Er staat dat een administratie gevoerd moet worden en dat door middel van boeken, bescheiden en andere gegevensdragers te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon gekend moeten worden. Voor bepaalde doelgroepen gelden wel extra eisen.

⁴⁹ W.J. Bartels, 'Forensische accountancy', in: C.M.Hilverda e.a., *Faillissementsfraude in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2001 p. 56.

⁵⁰ D. Alblas & P. Schimmel, *Syllabus CPO Onrechtmatigheidsonderzoek*, Nijmegen: Radboud Universiteit 2012 p. 4..

De administratie bestaat uit het proces en het product. Alles wat uit beide aspecten komt, moet bewaard blijven.

De administratie moet zeven jaar bewaard worden. Dat mag op alle mogelijke manieren, zolang aan de vereiste voldaan is dat de rechten en plichten te allen tijde kenbaar moeten zijn.

Er zijn ook criteria af te leiden uit de jurisprudentie. De eerste maatstaf werd gegeven in het arrest Brens q.q./ Saper: om te voldoen aan de verplichting van artikel 2:10 BW is voldoende dat de administratie van de vennootschap zodanig is dat iemand snel inzicht kan krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en dat deze posities en stand van liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie van de onderneming.

Deze maatstaf zorgde voor veel onduidelijkheid, omdat de eis lichter was dan in de wet stond omschreven. Harmsen gaf aan dat er nog meer administraties van belang waren en dat die tegenwoordig ook geautomatiseerd moeten zijn. Nadien zijn er ook uitspraken gekomen die strenger zijn dan de Brens q.q./Sarper-maatstaf. In het Landisvonnis wordt op een duidelijke wijze beschreven waar de administratie aan moet voldoen: goed functionerende administratie, geen aanmerkelijke voorraadverschillen tussen grootboek en subadministratie, kenbaarheid van intercompanyverplichtingen en voldoende inzichten in de debiteurenportefeuille. In 2005 geeft ook de Hoge Raad aan dat de administratieplicht meer inhoudt dan het in kaart brengen van de debiteuren- en crediteurenadministratie.

Andere richtlijnen die de jurisprudentie gegeven heeft zijn:

- Bestuurder blijft verantwoordelijk voor administratie, ook als hij het aan derde meegeeft en het vervolgens verdwenen is;
- Het niet voldoen aan de stortingsplicht is ook schending van administratieplicht;
- De bewaarplicht eindigt niet bij faillissement;
- De administratieplicht vereist ten minste dat belangrijke financiële transacties op juistheid kunnen worden gecontroleerd

Vereisten uit de beroepspraktijk zijn:

- Een onderneming van enige omvang dient een grootboekadministratie te hebben;
- Het boeken moet tijdig gebeuren;
- De aansluitingen tussen de administraties moeten kloppen
- Er moeten onderbouwingen van boekingen zijn

Over het algemeen kan gezegd worden dat de administratie volgens de beroepspraktijk grofweg bestaat uit alle aantekeningen van de primaire transacties die verband houden met inkoop-, productie en verkoopactiviteiten.

Het blijft een onmogelijke opgave om alle aspecten van de administratie te benoemen. Dat was de opzet van de wetgever en ondanks een nadere invulling door middel van jurisprudentie en informatie uit de beroepspraktijk is er nog geen sluitende definitie van het begrip administratie. Wel zijn alle vereisten, voor zover die nu bekend zijn, in dit hoofdstuk genoemd. Maar de administratieplicht gaat met art. 2:10 lid 2 BW verder. Daar wordt in het volgende hoofdstuk op ingegaan.

Hoofdstuk 3 Jaarrekeningplicht

De deponeringsplicht gaat over de jaarrekening. Maar voordat er iets gedeponereerd kan worden, moet het eerst opgemaakt zijn. In dit hoofdstuk zal het gaan over het opmaken van een jaarrekening, met alles wat daarbij hoort en daarna over de deponering ervan.

3.1 Verplichting

Het wordt in art. 2:10 lid 2 BW niet met name genoemd, maar toch wordt daarin bepaald dat er een jaarrekening opgemaakt moet worden. Er staat namelijk dat het bestuur verplicht is de balans en de staat van baten en lasten van de rechtspersoon op te maken. Dat is precies wat er volgens art. 2:361 lid 1 BW onder een enkelvoudige jaarrekening moet worden verstaan.

Er wordt in dat artikel nog onderscheid gemaakt tussen een enkelvoudige en een geconsolideerde jaarrekening. Consolideren betekent samenvoegen. In art. 2:405 lid 1 BW staat wat er onder een geconsolideerde jaarrekening moet worden verstaan. Het is 'een jaarrekening waarin de activa, passiva, baten en lasten van de rechtspersonen en vennootschappen die een groep of groepsdeel vormen en andere in de consolidatie meegenomen rechtspersonen en vennootschappen als een geheel worden opgenomen.'

Voor dit onderzoek is het verschil echter niet relevant. De kern van de vereisten van beide soorten jaarrekening zijn hetzelfde. Daar gaat het in dit onderzoek om.

3.2 Jaarrekening

De jaarrekening is, wanneer het gaat om de verantwoording door het bestuur van een rechtspersoon, het belangrijkste product van de administratie.⁵¹ Het dient daarom een getrouw beeld te geven van de financiële positie, het vermogen en het resultaat en moet duidelijk en overeenkomstig de bepalingen van Titel 9 Boek 2 BW worden opgesteld.⁵² Die hoofdnorm is beschreven in art. 2:362 BW. Daaruit volgt volgens lid 1 dat er inzicht gegeven moet worden omtrent het vermogen, het resultaat, maar ook van de solvabiliteit en de liquiditeit van de rechtspersoon. Verder volgt er een uitleg over wat er in de jaarrekening hoort te komen.

- *Balans*. De verplichting om een balans op te maken is er sinds de wetswijziging van 1922.⁵³ De balans is een momentopname die het vermogen van een onderneming weergeeft. Het is eigenlijk de stand van bezittingen en de schulden van het bedrijf.⁵⁴ Art. 2:362 lid 2 jo. 2:364 e.v. BW geven de wettelijke vereisten van balans.
- *Staat van baten en lasten*. Ingevoerd sinds de wetswijziging van het oude art. 2:14 lid 2 BW. Het staat nu evenals de balans opgesomd in art. 2:10 lid 2 BW. Er is bewust gekozen voor de neutrale term 'staat van baten en lasten', omdat er privaatrechtelijke rechtspersonen zijn zonder bedrijfsmatige activiteiten waardoor niet over winst en verlies gesproken kan worden.⁵⁵ Art. 2: 362 lid 3 jo. 2:377 BW geven de wettelijke vereisten van de staat van baten en lasten.
- *Toelichting*. Volgens art. 2:362 lid 10 BW moet de rechtspersoon in de toelichting vermelden volgens welke standaarden de jaarrekening opgesteld is. Er moet dan opgegeven worden of het regime van Titel 9 Boek 2 BW gehanteerd moet worden, of een jaarrekeningregime van een ander EU-land dan wel het EU IFRS regime.⁵⁶

⁵¹ C.M. Harmsen, *Een goedkeurende accountantsverklaring als garantie voor de nakoming van de administratieplicht?*, Verantwoording aan Hans Beckman, Deventer: Kluwer 2006, p. 194.

⁵² H. Beckman, *Checklist jaarrekening, toepassing jaarrekeningvoorschriften Titel 9 Boek 2 BW*, Deventer: Kluwer 2014, p.12.

⁵³ Art. 6 lid 2 WvK 1922.

⁵⁴ 'Begrippen', www.lancelots.nl/bedrijfsvoering/inkomstenbelasting/jaarrekening/begrippen, geraadpleegd op 14-03-2016.

⁵⁵ H. Beckman, *Hoofdlijnen van het jaarrekeningenrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 2013, p.63.

⁵⁶ H. Beckman, *Checklist jaarrekening, toepassing jaarrekeningvoorschriften Titel 9 Boek 2 BW*, Deventer: Kluwer 2014, p.14.

Binnen 6 maanden na afloop dient het bestuur deze zaken op papier te stellen volgens art. 2:10 lid 2 BW.

3.2.1. Accountantsverklaring

Art. 2:393 BW verplicht in beginsel dat de jaarrekening wordt gecontroleerd door de accountant. Hij controleert of er geen materiële onjuistheden in staan en of voldaan is aan alle wettelijke vereisten. Een controle in overeenstemming met de Richtlijnen voor de Accountantscontrole wordt opgezet met het doel om een redelijke mate van zekerheid te verkrijgen dat de jaarrekening als geheel geen onjuistheden van materieel belang bevat.⁵⁷ Harmsen zegt daarover:

‘Normaal gesproken zou het zo moeten zijn dat wanneer de jaarrekening van een rechtspersoon gedurende een reeks van jaren wordt gecontroleerd door een accountant en deze geen bijzonderheden signaleert in de administratieve organisatie en interne controle, de administratie ook gedurende het boekjaar kwalitatief zodanig is dat daaruit betrouwbare informatie kan worden ontleend over de rechten en plichten van de rechtspersoon.’⁵⁸

Volgens het bovenstaande citaat zou het betekenen dat kleinere organisaties hiermee voldoen aan de criteria die de Hoge Raad in het Brens q.q./Sarperarrest gegeven heeft. In dat arrest gaf de Hoge Raad immers aan dat er snel inzicht gegeven moest worden in de rechten en plichten van de rechtspersoon. Uiteraard moet hier voorzichtig mee omgegaan worden, omdat het arrest al genuanceerd is. Bovendien beoogt de accountantsverklaring immers niet meer dan een redelijke mate van zekerheid te geven dat de jaarrekening geen onjuistheden van materieel belang bevat.⁵⁹

Daar komt nog bij dat er in art. 2:10 BW meerdere vereisten zijn opgenomen die verder gaan dan de jaarrekening. In lid 3 staat dat er aan de bewaarplicht van zeven jaar voldaan moet worden.

Een accountantsverklaring heeft dus een meerwaarde en is bovendien in sommige gevallen verplicht, maar het is geen garantie dat er voldaan is aan de verplichtingen van art. 2:10 BW.

3.2.2 Bestuursverslag

In art. 2:391 BW staat dat er een bestuursverslag gemaakt moet worden dat een getrouw beeld van de toestand op de balansdatum, de ontwikkeling gedurende het boekjaar en de resultaten van de rechtspersoon geeft. Er wordt dus teruggeblikt en verantwoording gegeven over de gang van zaken van de rechtspersoon van het afgelopen boekjaar. Er wordt eveneens vermeld wat de voornaamste risico's en onzekerheden zijn waar de rechtspersoon mee geconfronteerd wordt.

3.2.3 Eisen uit de jurisprudentie

Er wordt in de jurisprudentie zelden expliciet ingegaan op lid twee van art. 2:10 BW. Als het al gebeurt, dan gaat het meestal om de termijnoverschrijding die in het tweede lid beschreven staat.⁶⁰

Toch zijn er uitzonderingen. In het al eerdergenoemde Landisvonnis wordt uitvoerig ingegaan op art. 2:10 lid 2 BW. Zij geven aan dat er, zoals hiervoor ook beschreven staat, meerdere artikelen voor de jaarrekening zijn. Aangezien Landis een NV was, maar er ook diverse BV's onder vielen, worden in het vonnis zowel de artikelen voor NV als voor BV genoemd. Het volgende wordt opgemerkt:

⁵⁷ Richtlijnen voor de accountantscontrole 2005, 200/8.

⁵⁸ C.M. Harmsen, *Een goedkeurende accountantsverklaring als garantie voor de nakoming van de administratieplicht?*, Verantwoording aan Hans Beckman, Deventer: Kluwer 2006, p. 195.

⁵⁹ C.M. Harmsen, *Een goedkeurende accountantsverklaring als garantie voor de nakoming van de administratieplicht?*, Verantwoording aan Hans Beckman, Deventer: Kluwer 2006, p. 199.

⁶⁰ Rb. Arnhem 16 oktober 2013 ECLI:NL:RBGEL:2013:6447.

'Omdat ten aanzien van een naamloze vennootschap (in artikel 2:101 BW) en een besloten vennootschap (in artikel 2:210 BW) soortgelijke - naar inhoud strengere - voorschriften zijn gegeven voor het opmaken van de jaarrekening en een jaarrekening krachtens artikel 2:361 BW de balans en de winst- en verliesrekening omvat, moet worden geoordeeld dat de artikelen 2:101 BW en 2:210 BW derogeren aan lid 2 van artikel 2:10 BW. Ten aanzien van een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap geldt dat artikellid daarom niet en volgt de plicht om binnen zekere termijn de balans en de staat van baten en lasten (de winst- en verliesrekening) op te maken, uit de artikelen 2:101 BW en 2:210 BW.'⁶¹

De verplichting die in art. 2:10 lid 2 BW staat, is dus feitelijk het opmaken van de jaarrekening. Aangezien er afwijkende termijnen in de artikelen 10 en 210 van boek 2 BW staan, heeft de rechter bepaald dat art. 210 derogeert (is belangrijker dan) aan lid 2 van art. 10. De termijn van art. 2:210 BW moet dus aangehouden worden.

Accountantsverklaring

In Rb. Arnhem van 21 april 2005 is bepaald dat het feit dat er goedkeurende verklaringen door de accountant zijn gegeven, er op zichzelf niet toe leidt dat er aan de boekhoudplicht is voldaan.⁶²

3.3 Deponeringsplicht

In art. 2:394 BW is de openbaarmaking van de jaarrekening geregeld. Daar zal in de volgende paragrafen dieper op ingegaan worden. De termen 'openbaarmaking', en 'deponering' worden vaak afwisselend gebruikt. Dat is ook mogelijk, omdat volgens art. 2:394 BW de openbaarmaking geschiedt door nederlegging (oftewel deponering). In de volgende paragrafen zal uitgelegd worden hoe en binnen welke termijnen de jaarrekening en het bestuursverslag dienen te worden gedeponerd.

3.3.1 Wijze en termijn openbaarmaking

De jaarrekening moet met bijbehorende stukken ten kantore van het handelsregister waar de rechtspersoon is ingeschreven te worden gedeponerd.⁶³ Rechtspersonen van de bedrijfsklasse micro en klein dienen de jaarrekening vanaf 1 januari 2017 over het boekjaar 2016 exclusief elektronisch via SBR of anderszins deponeren bij de Kamer van Koophandel. Voor rechtspersonen in de bedrijfsklasse middelgroot gaat deze verplichtstelling dan over boekjaar 2017 gelden en voor grote rechtspersonen over boekjaar 2019.⁶⁴ De wet is op 1 juli 2016 van kracht.

Het deponeren dient binnen acht dagen na de vaststelling van de jaarrekening plaats te vinden (lid 1). Zoals met alle wettelijke data is de Algemene termijnenwet op deze termijn van toepassing. Het kan dus een dag later worden als de achtste dag op bijvoorbeeld een feestdag valt.

Op welk moment de jaarrekening echter vastgesteld moet worden, staat niet in de wet geregeld. Wel is geregeld wanneer de opgemaakte jaarrekening gedeponerd dient te worden, indien de jaarrekening niet vastgesteld wordt. Dat is binnen twee maanden na de opmaakdatum. Als er helemaal geen jaarrekening gemaakt wordt, kan het bestuur daar na (5+2=) 7 maanden aansprakelijk voor gesteld worden.⁶⁵

Het voert te ver om uit te weiden over de redenen waarom de Ava besluit om de opgemaakte jaarrekening niet vast te stellen, maar het is wel van belang om te realiseren dat een niet vastgestelde jaarrekening wel degelijk gedeponerd dient te worden.

⁶¹ Rb. Utrecht 19 juni 2013 ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225 (Landis).

⁶² Rb. Arnhem 21 april 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AT4051.

⁶³ H. Beckman, *Hoofdlijnen van het jaarrekeningenrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 2013, p.667.

⁶⁴ 'Deponeren', SBR, www.sbr-nl.nl (zoek op elektronisch deponeren), geraadpleegd op: 28-04-2016.

⁶⁵ Vijf maanden staat voor de opmaaktermijn van art. 2:101 BW + de twee maanden van art. 2:394 lid 2 BW.

Lid 3 van art. 2:394 BW geeft aan dat uiterlijk twaalf maanden na afloop van het boekjaar de (al dan niet vastgestelde) jaarrekening openbaar gemaakt dient te worden. Daarvoor moet dan wel een geldig verlengingsbesluit zijn genomen. Of dat daadwerkelijk is gedaan, is volgens De Valk echter een interne aangelegenheid. Voor crediteuren is slechts de uiterste mogelijke publicatieplicht van twaalf maanden van belang.⁶⁶ De vraag is echter of dat zo opgevat moet worden, omdat in lid 3 uiterlijk staat en lid 2 een beduidend korter termijn geeft, die nergens genuanceerd of niet van toepassing verklaard wordt.

De uiterlijke termijn is onlangs gewijzigd. Voorheen was dat nog dertien maanden, maar sinds 1 november 2015 is dat met de Uitvoeringswet richtlijn jaarrekening verkort tot twaalf maanden. De wijziging geldt voor de boekjaren die op of na 1 januari 2016 aanvangen.⁶⁷

3.3.2 Vrijstellingen

Niet alle rechtspersonen hoeven aan alle verplichtingen van de deponeringsplicht te voldoen. De wet maakt sinds 1 januari 2016 onderscheid in micro, kleine, middelgrote en grote rechtspersonen.

De uitzonderingen voor de micro-onderneming staan in het nieuwe art. 2:395a BW. Er moet twee jaar op rij aan minstens twee van de drie voorwaarden, die hieronder vermeld staan, voldoen:

- De waarde van de activa volgens de balans met toelichting bedraagt, op grondslag van verkrijgings- en vervaardigingsprijs, niet meer dan € 350.000;
- De netto-omzet over het boekjaar bedraagt niet meer dan € 700.000;
- Het gemiddelde aantal werknemers over het boekjaar bedraagt minder dan 10.

Als een rechtspersoon twee jaar achter elkaar aan twee van de drie voorwaarden voldoet, dan zijn de leden 3 tot en met 6 op hem van toepassing. In die leden staan allemaal uitzonderingen op de norm van art. 2:394 BW.

De excepties voor kleine rechtspersonen staan in art. 2:396 BW. Een rechtspersoon is klein als het aan twee van de volgende drie voorwaarden uit lid 1 voldoet:

- De waarde van de activa volgens de balans met toelichting bedraagt, op grondslag van verkrijgings- en vervaardigingsprijs, niet meer dan € 6.000.000;
- De netto-omzet over het boekjaar bedraagt niet meer dan € 12.000.000;
- Het gemiddelde aantal werknemers over het boekjaar bedraagt minder dan 50.

De leden 3 tot en met 9 van art. 2:396 BW zijn bij kleine ondernemingen van toepassing.

Middelgrote ondernemingen moeten volgens art. 2:397 lid 1 BW achtereenvolgens twee jaar minsten aan twee van de volgende criteria voldoen:

- De waarde van de activa volgens de balans met toelichting, bedraagt, op de grondslag van verkrijgings- en vervaardigingsprijs, niet meer dan € 20.000.000;
- De netto-omzet over het boekjaar bedraagt niet meer dan € 40.000.000;
- Het gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar bedraagt minder dan 250.

Voor hen zijn de leden 3 tot en met 8 van art. 2:397 BW van toepassing.

Om de verschillende voorwaarden tussen micro, klein en middelgroot duidelijk te maken, is hieronder in afbeelding 2 een tabel opgenomen.

	Micro	Klein	Middelgroot
Waarde v/d activa	≤ € 350.000	≤ € 6 mln.	≤ € 20 mln.
Netto-omzet boekjaar	≤ € 700.000	≤ € 12 mln.	≤ € 40 mln.
Gemiddeld aantal werknemers boekjaar	< 10	< 50	< 250
Afbeelding 2: onderscheid in micro, kleine en middelgrote rechtspersonen			

Het voert te ver om alle uitzonderingen die kleine en middelgrote rechtspersonen kunnen krijgen hier op te sommen, omdat ze in de wettelijke bepalingen terug te vinden zijn. Dat wil

⁶⁶ S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevenden*, Deventer: Kluwer 2009 p. 232.

⁶⁷ 'Verkorting deponeringstermijn', www.wieringa-advocaten.nl (zoek op verkorting deponerings-termijn), geraadpleegd op 7-4-2016.

niet zeggen dat die uitzonderingen niet interessant zijn. Zeker micro en kleine rechtspersonen hebben een voordeel. Zij hoeven slechts een verkorte balans met beperkte toelichting openbaar te maken, de winst- en verliesrekening hoeft helemaal niet openbaargemaakt te worden en de jaarrekening is vrijgesteld van accountantscontrole.⁶⁸

3.3.3 Voordeel vrijstellingen

Het grote voordeel voor kleine, en in mindere mate voor middelgrote rechtspersonen in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid is dat hun jaarrekeningen aan minder voorwaarden hoeft te voldoen. Hoe minder er opgesteld dient te worden, des te makkelijker het is om aan de deponeringsplicht te voldoen. Als een groot rechtspersoon slechts deponeert wat een klein rechtspersoon moet deponeren, dan heeft hij niet voldaan aan de vereisten van art. 2:394 BW en daarom ook niet aan de deponeringsplicht.

3.3.4 Deponering bestuursverslag

Eveneens dient het bestuursverslag gedeponereerd te worden volgens art. 2:394 lid 4 BW. Dat moet in dezelfde taal als de jaarrekening of in het Nederlands opgesteld worden.

Ook hier wordt het onderscheid gemaakt tussen micro, klein, middelgroot en groot zoals in de vorige paragraaf aan de orde is gekomen. Omdat groot aan alle voorwaarden moet voldoen, is daar geen kopje met uitzonderingen opgenomen.

Micro jaarrekeningregime

Rechtspersonen met een microjaarrekeningsregime hoeven het bestuursverslag ingevolge art. 2:395 lid 6 BW niet te deponeren.

Klein jaarrekeningregime

Op rechtspersonen met een klein jaarrekeningsregime (artt. 2:396 en 398 BW) zijn de inrichtingsvoorschriften van art. 2:391 BW niet van toepassing. Dit betekent volgens Beckman niet dat het bestuursverslag weggelaten kan worden, maar alleen dat zij bevrijd zijn van de bij of krachtens art. 2:391 BW uitgevaardigde inrichtingsvoorschriften.⁶⁹ Dat houdt in dat een kleine rechtspersoon het bestuursverslag alleen op moet maken, maar niet hoeft te deponeren.

Middelgroot jaarrekeningregime

Rechtspersonen met een middelgroot jaarrekeningenregime (artt. 2:397 en 398 BW) moeten hun verslag dat gedeponereerd dient te worden op dezelfde wijze inrichten als de gewone rechtspersonen (rechtspersonen zonder micro, klein of middelgroot jaarrekeningenregime). Dat is dus in overeenstemming met art. 2:391 BW, met dien verstande dat geen aandacht behoeft te worden besteed aan niet-financiële prestatie-indicatoren (art. 2:397 lid 8 BW).⁷⁰

3.3.5 Schending deponeringsplicht

Als de bepaling van art. 2:394 BW niet nageleefd wordt, kan iedere belanghebbende volgens lid 7 nakoming vorderen. Ook voor de schending van de deponeringsplicht heeft Beckman een opsomming voor wat er allemaal onder kan vallen:

- Het in het geheel niet deponeren
- Het niets vermelden omtrent de al dan niet vaststelling van de jaarrekening
- Het deponeren in een niet-toegelaten taal
- Het niet volledig deponeren
- Het deponeren in de verkeerde vorm (bijv. deponeren als klein, terwijl de rechtspersoon groot is)
- Het niet ten kantore van de rechtspersoon aanhouden van stukken waarvan bij het handelsregister is vermeld dat zij wel aldaar worden aangehouden.

⁶⁸ P.W. Enthoven, *Winst en jaarrekening begrepen*, Den Haag: Boom Juridisch Uitgever 2014, p. 176.

⁶⁹ H. Beckman, *Hoofddlijnen van het jaarrekeningenrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 2013, p 502.

⁷⁰ H. Beckman, *Hoofddlijnen van het jaarrekeningenrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 2013, p 500.

- Het niet opnemen van verwijzingen naar het kantoor van de rechtspersoon, terwijl dit wel had moeten
- Het weigeren inzage te geven in stukken die ten kantore van de rechtspersoon worden aangehouden in plaats van ten kantore van het handelsregister
- Het niet toestaan dat afschriften worden gemaakt van de stukken die ten kantore van de rechtspersoon worden aangehouden in plaats van ten kantore van het handelsregister.⁷¹

3.3.6 Misleidende voorstelling

Er is een apart artikel voor het geval dat het bestuur een misleidende voorstelling van zaken geeft over de toestand van de vennootschap in een jaarrekening. Dat is art. 2:249 BW. Een publicatie van misleidende financiële verslaggeving vormt een overtreding van een wetbepaling en creëert een mogelijke schadeclaim van derden jegens de vennootschap.⁷² Volgens Strik richt de curator zich in praktijk echter meer op het totale feitencomplex en doet daardoor eerder een beroep op art. 2:248 BW.⁷³ Bovendien is 2:248 lid 2 BW makkelijker te bewijzen dan 2:249 BW. De bewijslast van 2:248 lid 2 komt in het volgende hoofdstuk aan bod. Een ander voordeel van 2:248 ten opzichte van 2:249 BW is dat bij het eerste artikel de failliet voor het gehele beschuldigde bedrag aansprakelijk is, terwijl voor het laatste artikel slecht voor de schade 'dientengevolge hiervan' heeft geleden. Het gebruik van art. 2:248 BW is dus makkelijker en veelomvattender en wordt daarom vaker door curatoren gebruikt.

3.3.7 Eisen uit de jurisprudentie

Het arrest Brens q.q./Sarper is ook van belang voor de deponeringsplicht. In dat arrest is bepaald dat het enkele dagen te laat deponeren van de jaarrekening een voorbeeld is van een onbelangrijk verzuim. Zo'n uitspraak deed de vraag rijzen waar de grens ligt. Wat zijn enkele dagen en wanneer wordt dat termijn overschreden? Dat is afhankelijk van de feiten en omstandigheden. In 2013 heeft de Hoge Raad nog wel een richtlijn gegeven:

'...namelijk 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 van de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid, waarbij opmerking verdient dat hogere eisen moeten worden gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is en dat stelplicht en bewijslast op de aangesproken bestuurder rusten.'⁷⁴

Enkele dagen is dus voor de Hoge Raad geen probleem. Wel kan een bestuurder in problemen komen als hij de jaarrekening niet deponeert en drie weken na de deponeringstermijn zijn taak neerlegt. In een arrest van 1 november 2013 was dat namelijk het geval. De bestuurder vertrok, maar zijn opvolger deponeerde de jaarrekening pas 6 maanden later. De afgetreden bestuurder werd er toch voor aansprakelijk gehouden.⁷⁵ Dat komt volgens de Hoge Raad omdat het bestuur als geheel verantwoordelijk is en niet een bestuurder. Het is dan ook van groot belang om ervoor te zorgen dat de jaarrekening op tijd gedeponereerd wordt. Dat het anders grote gevolgen kan hebben, is te zien in het volgende hoofdstuk.

3.4 Deelconclusie

Het opmaken van de jaarrekening behoort ook tot de administratieplicht. In de jaarrekening moet een balans, staat van baten en lasten en een toelichting daarop opgenomen worden. Binnen 6 maanden na afloop dient het bestuur die zaken op papier te stellen.

⁷¹ H. Beckman, *Hoofddlijnen van het jaarrekeningenrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 2013, p 680.

⁷² D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid, een maatpak voor de Board Room*, Deventer: Kluwer 2010. P.168.

⁷³ D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid, een maatpak voor de Board Room*, Deventer: Kluwer 2010. P.150.

⁷⁴ HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189, r.o. 3.6.2.

⁷⁵ HR 1 november 2013. ECLI:NL:HR:2013:1079.

Een accountantsverklaring is in beginsel verplicht. De accountant controleert of er geen materiële onjuistheden in de jaarrekening staan en of voldaan is aan alle wettelijke vereisten. De verklaring is echter geen garantie dat er voldaan is aan de administratieplicht van art. 2:10 BW. Er moet eveneens een bestuursverslag gemaakt worden waarin het bestuur verantwoording geeft en de risico's en onzekerheden in beeld brengt.

Volgens de jurisprudentie is voor de termijn van het opmaken van de jaarrekening art. 2:210 BW van toepassing.

De jaarrekening dient ook gedeponereerd te worden. De termijn waarbinnen is afhankelijk van de vaststelling. Het moet echter uiterlijk twaalf maanden na het einde van het boekjaar. Niet alle rechtspersonen hoeven aan (alle) verplichtingen van de deponeringsplicht te voldoen. De wet maakt onderscheid in micro, klein, middelgroot en groot. Het voordeel van minder verplichtingen is dat er sneller aan de deponeringsplicht is voldaan. Voor het bestuursverslag gelden dezelfde vereisten en uitzonderingen.

In de jurisprudentie is bepaald dat een kleine overschrijding van de deponeringstermijn als onbelangrijk verzuim gezien moet worden. Wat als overschrijding van beperkte duur gezien moet worden, is afhankelijk van feiten en omstandigheden. Het hele bestuur is verantwoordelijk voor het opmaken en het deponeren. Wat die verantwoordelijkheid inhoudt, wordt in het volgende hoofdstuk duidelijk.

Hoofdstuk 4 Onbehoorlijke taakvervulling

Wat rechtspersonen zijn, is in hoofdstuk 2 uitgelegd. Dit hoofdstuk zal ingaan op de vertegenwoordigers (bestuurders) van de rechtspersoon. 'Hoe kunnen zij aansprakelijk gesteld worden als er niet aan de administratie- en deponeringsplicht is voldaan?', is de vraag die in dit hoofdstuk centraal zal staan. Maar voordat daarop ingegaan wordt, staan hier twee totaal verschillende visies op bestuurders en hun taak:

'Gezien de onvoorspelbaarheid van vele factoren die mede de inrichting van het bestuur bepalen, behoort bestuurders een zekere ruimte te worden gelaten. Het zou ongepast en onjuist zijn als de rechter elke bestuursactiviteit inhoudelijk zou mogen toetsen. De rechter hoort immers niet op de stoel van de bestuurder te gaan zitten. De rechtspersoon is in zekere zin een zichzelf regulerende eenheid met een grote mate van autonomie. De rechter dient achteraf hoogstens marginaal te toetsen.'⁷⁶

Andere kant van de medaille:

'Bij de meest malafide vormen van faillissementsfraude wordt doelbewust aangestuurd op een faillissement met een tekort daarin om alle schulden te voldoen. Denk aan het opzetten van een onderneming in een BV waarbij van meet af aan geen of veel te weinig belastingen en premies worden betaald. Als de grond te heet onder de voeten wordt, trekken de fraudeurs de BV leeg en zetten de activiteiten voort in een andere BV.'⁷⁷

4.1 Besturen

Het besturen van een BV is dus een veelomvattende taak die op veel verschillende manieren uitgevoerd kan worden. Er is geen wettelijke omschrijving van besturen. In art. 2:239 lid 5 BW staat dat de bestuurders zich bij de vervulling van hun taak richten naar het belang van de vennootschap. Het daaropvolgend artikel geeft aan dat de vennootschap door het bestuur vertegenwoordigd wordt. Over het algemeen verstaat men onder besturen 'het zorg dragen voor het goed functioneren van de rechtspersoon, het entameren, vaststellen en tot uitvoering brengen van een beleid, het beheren van het vermogen, het uitvoeren van besluiten van andere organen en veelal ook het voeren van de dagelijkse leiding van de rechtspersoon'.⁷⁸

In beginsel komt het besturen mede toe aan iedere bestuurder (art. 2:240 lid 2 BW). Toch wordt het besturen van een BV gezien als een collectieve bezigheid. Het wettelijk systeem berust op het beginsel van collectief of collegiaal bestuur.⁷⁹ Daarom wordt ook in art. 2:248 lid 2 BW gesproken over 'het bestuur' en niet over een 'bestuurder'.

4.2 Bestuurder

Met de formele bestuurder wordt de statutaire bestuurder bedoeld. Dit is degene die als zodanig door de algemene vergadering van aandeelhouders volgens de regels van de statuten van het lichaam wordt benoemd als bestuurder.⁸⁰ Een bestuurder kan zowel een natuurlijk als een rechtspersoon zijn. Uit art. 2:5 BW volgt dat een rechtspersoon in beginsel alleen zelf aansprakelijk is voor zijn schulden. De bestuurder handelt qualitate qua – in de hoedanigheid van – de rechtspersoon. Maar zoals het tweede voorbeeld laat zien, kan dat systeem misbruikt worden. Daarom kan er een doorbraak van aansprakelijkheid bewerkstelligd worden.

⁷⁶ H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2011, p.10 & 11.

⁷⁷ C.M. Hilverda, *De bestrijding van faillissementsfraude: waar een wil is,*, Deventer: Kluwer 2012 p. 4.

⁷⁸ H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2011, p. 20.

⁷⁹ M.J. Kroeze, *De kern van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013 p. 169.

⁸⁰ J.H.P.M. Raaijmakers, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2010 p. 45.

4.3 Aansprakelijkheid bestuurder

Er zijn twee vormen van aansprakelijkheid voor bestuurders: interne en externe aansprakelijkheid. Interne aansprakelijkheid houdt in dat bestuurders aansprakelijk zijn tegenover de vennootschap. Dat is geregeld in art. 2:9 BW.

Dit onderzoek richt zich echter op externe aansprakelijkheid, dat geregeld is in art. 2:248 BW. Art. 2:248 BW wordt door de meeste auteurs als een vorm van externe bestuurdersaansprakelijkheid gezien, omdat de opbrengst van de vordering strekt tot aanvulling van het faillissementstekort en een decharge niet aan het instellen van de vordering de weg staat.⁸¹ Art. 6:162 BW (onrechtmatige daad) is eveneens een vorm van externe aansprakelijkheid. Decharge wordt verderop nog kort besproken.

In het Simoca-arrest is bevestigd dat in art. 2:248 BW externe aansprakelijkheid geregeld is:

‘De aansprakelijkheid van bestuurders ingevolge de art. 2:138 en 2:248 BW is geen aansprakelijkheid jegens de gefailleerde vennootschap maar een aansprakelijkheid jegens de boedel.’⁸²

Evenals 2:9 BW is er in art. 2: 248 BW sprake van collectieve hoofdelijke aansprakelijkheid. Dus iedere bestuurder is hoofdelijk aansprakelijk, ook als een ander bestuurslid de norm overtreedt. Er zijn wel manieren voor een individuele bestuurder om zich daarvan te disculperen, maar daar wordt in paragraaf 4.6 op ingegaan.

Lid 7 van art. 2:248 BW geeft aan dat niet alleen de formele bestuurders aansprakelijk gesteld kunnen worden, maar ook ‘degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede bepaald heeft, als ware hij bestuurder’. Vooral het laatste gedeelte is van belang: ‘als ware hij bestuurder’. Dat zorgt ervoor dat niet iedereen die meegewerkt heeft aan het beleid aansprakelijk gesteld kan worden. Het geldt alleen voor beleidsbepalers die optreden alsof ze bestuurders zijn. Dus naast formele bestuurders kunnen ook feitelijke leidinggevers aansprakelijk gesteld worden. Deze regeling is gekomen zodat de bestuurdersaansprakelijkheid niet omzeild kan worden door het inzetten van zogenaamde stromannen als bestuurders, terwijl de feitelijke bestuurders zich achter de schermen schuil houden.⁸³ Het voert voor dit onderzoek te ver om in te gaan op alle aspecten van lid 7. Westenbroek heeft er een duidelijke uiteenzetting over geschreven.⁸⁴

Het heeft voor bestuurders ook geen zin om hun verantwoordelijkheid te ontduiken door de rechtspersoon zonder bestuurders voort te laten gaan. Gezien hun eerdere verantwoordelijkheid blijven in ieder geval de laatste overgeblevene formele en/ of feitelijke bestuurders verantwoordelijk voor een correcte ‘overdracht’.⁸⁵ Dus ook de zogenaamde gewezen bestuurders kunnen als bestuurder in de zin van art. 2:248 BW aansprakelijk gesteld worden.

4.4 Kennelijk onbehoorlijk bestuur

Op grond van art. 2:248 BW kan een bestuur hoofdelijk aansprakelijk gesteld worden, maar wat moeten de bestuurders dan misdaan hebben? In het artikel gaat het over ‘zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld’. Er is met opzet geen definitie van kennelijk onbehoorlijk bestuur opgenomen. De achterliggende gedachte daarvan is dat de wetgever het totale veld

⁸¹ M.J.W. Hemmes, *Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement, samenloop van vorderingen tussen de curator en individuele crediteuren*, Tilburg: Celcus 2014 p. 10.

⁸² HR 18 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI5912 (Simoca).

⁸³ S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevers*, Deventer: Kluwer 2009 p. 237.

⁸⁴ W.A. Westenbroek, ‘De beleidsbepaler van artikel 2:138/248 lid 7 BW onder de loep genomen’, *Ondernemingsrecht* 2014/119.

⁸⁵ C.M. Hilverda, *De bestrijding van faillissementsfraude: waar een wil is,*, Deventer: Kluwer 2012 p. 29.

van het misbruik van rechtspersonen op het moment dat de wetgeving werd geconcipieerd nog niet volledig kon overzien.⁸⁶

In het kader van dit onderzoek is vooral lid 2 van het betreffende artikel van belang, omdat daar de administratie- en deponeringsplicht letterlijk in verwoord staan. Maar in de context van bestuurdersaansprakelijkheid is enige achtergrondinformatie van lid 1 wel van belang. Dat komt omdat er vaak een combinatie van de leden 1 en 2 gemaakt worden. Hemmes schrijft daarover:

‘Curatoren stellen in de regel alleen een vordering op grond van art. 2:138/248 BW als zij één van de bewijsvermoedens uit lid 2 kunnen gebruiken; Vorderingen uitsluitend gegrond op lid 1 zijn zeldzaam.’⁸⁷

Ook zegt hij:

Als de bestuurder succesvol het causaliteitsvermoeden van lid 2 weerlegt, rest de curator slechts de in lid 1 geformuleerde aansprakelijkheidsgrond (HR 30 november 2007, NJ 2008, 91 (Blue Tomato)).⁸⁸

Kennelijk onbehoorlijk bestuur houdt in dat er sprake is van een inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Dit zijn ook de vereisten van een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Auteurs zien in art. 2:248 BW dan ook wel een *lex specialis* van art. 6:162 BW.⁸⁹

De Hoge Raad voegt eraan toe dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur als ‘geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben.’⁹⁰

Het is aan de curator het bewijs te leveren. Daarbij moet hij twee zaken aantonen: Allereerst dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en ten tweede moet hij *aannemelijk* (een lichtere bewijslast dan bewijzen) maken dat het ook een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Dat is best moeilijk, daarom geeft Hemmes ook in het hierboven aangehaalde citaat aan dat een vordering enkel gegrond op lid 1 zeldzaam is.

4.5 Vereisten lid 2

Wat is dan het voordeel van lid 2 ten opzichte van lid 1? Letterlijk staat er in art. 2:248 lid 2 BW het volgende:

‘Indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 10 of 394, heeft het zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Hetzelfde geldt indien de vennootschap volledig aansprakelijk vennoot is van een vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap en niet voldaan is aan de verplichtingen uit artikel 15i van Boek 3. Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen.’

Er staat dus dat op het moment dat het bestuur zich niet gehouden heeft aan de eisen van de artt. 2:10 en 2:394 BW, die in het vorige hoofdstuk uitgelegd zijn, dan wordt vastgesteld dat het zijn taak onbehoorlijk vervuld heeft. De kracht van lid 2 schuilt in het dubbel wettelijk vermoeden. Als het bestuur niet aan de voorgaande verplichtingen heeft voldaan, staat

⁸⁶ H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2011, p.107.

⁸⁷ M.J.W. Hemmes, *Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement, samenloop van vorderingen tussen de curator en individuele crediteuren*, Tilburg: Celcus 2014 p. 12.

⁸⁸ M.J.W. Hemmes, *Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement, samenloop van vorderingen tussen de curator en individuele crediteuren*, Tilburg: Celcus 2014 p. 13.

⁸⁹ H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2011, p.105.

⁹⁰ HR 7 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2096.

onweerlegbaar vast dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is.⁹¹

Een ander vereiste is dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zogenaamde referteperiode plaatsgevonden heeft. Dat is drie jaar voorafgaand aan het faillissement (art. 2:248 lid 6 BW). Gedrag dat buiten deze periode valt, kan nog wel tot aansprakelijkheid van de (feitelijke) bestuurder leiden op grond van art. 6:162 BW (onrechtmatige daad).⁹² In lid 6 van 2:248 BW wordt in de laatste zin nog wel aangegeven dat kwijting (decharge) het instellen van de vordering niet in de weg staat.

4.6 Afwenden bestuurdersaansprakelijkheid

Als decharge een bestuurder niet kan helpen, wat kan hij dan nog wel doen als hij van mening is dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur hem onterecht ten laste wordt gelegd? In deze paragraaf zullen zijn mogelijkheden beschreven worden

Allereerst kan hij een beroep doen op art. 2:248 lid 2 BW zelf. In het Schilt-arrest wordt daarover gezegd:

‘Een redelijke uitleg van art. 2:248 lid 2 BW brengt mee dat voor het ontzenuwen van het daarin neergelegde vermoeden volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Als hij daarin slaagt, ligt het op de weg van de curator op de voet van het eerste lid van dat artikel aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.’⁹³

Een goed voorbeeld van zo’n situatie staat het in het al eerder genoemde Blue Tomato-arrest. In 1998 brandde een breifabriek af met de naam Blue Tomato. Omdat er niet voldaan was aan de polisvoorwaarden weigerde de verzekering uit te keren. Een jaar na de brand, werd het bedrijf failliet verklaard. De curator wilde de enige bestuurder hoofdelijk aansprakelijk stellen op grond van art. 2:248 lid 2 BW, omdat de jaarrekeningen niet tijdig gedeponeerd waren. Maar op grond van de eerdere uitspraken brengt een redelijke uitleg van art. 2:248 lid 2 BW met zich mee dat een aansprakelijk gestelde bestuurder aannemelijk mag maken dat andere omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Zie onder andere het hierboven geciteerde Schilt-arrest. Uiteraard was in dit geval de oorzaak van het faillissement de brand en de daarop niet uitgekeerde verzekeringsgelden en niet de verzaking van de deponeringsplicht. Er was dus geen sprake van onbehoorlijk bestuur op grond van art. 2:248 lid 2 BW. De Hoge Raad ging daarin mee.

Ten tweede bestaat de mogelijkheid om een beroep te doen op de laatste zin van art. 2:248 lid 2 BW. Daarin staat dat een onbelangrijk verzuim niet in aanmerking wordt genomen. Een voorbeeld van wat een onbelangrijk verzuim is, staat in paragraaf 3.3.7 van dit rapport. Daar staat dat het enkele dagen te laat deponeren als onbelangrijk verzuim gezien kan worden.

Ook bestaat er de al eerder aangehaalde mogelijkheid voor disculpatie. De wettelijke grondslag daarvoor is te vinden in lid 3 van art. 2:248 BW. Het is niet eenvoudig om er een beroep op te doen, omdat de aansprakelijkheid van art. 2:248 BW collectief van aard is en alle bestuurders in beginsel hoofdelijk aansprakelijk zijn. Er zijn twee voorwaarden op grond waarvan een bestuurder zich kan disculperen:

1. De onbehoorlijke taakvervulling is niet aan de bestuurder in kwestie te wijten; en

⁹¹ M.J.W. Hemmes, Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement, samenloop van vorderingen tussen de curator en individuele crediteuren, Tilburg: Celcus 2014 p. 12.

⁹² S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevend*, Deventer: Kluwer 2009 p. 227.

⁹³ HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916 (Van Schilt/ Jansen q.q.), r.o. 4.5.2.

2. Hij heeft pogingen in het werk gesteld om de negatieve gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling te voorkomen.⁹⁴

De bestuurder moet volgens de Hoge Raad deze twee gronden aan kunnen tonen.⁹⁵ De Hoge Raad heeft ook bepaald dat de duur van de bestuursfunctie ook een grond voor disculpatie kan zijn. De bestuurder in casu was maar zeer kort in die hoedanigheid opgetreden (25 dagen).⁹⁶

4.7 Matiging

In lid 4 van art. 2:248 BW is geregeld dat de rechter het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn, mag verminderen als het hem bovenmatig voorkomt. Dat mag hij voor alle bestuurders (collectief), maar ook voor een afzonderlijke bestuurder doen. Daar is de rechter vrij in. Er staan enkele voorbeelden in de wet genoemd waarvoor matiging kan gelden. Het kan echter voorkomen dat de omvang van het tekort nog niet is vastgesteld op het moment dat de rechter moet beslissen over matiging. Daarom is in de parlementaire geschiedenis bepaald dat de eventuele vermindering uitgedrukt mag worden in een percentage. later zal de curator dit percentage moeten aftrekken van het dan vaststaande bedrag van het tekort.⁹⁷

4.8 Bewijslast aansprakelijkheid

Het is de curator die moet bewijzen dat het bestuur niet heeft voldaan aan de administratieplicht. Als er geen of weinig administratie te vinden is, dan zal het niet moeilijk zijn voor de curator om het aan te tonen. Lastiger wordt het als er wel een administratie is, maar de vraag beantwoord moet worden of die aan de vereisten van art. 2:10 BW voldoet.⁹⁸ De richtlijnen daarvoor zijn in het vorige hoofdstuk behandeld.

Een ander belangrijk punt van de bewijslast ten aanzien van de bestuurdersaansprakelijkheid is de zinsnede uit art. 2:248 lid 2 BW 'een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen'. Moet de curator dan aantonen dat het wel belangrijk was, of moet het aangeklaagde bestuur aantonen dat het een onbelangrijk verzuim was? Beckman is van mening dat de bewijslast bij de curator gezocht moet worden, omdat op hem ook de bewijslast van de schending van de administratieplicht rust.⁹⁹ Uit jurisprudentie blijkt dat het echter niet altijd het geval is. In het al eerder aangehaalde arrest Pfennings/ Niederer q.q. geeft de Hoge Raad in r.o. 3.2. aan dat als er sprake is van een termijnoverschrijding de 'stelplicht en bewijslast te dier zake rusten op de aangesproken bestuurder'.¹⁰⁰

4.9 Verhouding administratieplicht en deponeringsplicht

In dit hoofdstuk is de bestuurdersaansprakelijkheid en de manier hoe die vermeden kan worden beschreven. Maar hoe is de verhouding tussen bestuurdersaansprakelijkheid en de administratie- en deponeringsplicht?

De minister zei destijds daarover in de MvT:

'Omdat de bestuurders gemakkelijker tegenbewijs kunnen leveren tegen het wettelijke vermoeden van causaliteit van kennelijk onbehoorlijk bestuur en faillissement in het geval dat (slechts) de publikatieplicht is verwaarloosd'.¹⁰¹

Dus als slechts de deponeringsplicht geschonden is, dan kan de bestuurder makkelijker het tegenbewijs, als bedoeld in art. 2:248 lid 2 BW leveren.

De minister geeft dan ook aan dat een curator het beste voor twee ankers kan gaan liggen. Temeer omdat in het vorige hoofdstuk ook duidelijk is geworden dat de Hoge Raad het

⁹⁴ H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2011, p.31.

⁹⁵ HR 6 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:522.

⁹⁶ HR 28 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2114.

⁹⁷ Kamerstukken II 1984-85, 16631, 6, p.29.

⁹⁸ Hof 's-Hertogenbosch, 13 januari 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI2180.

⁹⁹ H. Beckman, *Hoofdlijnen van het jaarrekeningenrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 2013, p. 54.

¹⁰⁰ HR 2 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1981 (Pfennings/ Niederer q.q.).

¹⁰¹ Kamerstukken I 1985-86, 16631, 27b, p.13.

enkele feit dat een jaarrekening enkele dagen te laat gedeponneerd is een onbelangrijk verzuim noemt. De curator staat het sterkst als hij zowel art. 2:10 als 2:394 BW kan toepassen. Ook zal hij daarbij de artikelen 2:9 en 6:162 BW gebruiken, maar die vallen buiten de kaders van dit onderzoek.

4.10 Deelconclusie

Het wettelijke systeem gaat uit van collegiaal bestuur. Bestuurders worden in beginsel met z'n allen verantwoordelijk gehouden voor het gevoerde beleid. Met een bestuurder wordt de statutaire bestuurder bedoeld. In beginsel handelt een bestuurder in hoedanigheid van de rechtspersoon. Maar een doorbraak van aansprakelijkheid is mogelijk. Dat is ook het geval bij art. 2:248 BW, wat een vorm van externe aansprakelijkheid is. Als een bestuurder geen statutair bestuurder, maar wel een feitelijk bestuurder is, dan kan hij via lid 7 van het artikel aansprakelijk gesteld worden. Dat geldt ook voor gewezen bestuurders.

De doorbraak van aansprakelijkheid kan bewerkstelligd worden als er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Dat houdt in dat in dezelfde omstandigheden een redelijk denkend mens niet zo gehandeld zou hebben. Dat is moeilijk te bewijzen, daarom is er in lid 2 van het artikel een andere norm gesteld waarin bestuurders in een faillissement aansprakelijk gesteld kunnen worden. Dat is als ze zich niet aan de administratie- en deponeringsplicht hebben gehouden. De bewijslast is in dat lid verlicht.

Er zijn wel mogelijkheden voor een bestuurslid om de aansprakelijkheid af te wenden. Dat kan door aannemelijk te maken dat andere omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. De tweede optie is om een beroep te doen op een onbelangrijk verzuim. Dat wordt slechts gehonoreerd als het verzuim ook daadwerkelijk onbelangrijk is.

Een individueel bestuurder kan daarnaast ook disculperen. Dat zal niet snel geaccepteerd worden, want hij moet dan aan kunnen tonen dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem te wijten is en dat hij alles in het werk gesteld heeft om de negatieve gevolgen te voorkomen. Ook de zeer korte duur waarin de bestuurder opgetreden is, kan een reden voor disculpatie zijn.

De rechter mag het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn verminderen als het hem bovenmatig voorkomt.

Het is de curator die moet bewijzen dat het bestuur zich niet aan de administratieplicht gehouden heeft, maar het als bestuur wil aantonen dat het een onbelangrijk verzuim is dan ligt de bewijslast bij hem.

Als een curator een bestuurder aansprakelijk wil stellen op grond van art. 2:248 lid 2 BW dan kan hij dat het beste doen door zowel de administratie- als de deponeringsplicht als grond aan te dragen. Maar hoe komt een curator erachter dat er niet aan de administratie- als de deponeringsplicht is voldaan? Daar wordt in het volgende hoofdstuk aandacht aan besteed.

Hoofdstuk 5 Rol van GT FIS in oorzakenonderzoek

Door [...] een betere scholing van curatoren en rechter-commissarissen in faillissementen op (forensisch) administratief terrein zouden veel meer gevallen van faillissementsfraude en ondeugdelijk administreren kunnen worden ontdekt dan nu het geval is.¹⁰²

Het bovenstaande is een citaat van Hilverda. Zij is hoogleraar faillissementsfraude. In die hoedanigheid hamert ze erop dat curatoren meer doen aan het ontmaskeren van faillissementsfraudeurs. Maar is dat wel de rol van een curator? In dit hoofdstuk zal ingegaan worden op de functie van de curator en het oorzakenonderzoek. Daarbij zal ook het werkprogramma van GT FIS besproken worden.

5.1 Faillissement

Als de schuldenaar in een toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, kan hij op eigen initiatief, of op verzoek van de schuldeisers bij rechterlijk vonnis in staat van faillissement worden verklaard (Art. 1 Fw). De rechter spreekt dan het faillissement uit op het moment dat summierlijk uit feiten en omstandigheden blijkt dat de schuldenaar inderdaad opgehouden heeft te betalen (art. 6 lid 3 Fw). Het vonnis is uitvoerbaar bij voorraad: de staat van het faillissement treedt terstond in en duurt voort, ook al zouden rechtsmiddelen tegen de uitspraak worden aangewend.¹⁰³

Vanaf dat moment (Met terugwerkende kracht tot 00.00 uur die dag) verliest de schuldenaar van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorend vermogen (art. 23 Fw). In het vonnis worden een rechter-commissaris en een curator benoemd. De curator neemt de beschikking en het beheer van het vermogen van de failliet over.

5.2 Curator

Een curator is iemand die door de wetgever belast is met het, onder toezicht van de rechter-commissaris, afwikkelen van het beslag; hij dient de boedel te beheren en te vereffenen en er, nadat de vereffening is voltooid, voor te zorgen dat iedere schuldeiser naar rang en stand het zijne krijgt.¹⁰⁴ De grondslag van zijn taak ligt in art. 68 Fw.

5.2.1 Belangen

De taak van de curator is lastig omdat hij geacht wordt belangen van meerdere partijen te vertegenwoordigen. Enerzijds is het faillissement erop gericht de belangen van de schuldeisers zo veel mogelijk tot hun recht te laten komen; de curator verricht zijn taken tegen die achtergrond en is zodanig aangesteld als vertegenwoordiger van de gezamenlijke schuldeisers.¹⁰⁵

Anderzijds dient de curator bij zijn beleidsafweging rekening te houden met belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid voor de werknemers die in het bedrijf van de gefailleerde werkzaam waren.¹⁰⁶

5.3 Werkwijze

In deze paragraaf zal de werkwijze van de curator besproken worden.

¹⁰² C.M. Hilverda, *De bestrijding van faillissementsfraude: waar een wil is, ...*, Deventer: Kluwer 2012 p. 35

¹⁰³ A.M.J. van Buchem-Spapens & Th.A. Pouw, *Monografieën Privaatrecht, Faillissement, surceance van betaling en schuldsanering*, Deventer: Kluwer 2013, p. 13.

¹⁰⁴ J. van Hees, 'Schuldeisers en de afwikkeling van het faillissement: de curator onder invloed?', *Tvl* 2004, 58, p. 291

¹⁰⁵ A.M.J. van Buchem-Spapens & Th.A. Pouw, *Monografieën Privaatrecht, Faillissement, surceance van betaling en schuldsanering*, Deventer: Kluwer 2013, p. 84.

¹⁰⁶ HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643.

5.3.1 Veiligstellen

De curator is allereerst belast met het beheer van de boedel. Gelijk na het aanvaarden van zijn betrekking neemt hij, volgens art. 92 Fw, alle maatregelen die nodig zijn voor de bescherming van de boedel en de administratie. In het kader daarvan kan hij verschillende zaken onder zich nemen. Hij moet daarvoor dan wel een ontvangstbewijs afgeven. Of de curator de zaken zelf onder zich wil houden of niet is aan hem. Volgens de Praktijkregels gaat het erom dat de gegevens 'veiliggesteld worden'.¹⁰⁷ De gefailleerde is overigens verplicht om alle vereiste medewerking aan de curator te verlenen ten behoeve van de vereffening van de boedel, dus ook aan het afgeven van de administratie.¹⁰⁸

Bartels heeft een duidelijke beschrijving gemaakt op welke manier er snel inzicht verkregen kan worden in de administratie.¹⁰⁹

1. De curator moet uitzoeken welke administraties binnen de onderneming werden gevoerd;
2. Het is belangrijk om te weten welke activiteiten in de aanwezige administraties werden geregistreerd;
3. Om de administratie later goed te kunnen gebruiken, is het belangrijk dat de administratie bijgewerkt is tot faillissementsdatum. Als de administratie niet up-to-date is, is het aan te raden dat de afdeling administratie dan wel een deskundige er naar kijkt;
4. Het is niet alleen van belang om te weten of de administratie aanwezig is, maar ook de opbouw van de administratie is een aandachtspunt. Hoe is de opbouw van het grootboek, wat is de verdeling in de balans- en resultaatrekening? Inzicht in de structuur van het grootboek, leidt ertoe dat de curator later sneller verbanden kan leggen;
5. Het is eveneens evident om inzicht te krijgen in alle dagboeken die zijn gebruikt. In de meeste administraties wordt namelijk gebruik gemaakt van dagboeken. Daarin worden de mutaties van één bepaald soort individueel geboekt;
6. Ook is het nodig om de subadministraties in kaart te brengen. Waar een dagboek de mutaties van een bepaald soort weergeeft (bijv. bankmutaties), geeft een subadministratie inzicht in de stand van een bepaald item (bijv. een debiteur). Ook voorraden, projecten en uren kunnen in zo'n administratie worden bijgehouden;
7. Als de curator inzicht in de administratie heeft, is het van belang dat hij de basisbescheiden (facturen, bankafschriften, correspondentie etc.) onder zich neemt;
8. Naast de basisbescheiden zal hij ook moeten zorgen voor een uitdraai van het grootboek, verwerkingsverslagen en saldibalansen. Ook moet hij daarbij de meest uitgebreide jaarrekeningen meenemen. Dat zal bij kleine en middelgrote ondernemingen niet de jaarrekeningen zijn die gedeponeerd zijn, omdat voor hen bepaalde vrijstellingen gelden (zoals in hoofdstuk 3 uitgelegd is).

Ondanks dat Bartels hier een duidelijke uitleg geeft, moet wel gerealiseerd worden dat ook hij hier vooral de fysieke administratie en met name de boekhouding in het oog heeft. Uit voorgaande hoofdstukken is gebleken dat de administratie breder is. Er moet ook gelet worden op algemene en zakelijke correspondentie, contracten, notulen e.d..

In het werkprogramma komen bovenstaande onderwerpen dus wel aan bod, maar zal het uitgebreid worden met de uit de eerdere hoofdstukken verzamelde informatie.

5.3.2 Cloud

Dat veiligstellen heeft tegenwoordig een hele andere dimensie gekregen. Steeds vaker is de administratie in een cloud te vinden en kan het niet zomaar meegenomen worden.

¹⁰⁷ Art. 9.3 Praktijkregels Insolad.

¹⁰⁸ HR 23 december 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4724.

¹⁰⁹ C.M.Hilverda e.a., *Faillissementsfraude in de praktijk*, Kluwer: Deventer 2001 p. 58/59.

Als de digitale administratie op een computer of server van de schuldenaar staat, dan zal dit relatief eenvoudig (door een deskundige) veiliggesteld kunnen worden.¹¹⁰ Er wordt dan een kopie van de digitale administratie gemaakt.

Ook als de administratie van de gefailleerde zich in de cloud bevindt, is het de taak van de curator om het veilig te stellen. De eigenaar van de cloud moet dan een kopie laten maken van de gegevens die erin staan, of de toegang tot de cloud geopend houden. De kosten die een curator daarvoor moet maken zijn boedelkosten.¹¹¹ Er is nog geen jurisprudentie van een zaak waarbij de administratie in de cloud stond en de boedel leeg was. Het is dan immers de vraag of er wel aan de administratieplicht voldaan was. Volgens art. 2:10 BW moet de administratie zodanig bewaard worden dat te allen tijde de rechten en verplichtingen gekend kunnen worden. Dat is niet mogelijk als het in een cloud opgeborgen is en er geen geld is om de cloud 'open' te houden. De wetgever heeft daar wel iets op bedacht, maar dat komt in het volgende hoofdstuk aan de orde.

5.3.3 Oorzakenonderzoek

In de Faillissementswet staat nergens expliciet dat een curator zich bezig moet houden met oorzakenonderzoek. Toch kan het er wel indirect uit afgeleid worden. Uit art. 68 Fw blijkt dat de curator tot taak heeft tot 'het beheer en de vereffening' van de failliete boedel. Daartoe wordt gerekend het te gelde maken van vorderingen die de boedel heeft tegen derden, waaronder dus ook eventuele vorderingen tegen bestuurders en commissarissen.¹¹²

In hoofdstuk 5 van de Praktijkregels voor curatoren gaat het over het aansprakelijk stellen van onder andere (ex-) bestuurders voor het ontstaan van faillissementen. Volgens de toelichting van art. 5.1 van de betreffende regeling brengt goed curatorschap met zich mee dat de curator steeds nagaat of er aanleiding bestaat om een vordering in te stellen tegen bestuurders. Daarbij gaat het dan niet slechts om vorderingen op grond van misbruikwetgeving, maar ook om het niet behoorlijk vervullen van de bestuurstaken.

Ook art. 2:248 BW spreekt van bestuurdersaansprakelijkheid 'indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement'. Om dat te weten moet men een oorzakenonderzoek doen. Daar moet echter wel bij opgemerkt worden dat een oorzakenonderzoek niet enkel en alleen gebruikt moet worden als opmaat naar aansprakelijkheid. Het heeft ook als doel om alle betrokkenen, waarvan primair de crediteuren, te informeren over de relevante feiten en omstandigheden voorafgaand aan het faillissement.¹¹³ Maar hoe werkt zo'n oorzakenonderzoek?

5.3.4 Quick scan

Bij een quick scan wordt er op een snelle en effectieve manier globaal de administratie doorgenomen. Zo'n eerste globale beoordeling zorgt ervoor dat de curator zijn hoofd niet breekt over details en dat hij vaak de essentiële informatie krijgt over de achtergrond van het faillissement.¹¹⁴ In het onderzoek wordt zowel naar financiële als niet financiële stukken gekeken. Er wordt een onderzoek gedaan in de financiële administratie zoals Bartels, dat hiervoor beschreven is, dat veilig zou stellen. Maar ook niet-financiële stukken kunnen van belang zijn: notulen, (arbeids)contracten, kredietovereenkomsten en correspondentie.¹¹⁵ Tijdens de quick scan zal er ook een kosten-batenanalyse gemaakt moeten worden. Als er bijvoorbeeld geen of een geringe kans op verhaal van aansprakelijkheidsvorderingen

¹¹⁰ F.B. Bosvelt & A.R. van Oijen, 'Cloud computing: beter één administratie in de hand dan tien in de lucht.', Tvl 2013/39.

¹¹¹ F.B. Bosvelt & A.R. van Oijen, 'Cloud computing: beter één administratie in de hand dan tien in de lucht.', Tvl 2013/39.

¹¹² R.J. Schimmelpenninck, 'Protocol oorzakenonderzoek voor complexe faillissementen', Tvl 2008, 20, p. 134.

¹¹³ R.J. Schimmelpenninck, 'Naschrift bij reactie van mr. S.H. Ranitz', Tvl 2008, 43, p. 277.

¹¹⁴ C.M. Hilverda e.a., *Faillissementsfraude in de praktijk*, Kluwer: Deventer 2001 p. 62.

¹¹⁵ M.H.G. Scharenborg & P.G.M. Vriend, 'De forensisch accountant, méér dan een 'boekhouder' Oftewel, de forensische aanpak van een faillissementsonderzoek', Tvl 2002, p.160.

bestaat, zal slechts een beperkt oorzakenonderzoek gerechtvaardigd zijn.¹¹⁶ Het mag namelijk niet de bedoeling zijn dat hele inhoud van de boedel opgaat aan boedelschulden. Er zou dan geen geld meer overblijven voor de schuldeisers.

5.3.5 Nader onderzoek

Deze fase heeft geen vaste vorm en is afhankelijk van het doel dat de curator voor ogen heeft. In het algemeen gaat het om het vaststellen en onderbouwen van verhaalsmogelijkheden onder andere op basis van bestuurdersaansprakelijkheid. Dat onderzoek geschiedt vaak op basis van data-analyse. De huidige ondernemingen en complexe organisatiestructuren worden immers zonder uitzondering ondersteund door geautomatiseerde systemen.¹¹⁷ Met behulp van data-analyse kan binnen afzienbare tijd grote hoeveelheden documenten en gegevens onderzocht worden.

5.4 Forensisch accountants

Een forensisch accountant kan een ondersteunende rol spelen voor curatoren als het gaat om de administratie. In 1993 begon KPMG met een afdeling Forensic Accounting, daarmee werd het startschot gegeven voor de particuliere forensische accountancy in Nederland.¹¹⁸ In Angelsaksische landen werd al langer gebruik van ze gemaakt. Het verschil met reguliere accountants is dat zij met name controlewerkzaamheden om de volledigheid en juistheid van een door de onderneming afgelegde verklaring te toetsen, terwijl forensisch accountants hun accountantsspecialisme inzetten voor feitenonderzoek. En dat behoeft niet specifiek om financiële feiten te gaan, maar kan ook betrekking hebben op het handelen of juist niet handelen van betrokkenen. Forensisch accountants zijn gericht op feitenonderzoek (waarheidsvinding) ten behoeve van geschilbeslechting.¹¹⁹ Forensische accountancy wordt niet alleen bij faillissementen ingezet, maar in het kader van dit onderzoek is het doen van oorzakenonderzoek wel het meest relevant.

Vanwege de vele juridische aspecten is het misschien niet zinvol om accountants curator te laten zijn. Maar het inschakelen van forensisch accountants kan om de volgende redenen wel van belang zijn:

- Een curator is logischerwijs geneigd om de administratie door een juridische bril te bekijken. Uit de voorgaande hoofdstukken is echter gebleken dat de administratie ook een duidelijk administratief/financiële kant heeft. De inzet van een forensisch accountant vormt dan ook een logische aanvulling op het perspectief.
- Een forensisch accountant is een deskundige die een onafhankelijk oordeel dient te geven. Er kan achteraf door crediteuren niet meer gezegd worden dat door een gebrek aan deskundigheid de curator geen vinger achter de onrechtmatigheden heeft gekregen.
- Met behulp van de forensische vaardigheden van de forensisch accountant wordt op een andere manier naar documenten gekeken die hem opvallen. In het onderzoek naar bestuurdersaansprakelijkheid zou zijn forensische onderzoeksaanpak en – tactiek goed van pas kunnen komen.¹²⁰

5.5 Werkprogramma

Met enige regelmaat wordt GT FIS bij faillissementsonderzoeken ingeschakeld. Het gaat dan om situaties waarbij meer nodig is dan uitsluitend een administratief ondersteunende rol. Ze worden ingezet in situaties waarbij er aanwijzingen of vermoedens zijn dat er voorafgaande aan faillissement mogelijk handelingen hebben plaatsgevonden die de boedel en/of

¹¹⁶ R.J. Schimmelpenninck, 'Protocol oorzakenonderzoek voor complexe faillissementen', Tvl 2008, 20, p. 134.

¹¹⁷ C.M. Hilverda, *Onderneming en recht* 53, Faillissementsfraude, Deventer: Kluwer 2009, p. 594.

¹¹⁸ L. Van Almelo & P. Schimmel, *Feiten maken het recht*, Alphen aan den Rijn: Castellum 2013, p.7.

¹¹⁹ C.D. Schaap & C.J. aan de Wiel, 'Forensische accountancy ten behoeve van faillissementsonderzoeken', Tvl 2002, p.26.

¹²⁰ W.J. Bartels, *KPMG ondersteunt de curator*, Amstelveen: KPMG 1998, p.24.

bepaalde crediteuren onrechtmatig hebben benadeeld. De open norm van artikel 2:10 lid 1 BW leidt ertoe dat er geen one-size-fits-all-maatstaf mogelijk is van de vraag of het bestuur aan de in dat artikel vastgelegde verplichtingen heeft voldaan.¹²¹

5.5.1 Huidig werkprogramma

GT FIS heeft voor de aanpak van het onderzoek een werkprogramma geschreven. Dit stamt uit 2013 en is op het hele proces gericht. Het begint bij de fase ‘freeze’. Deze fase is gericht op het onmiddellijk na faillissement veiligstellen van de gegevens op grond waarvan verder onderzoek door de curator kan plaatsvinden. Een goede ‘quick freeze’ is volgens GT FIS bepalend voor het gehele verdere traject van de afwikkeling van het faillissement. De tweede fase is de ‘quick’ scan. Deze fase is gericht op het snel en effectief beoordelen van de financiële administratie teneinde aanwijzingen te vinden voor het al dan niet vermoeden dat eventueel sprake is van een onzuiver faillissement of een vermoeden van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:248 lid 2 BW. De derde fase heet ‘investigate’: analyse en rapportage. Het werkprogramma is in principe op dezelfde manier ingericht als dat in de theorie beschreven en hiervoor besproken is.

Niet alles van het werkprogramma is relevant, omdat een gedeelte ook gaat over faillissementspauliana en aanverwante zaken. Dat gaat buiten de kaders van dit onderzoek, daarom wordt alleen het relevante deel van het werkprogramma besproken en getoond in bijlage A. In de volgende paragrafen wordt bijlage A besproken.

5.5.2 Inventarisatie van de administratie

De eerste stappen die gezet moeten worden om te controleren of er aan de administratieplicht is voldaan, zijn eigenlijk vanzelfsprekend: waar bevindt zich de administratie, tot welk moment is de administratie bijgewerkt en wie waren er voor de administratie verantwoordelijk? De laatste vraag is vooral van belang omdat degenen die ervoor verantwoordelijk waren ook ‘de weg’ weten in de administratie. Zij weten hoe het is opgebouwd, hoe de systemen werken enz.. Het is daarom van groot belang om in een vroeg stadium de organisatie en de verantwoordelijke personen/afdelingen in kaart te brengen. Samen met de andere vragen die onder punt 1 van het werkprogramma staan, zijn het allemaal belangrijke vragen om de aanwezigheid van de administratie vast te kunnen stellen.

5.5.3 Volledigheid van overgelegde administratie

In de meeste faillissementsonderzoeken is de grootste vraag niet of de administratie aanwezig is, maar hoe volledig de administratie is. In de vorige hoofdstukken is uitgelegd wanneer er sprake is van een volledige administratie. Dat is niet eenvoudig te toetsen, omdat het onder andere afhankelijk is van de grootte van de onderneming. Momenteel is het zo geregeld dat er parafen of vinkjes achter de te beoordelen onderwerpen gezet kan worden. Daarnaast is er nog ruimte om een toelichting te geven. Dat is allemaal goed geregeld. Het is echter niet duidelijk hoe de lijst, waardoor de volledigheid gekend moet worden, is opgesteld. Allerlei verschillende soorten documenten staan door elkaar. Ook wordt het begrip ‘digitale administratie’ genoemd naast een varia aan andere administratiedocumenten. Hoe de verhouding digitaal en analoog is, wordt niet duidelijk. Het is eveneens de vraag of de lijst in alle gevallen toereikend is. Er worden nog zaken gemist, waarvan de minister gezegd heeft dat het onder de administratieplicht valt. Enige structurering en aanvulling is nog wel gewenst. Bovendien kan van automatisering beter een apart hoofdstuk gemaakt worden.

5.5.4 Boekhoudplicht

Het derde punt van het werkprogramma is gericht op de beoordeling van de boekhoudplicht. Onder de boekhoudplicht wordt hier de wettelijke verplichting van art. 2:10/ 3:15i BW en de

¹²¹ C.M. Harmsen, ‘Vonnis inzake Landis: een stap vooruit op het gebied van de administratieplicht’, Tvl 2014/27.

bewaarplicht bedoeld. Ook wordt de term boekhoudplicht gebruikt, terwijl er in dit onderzoek voor gekozen is om de term administratie te gebruiken. Bovendien wordt voor een deel de vereisten van art. 2:10 BW al in hoofdstuk 2 opgesomd. Er moet dus nog wel het één en ander geschoven en opnieuw geformuleerd worden in dit hoofdstuk. Het zou misschien nog beter zijn om hoofdstuk 2 en 3 samen te voegen. Temeer omdat in hoofdstuk 3 de bewaarplicht genoemd wordt, terwijl de bewaarplicht ook voor de in hoofdstuk 2 genoemde onderwerpen van toepassing is.

5.5.5 Jaarrekening laatste 3 jaar

Om een onduidelijke reden is het hoofdstuk over de jaarrekening het vijfde in plaats van het vierde hoofdstuk. Hoofdstuk 4 gaat over het veiligstellen van de geautomatiseerde bestanden en past dus niet in het rijtje van de administratie- en deponeringsplicht. Het is aan te raden om de hoofdstukindeling om te draaien.

Het hoofdstuk gaat uitsluitend over de gedeponeerde jaarrekening. Uit de voorgaande hoofdstukken is duidelijk geworden dat niet elk rechtspersoon een jaarrekening inclusief bestuursverslag moet deponeren, maar wel moet opmaken. Het zou daarom goed zijn om een hoofdstuk te maken over het opmaken en een hoofdstuk over de deponering van de jaarrekening.

Alle relevante hoofdstukken zijn hiermee voor het voetlicht gehaald. In hoofdstuk 7 zullen de aanbevelingen gegeven worden wat er concreet gewijzigd moet worden op basis van dit onderzoek. In bijlage B zal een opzet voor een vernieuwd werkprogramma op grond van de aandachtspunten gegeven worden.

5.6 Deelconclusie

Als een schuldenaar failliet verklaard wordt, neemt een curator het beheer en de beschikking van de boedel over. Hij moet de belangen van de schuldeisers vertegenwoordigen. Gelijk na het aanvaarden van zijn betrekking, neemt hij alle maatregelen die nodig zijn voor de bescherming van de boedel en de administratie. Het is vooral van belang dat hij goed weet welke administratie nog aanwezig is. Als de administratie in een cloud staat, dan moet de eigenaar daarvan de curator de beschikking daarover geven.

Goed curatorschap brengt met zich mee dat de curator steeds nagaat of er aanleiding bestaat om een vordering in te stellen tegen bestuurders. Daarom wordt er een oorzakenonderzoek gedaan. Dat onderzoek begint met een quick scan waarin kort en snel zowel financiële en niet financiële documenten onderzocht worden.

Als de mogelijkheden voor bestuurdersaansprakelijkheid aanwezig zijn, kan de curator beslissen om een nader onderzoek uit te voeren. De inhoud van dat onderzoek is voor een groot deel afhankelijk van wat er onderzocht moet worden en wat de uitkomst van de quick scan is.

Het veiligstellen en het oorzakenonderzoek wordt vaak uitbesteed aan forensisch accountants. Zij kijken met een forensische en accountantsblik naar de administratie. Daarmee kunnen ze een aanvulling vormen op de meestal juridisch geschoolde curatoren.

GT FIS wordt ook regelmatig ingeschakeld om faillissementsonderzoeken uit te voeren. Ze hebben daar in het verleden een werkprogramma voor gemaakt. Dat werkprogramma bestaat uit verschillende onderdelen die stapsgewijs afgelopen worden.

Het begint met een inventarisatie wat er allemaal aan administratie aanwezig is. Daarna wordt er gekeken naar de volledigheid van de overgelegde administratie. De opbouw kan nog enigszins verbeterd worden en ook is er nog wel een aanvulling nodig.

Het derde hoofdstuk kan het beste helemaal gewijzigd worden. Er zijn daar enkele overlappende vereisten met hoofdstuk 2 en ook de administratieplicht dient breder genomen te worden. Het hoofdstuk over de jaarrekening zou het beste gesplitst kunnen worden, net als dat in hoofdstuk 3 gedaan is. Er wordt daar onderscheid gemaakt in het opmaken en het deponeren van de jaarrekening.

In hoofdstuk 7 bij de aanbevelingen zullen de concrete wijzigingen besproken worden en in bijlage B zal de opzet voor een vernieuwd werkprogramma op basis van de aanbevelingen toegevoegd worden.

Hoofdstuk 6 Positieversterking curatoren

De Faillissementswet stamt uit 1893. De beroemde mr. W. Molengraaff heeft daar nog een belangrijke rol in gespeeld.¹²² Maar ondanks dat hij zijn tijd vaak voor was, is herziening van de Faillissementswet intussen wel weer nodig gebleken. Het uitgangspunt van dit herzieningsprogramma is om het faillissementsrecht over de hele linie te verbeteren. Daarbij gaat het om de bestrijding van faillissementsfraude, maar ook om het bevorderen van het reorganiserend vermogen van ondernemingen en het meer gebruik maken van technische mogelijkheden.¹²³ Veel voorstellen in het kader van de vernieuwing zijn niet van belang voor dit onderzoek. Het derde wetsvoorstel is echter wel van belang. Daarin wordt de positie van de curator versterkt door een serie wetswijzigingen. Voordat die beoogde wijzigingen besproken worden, wordt eerst een korte motivatie van de wetgever gegeven.

6.1 Achtergrond

Zoals in het vorige hoofdstuk beschreven is, bestaat de kerntaak van de curator uit het beheer en de vereffening van de boedel (art. 68 lid 1 Fw). Hij heeft daarbij verschillende belangen in het oog te houden, maar vooral die van de schuldeisers. Dit nieuwe wetsvoorstel brengt daar volgens de minister geen verandering in. Hij is van mening dat de taak van de curator om onregelmatigheden rondom een faillissement te traceren en redresseren in wezen inherent is aan en ligt in het logisch verlengde van zijn primaire taak om de belangen van de gezamenlijke crediteuren te behartigen.¹²⁴ De curator is ook degene die het gemis of onregelmatigheden in de administraties van failliete rechtspersonen tegenkomt.

6.2 Wijzigingen

In deze paragraaf zullen de wijzigingen die van belang zijn besproken worden

6.2.1 Informatieplicht

De eerste wijziging die in het oog springt bij de wetswijziging is de verdere invulling van de informatieplicht. Die was al omschreven in art. 105 jo. 106 Fw, maar daar staat het enigszins summier. De inlichtingen- en medewerkingsverplichting is volgens de minister tweeledig:¹²⁵

Enerzijds is het om de informatiepositie van curatoren te verduidelijken en te versterken in het kader van faillissementsfraude en het beperken van de maatschappelijke gevolgen daarvan. Aan de andere kant is verduidelijking noodzakelijk, omdat schending van deze verplichting een strafbaar feit oplevert (bijv. art. 194 Sr). De failliet en andere belanghebbenden hebben er belang bij om concreet te weten wat er van hen verwacht wordt.

In het huidige recht moet de gefailleerde 'alle inlichtingen verschaffen zo dikwijls als hij daartoe opgeroepen wordt'. Het wetsvoorstel gaat echter een stapje verder. Daarin staat namelijk dat 'de gefailleerde de curator op eigen beweging inlicht over feiten en omstandigheden waarvan hij weet of behoort te weten dat deze voor de omvang, het beheer of de vereffening van de boedel van belang zijn.' Ook dient te gefailleerde zijn buitenlandse vermogensbestanddelen kenbaar en ook beschikbaar te maken. Dat geldt eventueel ook voor een partner als ze in gemeenschap van goederen gehuwd zijn.

Ook voor de problemen die een cloud kan bezorgen, is in het wetsvoorstel een oplossing gevonden. Art. 105b Fw geeft aan dat als iemand de administratie van de gefailleerde onder zich heeft, dan moet hij die leesbaar aan de curator beschikbaar stellen. Lid 2 van dat artikel geeft aan dat een beroep op het retentierecht voor hen tevergeefs is.

Ook art. 106 Fw is aangepast. In het voorstel staat nu duidelijk wie er tot bestuurder gerekend wordt. Dus ook degene die het beleid bepaald heeft, wordt gelijkgesteld met

¹²² 'Molengraaf', repertorium.library.uu.nl/node/2797, geraadpleegd op 10-3-2016.

¹²³ G.H. Lankhorst, 'Bedrijfsjuridische berichten, Voortgang herijking faillissementsrecht', Bb 2014/4.

¹²⁴ Kamerstukken II, 2014/15, 34253, 3 p.3.

¹²⁵ Kamerstukken II, 2014/15, 34253, 3 p.4.

bestuurder. Dat is dezelfde constructie als die van art. 2:248 lid 7 BW. Dat is in hoofdstuk 4 aan de orde is gekomen. Die bepaling wordt dus verplaatst.

De curator heeft met deze wijzigingen een sterkere informatiepositie en medewerkingsverplichting. Dat is volgens de minister in belang van de gezamenlijke schuldeisers, omdat de curator over meer relevante informatie en middelen kan beschikken voor het beheer en de vereffening van de failliete boedel.¹²⁶

6.2.2 Fraudesignalerende rol

Door de toegenomen aandacht voor faillissementsfraude krijgt de curator niet alleen maar extra bevoegdheden om informatie op te sporen, zoals in de vorige paragraaf beschreven staat. Hij krijgt in de toekomst ook een wettelijke vervolgprocedure. Die komt te staan in het nieuwe art. 68 lid 2 Fw. De minister heeft een soort stappenplan voor curator in de memorie van toelichting opgenomen:¹²⁷

1. De curator moet in het faillissementsverslag aangeven hoe hij zich van zijn fraudesignalerende rol heeft gekweten. Het mag een globale weergave zijn, omdat faillissementsverslagen altijd openbaar zijn en het niet verstandig is om in dat vroege stadium al publiekelijk bekend te maken dat er misschien 'iets mis' is;
2. Hij moet niet alleen de schadelijke gevolgen van de onregelmatigheden zoveel mogelijke ongedaan zien te maken, maar ook een vertrouwelijke melding doen aan de rechter-commissaris. Die melding wordt niet openbaar gemaakt;
3. Als de rechter-commissaris het nodig vindt, doet de curator aangifte van de onregelmatigheden.

De wetgever heeft hier opzettelijk het woord onregelmatigheid gebruikt, omdat dat een neutrale term is. Bij de term "onregelmatigheden" valt te denken aan het ontbreken van een adequate administratie, paulianeuze handelingen voorafgaand aan een insolventie en gevallen van kennelijk onbehoorlijk bestuur.¹²⁸

6.3 Deelconclusie

Het faillissementsrecht wordt momenteel door de regering herzien. Gedeeltelijk is dat ook van belang voor de bewijslast ten aanzien van de curator als het gaat om de aansprakelijkstelling van bestuurders die niet voldaan hebben aan de administratie- en deponeringsplicht. De curator komt namelijk het gebrek in de administratie tegen.

In het wetsvoorstel moet de gefailleerde op eigen beweging, alle relevante, feiten en omstandigheden aan de curator vermelden. Ook dient hij zijn buitenlandse vermogensbestanddelen te vermelden.

Als iemand het beheer over de administratie van de gefailleerde onder zich heeft, dan dient hij volgens het wetsvoorstel die administratie leesbaar aan de curator beschikbaar te stellen. Hij mag zich dan niet op het retentierecht beroepen.

Het artikel over die regelt wie een bestuurder is, wordt ook verplaatst naar de Faillissementswet.

De curator heeft met deze wijzigingen een sterkere informatiepositie en medewerkingsverplichting.

Zijn positie wordt echter niet alleen versterkt, hij krijgt er ook een fraudesignalerende rol bij. In het uiterste geval dient hij bij het vinden van onregelmatigheden aangifte te doen.

¹²⁶ Kamerstukken II, 2014/15, 34253, 3 p.5.

¹²⁷ Kamerstukken II, 2014/15, 34253, 3 p.5.

¹²⁸ Kamerstukken II, 2014/15, 34253, 3 p.14.

Hoofdstuk 7 Conclusie en aanbevelingen

In dit hoofdstuk zal een antwoord gegeven worden op de centrale vraag. Door op alle deelvragen een antwoord te geven, wordt automatisch de centrale vraag beantwoord. De behandeling van de laatste deelvraag bevat de aanbevelingen die aan GT FIS zullen worden meegegeven.

Centrale vraag

Welke eisen stellen de wet en jurisprudentie aan de administratie- en publicatieplicht en op welke wijze dienen de curator en de door hem ingeschakelde forensisch accountants hier in hun oorzakenonderzoek mee om te gaan?

Deelvragen

Welke criteria zijn er af te leiden uit wet en jurisprudentie waar het gaat om het voldoen aan de administratie- en publicatieplicht?

Een goede administratie dient verscheidene belangen. De wetgever heeft ervoor gekozen om een ruime formulering aan te houden. Zolang het binnen de gestelde randvoorwaarden blijft, heeft de ondernemer de vrijheid om het naar eigen inzicht in te vullen. De jurisprudentie heeft verdere invulling aan art. 2:10 BW gegeven. De lijn daarin is dat er aanvankelijk vrij snel aan de administratieplicht was voldaan, maar dat er na verloop van tijd toch een strengere norm is gaan gelden.

Aan de administratie worden op grond van de wet, jurisprudentie en de beroepspraktijk de volgende eisen gesteld:

- Het is van belang dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersonen gekend worden. Het is afhankelijk van de omvang van de onderneming wanneer eraan voldaan is;
- Ondernemingen van enige omvang dienen een grootboekadministratie in te richten, een voorraadadministratie bij te houden en voldoende inzicht te houden in de debiteurenportefeuille;
- De aansluitingen tussen de administraties moeten kloppen. Het boeken moet tijdig gebeuren en de onderbouwingen daarvan moeten ook aanwezig zijn
- Er mogen geen achterstanden in de administratie zijn;
- Bedrijven van enige omvang dienen een geautomatiseerd administratiesysteem te hebben;
- De bewaarplicht geldt zeven jaar en moet ruim worden opgevat: Het mag opgeborgen worden in de cloud, zolang het maar te allen tijde beschikbaar is. Het is dus de verantwoordelijkheid van de bestuurder om de administratie goed te bewaren en de verplichting eindigt niet bij een faillissement;
- Het niet voldoen aan de stortingsplicht is ook een schending van de administratieplicht.

Grofweg bestaat de administratie uit alle aantekeningen van de primaire transacties die verband houden met inkoop-, productie- en verkoopactiviteiten.

De verplichting om een jaarrekening op te stellen is geregeld in art. 2:10 lid 2 BW. De nadere vereisten zijn uitgewerkt in de artt. 2:361 BW e.v. Er dient in ieder geval een balans, staat van baten en lasten en een toelichting in te staan. In beginsel dient er ook een accountantscontrole plaats te vinden. Zo'n verklaring heeft een meerwaarde om aan de administratieplicht te voldoen, maar alleen een verklaring is onvoldoende.

Ook moet er een bestuursverslag gemaakt worden waarin verantwoording gegeven wordt door het bestuur.

Er zijn verschillende termijnen voor het opmaken van de jaarrekening. Daarom is in de jurisprudentie bepaald dat de termijn van art. 2:210 BW aangehouden moet worden.

Niet alle rechtspersonen hoeven hun jaarrekening en bestuursverslag ook daadwerkelijk te deponeren. Er is onderscheid gemaakt in micro, kleine, middelgrote en grote

rechtspersonen. Afhankelijk van de grootte moeten rechtspersonen deponeren. Op termijn moeten alle rechtspersonen elektronisch deponeren.

De deponeringstermijn moet goed in acht genomen worden. Een kleine tijdsoverschrijding wordt naarmate tijdsduur beoordeeld op feiten en omstandigheden. Het hele bestuur is verantwoordelijk voor de deponering.

Welke eisen worden er in het kader van de aansprakelijkstelling van bestuurders in het kader van faillissement gesteld aan de administratie- en deponeringsplicht?

In beginsel bindt een rechtspersoon alleen zichzelf en is ze zelf verantwoordelijk voor de schulden. Maar er is een doorbraak van aansprakelijkheid mogelijk. De bestuurders kunnen dan aansprakelijk gesteld worden. Op grond van art. 2:248 BW gaat het in dit onderzoek om externe aansprakelijkheid. Er is sprake van collectieve hoofdelijke aansprakelijkheid. Niet alleen formele, maar ook feitelijke bestuurders kunnen aansprakelijk gesteld worden. De grond daarvoor is kennelijk onbehoorlijk bestuur. Daarvan is sprake als er een inbreuk gemaakt wordt op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigheidsgrond.

Daar is door de Hoge Raad aan toegevoegd dat geen redelijk denkend bestuurder, onder dezelfde omstandigheden, aldus gehandeld zou hebben. De curator dient het te bewijzen. In art. 2:248 lid 2 BW wordt de curator bewijstechnisch geholpen. Als het bestuur zich niet gehouden heeft aan de vereisten van art. 2:10 en 2:394 BW dan wordt vastgesteld dat hij zijn taak onbehoorlijk vervuld heeft en wordt vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement was. Het moet wel in de referteperiode plaatsgevonden hebben.

Een bestuurder kan aansprakelijkheid afwenden als hij kan aantonen dat de onbehoorlijke taakvervulling geen belangrijke oorzaak van het faillissement was. Tevens kan hij een beroep doen op de zinsnede dat het een onbelangrijk verzuim is. Daarvan is sprake als er enige dagen te laat is gedeponerd. De derde mogelijkheid is om te disculperen. Hem moet dan niets te verwijten zijn en hij moet alles in het werk gesteld hebben om de negatieve gevolgen tegen te gaan. De rechter kan het bedrag waarvoor bestuurders aansprakelijk zijn matigen.

Het is de curator die moet bewijzen dat het bestuur zich niet aan de administratieplicht gehouden heeft, maar als het bestuur aan wil tonen dat het een onbelangrijk verzuim is dan ligt de bewijslast bij hem. Als een curator het bestuur aansprakelijk stelt op grond van art. 2:248 lid 2 BW dan kan hij dat het beste doen door zowel de administratie- als de deponeringsplicht als grond aan te dragen.

Welke eisen zijn er te stellen op grond van voornoemde criteria aan het oorzakenonderzoek door forensisch accountants voor curatoren?

Als er een faillissement is, moet allereerst ervoor gezorgd worden dat de boedel en de administratie beschermd worden, zodat er niets meer gewijzigd of verwijderd kan worden. Er kan snel inzicht gekregen worden in de administratie als gelet wordt op:

- Uitzoeken welke administraties er werden gevoerd;
- Welke activiteiten er werden geregistreerd in de administraties;
- Het is belangrijk dat de administratie tot aan faillissementsdatum is/ wordt bijgewerkt;
- Uitzoeken wat de opbouw van de administratie is;
- Inzicht krijgen in alle dagboeken;
- Subadministraties in kaart brengen;
- Basisbescheiden onder zich nemen;
- Uitraaien van grootboek, verwerkingsverslagen, saldibalansen en uitgebreide jaarrekeningen maken.

Bovenstaande zijn vooral boekhoudkundige zaken. Maar er moet ook gelet worden op algemene, zakelijke correspondentie, contracten, notulen e.d. Als de administratie digitaal bewaard wordt, moeten daar kopieën van gemaakt worden.

Als er aanleiding bestaat om een oorzakenonderzoek te starten, dan begint dat met een quick scan. Daardoor wordt op een snelle en efficiënte wijze de administratie doorgenomen. Daarna volgt het nader onderzoek, waarvan niet bij voorbaat gezegd kan worden hoe dat verloopt.

Het inzetten van forensisch accountants tijdens het oorzakenonderzoek kan van belang zijn. De curator bekijkt de administratie vaak door een juridische bril, terwijl de forensisch accountant meer op een administratieve/financiële manier naar de zaak kijkt. Ook is een forensisch accountant iemand die een deskundig en onafhankelijk oordeel dient te geven. Dat kan ook zeker een toegevoegde waarde hebben. Als derde kunnen zijn forensische kwaliteiten de curator van pas komen.

Welke wijzigingen brengt het wetsvoorstel 'Versterking positie curatoren' in het oorzakenonderzoek en in zijn bewijslast voor de aansprakelijkstelling van bestuurders als gevolg van het niet voldoen aan de administratieplicht?

Er zijn twee wijzigingen van belang. Allereerst de nieuwe inlichtingen- en medewerkingsverplichting. De gefailleerde moet de curator op eigen beweging inlichten over feiten en omstandigheden waarvan hij weet of behoort te weten dat deze voor de omvang, het beheer of de vereffening van de boedel van belang zijn. Ook buitenlandse vermogensbestanddelen moeten kenbaar gemaakt worden. Eveneens van de partner als ze in gemeenschap van goederen getrouwd zijn. In het wetsvoorstel moet iemand die de administratie van de gefailleerde onder zich heeft, het leesbaar aan de curator ter beschikking stellen. Een beroep op retentierecht is tevergeefs. Ook moet duidelijk worden wie tot bestuurder gerekend wordt. Die regeling komt in de Faillissementswet, terwijl het momenteel in het BW staat.

De tweede wijziging betreft een stappenplan dat de curator moet volgen om onregelmatigheden op te sporen. Onderdeel van die onregelmatigheden is het ontbreken van een adequate administratie. Daarvan moet, indien de rechter-commissaris daartoe beslist, aangifte gedaan worden.

Welke aanpassingen zijn er op grond van dit onderzoek nodig aan het bestaande werkprogramma van Grant Thornton?

GT FIS heeft voor de aanpak van het onderzoek een werkprogramma geschreven. Dit stamt uit 2013 en is op het hele proces gericht. Het werkprogramma is in principe op dezelfde manier ingericht als dat in de theorie beschreven is.

Het eerste hoofdstuk van het werkprogramma gaat over de aanwezigheid van de administratie. Er zijn geen aanpassingen nodig, het kan volledig overgenomen worden in het vernieuwde werkprogramma.

Het tweede hoofdstuk gaat over de volledigheid van de overgelegde administratie. Dat is niet eenvoudig te toetsen, omdat het onder andere afhankelijk is van de omvang van de onderneming. Momenteel is het zo geregeld dat er parafen of vinkjes achter de te beoordelen onderwerpen gezet kunnen worden. Daarnaast is er nog ruimte om een toelichting te geven. Dat is allemaal goed geregeld. Het is echter wel aan te raden om dat hoofdstuk te structureren en aan te vullen. In bijlage B staat de opzet voor een vernieuwd werkprogramma. Er is daarin een structuur opgenomen waarin een onderscheid gemaakt is tussen algemene en financiële administratie. Vervolgens is daar nog een verdere onderverdeling gemaakt om overeenkomsten, zaken aangaande personeel, belasting, etc. te ordenen. Ook is er op basis van het onderzoeksrapport aanvullende onderwerpen toegevoegd. Gedacht kan worden aan notulen, UBO-verklaringen, cashflowprognoses, enz..

Aangezien automatisering in de loop van de tijd steeds belangrijker is geworden, wordt daaraan in het nieuwe werkprogramma een apart hoofdstuk gewijd. Onderwerpen als softwarelicenties, bewaarplaatsen van back-ups autorisatieoverzichten e.d. worden daar genoemd.

Het derde punt van het oude werkprogramma is gericht op de beoordeling van de boekhoudplicht. Onder de boekhoudplicht wordt hier de wettelijke verplichting van art. 2:10/3:15i BW en de bewaarplicht bedoeld. Ook wordt de term boekhoudplicht gebruikt, terwijl er in dit onderzoek voor gekozen is om de term administratie te gebruiken. Het zou misschien beter zijn om hoofdstuk 2 en 3 samen te voegen. Temeer omdat in hoofdstuk 3 de bewaarplicht genoemd wordt, terwijl de bewaarplicht ook voor de in hoofdstuk 2 genoemde onderwerpen van toepassing is.

Om een onduidelijke reden is het hoofdstuk over de jaarrekening het vijfde in plaats van het vierde hoofdstuk. Hoofdstuk 4 gaat over het veiligstellen van de geautomatiseerde bestanden en past dus niet in het rijtje van de administratie- en deponeringsplicht. Het is aan te raden om de hoofdstukindeling om te draaien.

Het vijfde hoofdstuk gaat uitsluitend over de gedeponeerde jaarrekening. Uit de voorgaande hoofdstukken is duidelijk geworden dat niet elke rechtspersoon een jaarrekening inclusief bestuursverslag moet deponeren, maar wel moet opmaken. In de vernieuwde opzet gaat het in hoofdstuk 4 over de opgemaakte jaarrekening en in hoofdstuk 5 over de gedeponeerde jaarrekening.

Evaluatie

In de doelstelling is vermeld dat er niet alleen aanbevelingen voor het werkprogramma gegeven zouden worden, maar dat er ook een opzet voor een vernieuwd werkprogramma in het onderzoeksrapport wordt opgenomen. Daarom is in bijlage A het relevante gedeelte van het oude werkprogramma opgenomen en in bijlage B het vernieuwde deel.

Dit onderzoek is gedaan naar een onderwerp waarover men nog niet is uitgepraat. De literatuur, de ontwikkelingen in de jurisprudentie, maar ook de wetswijzigingen moeten bijgehouden worden om op de hoogte te blijven van de vereisten die de administratie- en deponeringsplicht met zich mee brengen. Wat dat betreft geeft dit onderzoek slechts een tijdsbeeld aan van hoe er nu tegen dit onderwerp gekeken wordt.

Lijst van geraadpleegde literatuur en overige bronnen

Artikelen

Bosvelt & Van Oijen 2013

F.B. Bosvelt & A.R. van Oijen, 'Cloud computing: beter één administratie in de hand dan tien in de lucht.', Tvl 2013/39.

Brouwer 2014

J. Brouwer, 'Fraude en misbruik bij faillissementen: investeren in een aanpak die wel werkt', Tvl 2014/16.

Feenstra & Boezelman 2013

A.A. Feenstra en G.M. Boezelman, 'Bestrijding van faillissementsfraude insolvent?', Tijdschrift voor Formeel Belastingrecht nr.6/7 oktober 2013.

Harmsen 2014

C.M. Harmsen, 'Vonnis inzake Landis: een stap vooruit op het gebied van de administratieplicht', Tvl 2014/27.

Van Hengel 2015

E.M. van Hengel, 'De administratieplicht ex artikel 2:10 BW nader bezien', Vennootschap en Onderneming nr.3 2015.

Knegt e.a. 2005

R. Knegt e.a., 'Rapport Fraude en Misbruik bij Faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en naar mogelijkheden van bestrijding', Hugo Sinzheimer Instituut 2005, p. 49

Lankhorst 2014

G.H. Lankhorst, 'Bedrijfsjuridische berichten, Voortgang herijking faillissementsrecht', Bb 2014/4.

Schaap 2002

C.D. Schaap & C.J. aan de Wiel, 'Forensische accountancy ten behoeve van faillissementsonderzoeken', Tvl 2002, p.26.

Scharenborg & Vriend 2002

M.H.G. Scharenborg & P.G.M. Vriend, 'De forensisch accountant, méér dan een 'boekhouder' Oftewel, de forensische aanpak van een faillissementsonderzoek', Tvl 2002, p.160.

Schimmelpenninck 2008

R.J. Schimmelpenninck, 'Naschrift bij reactie van mr. S.H. Ranitz', Tvl 2008, 43, p. 277.

Schimmelpenninck 2008

R.J. Schimmelpenninck, 'Protocol oorzakenonderzoek voor complexe faillissementen', Tvl 2008, 20, p. 134.

Smetser 2014

F.F.A. Smetser, 'Waar liggen de grenzen van de boekhoudplicht van artikel 2:10 lid 1 BW?', Juridisch up to date nr. 21, 20 november 2014.

Westenbroek 2014

W.A. Westenbroek, 'De beleidsbepaler van artikel 2:138/248 lid 7 BW onder de loep genomen', *Ondernemingsrecht* 2014/119.

Boeken**Alblas & Schimmel 2012**

D. Alblas & P. Schimmel, *Syllabus CPO Onrechtmatigheidsonderzoek*, Nijmegen: Radboud Universiteit 2012.

Van Almelo & Schimmel 2013

L. Van Almelo & P. Schimmel. *Feiten maken het recht*, Alphen aan den Rijn: Castellum 2013.

Bartels 2001

W.J. Bartels, 'Forensische accountancy', in: C.M.Hilverda e.a., *Faillissementsfraude in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2001.

Bartels 1998

W.J. Bartels, *KPMG ondersteunt de curator*, Amstelveen: KPMG 1998.

Beckman 2014

H. Beckman, *Checklist jaarrekening, toepassing jaarrekeningvoorschriften Titel 9 Boek 2 BW*, Deventer: Kluwer 2014.

Beckman 2013

H. Beckman, *Hoofdpijnen van het jaarrekeningenrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 2013.

Van Buchem-Spapens & Pouw 2013

A.M.J. van Buchem-Spapens & Th.A. Pouw, *Monografieën Privaatrecht, Faillissement, surceance van betaling en schuldsanering*, Deventer: Kluwer 2013.

Enthoven 2014

P.W. Enthoven, *Winst en jaarrekening begrepen*, Den Haag: Boom Juridisch Uitgever 2014.

De Groot 2011

H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2011.

Harmsen 2006

C.M. Harmsen, 'Een goedkeurende accountantsverklaring als garantie voor de nakoming van de administratieplicht?', in: M. Kroeze e.a., *Verantwoording aan Hans Beckman*, Deventer: Kluwer 2006.

Hemmes 2014

M.J.W. Hemmes, *Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement, samenloop van vorderingen tussen de curator en individuele crediteuren*, Tilburg: Celcus 2014.

Hilverda 2012

C.M. Hilverda, *De bestrijding van faillissementsfraude: waar een wil is,*, Deventer: Kluwer 2012.

Hilverda 2009

C.M. Hilverda, *Onderneming en recht* 53, *Faillissementsfraude*, Deventer: Kluwer 2009.

Kroeze 2013

M.J. Kroeze, *De kern van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Strik 2010

D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid, een maatpak voor de Board Room*, Deventer: Kluwer 2010.

De Valk 2009

S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevenden*, Deventer: Kluwer 2009.

Elektronische bronnen

‘Administratie’, *Ondernemersplein*, www.ondernemersplein.nl/regel/administratie/, geraadpleegd op 24-03-16.

‘Begrippen’, *Lancelots*, www.lancelots.nl (zoek op jaarrekening begrippen), geraadpleegd op 14-03-2016.

‘Deponeren’, *SBR*, www.sbr-nl.nl (zoek op elektronisch deponeren), geraadpleegd op: 28-04-2016.

‘Faillissementsfraude’, *nu.nl*, www.nu.nl/tag/Faillissementsfraude, geraadpleegd op: 24-02-2016.

‘Herijking faillissement’, *Davidslaw*, www.davidslaw.nl/wetgevingsprogramma-herijking-faillissementsrecht/, geraadpleegd op: 23-02-2016.

‘Landis Group NV’, www.persberichten.com/bedrijfsprofiel/202/Landis-Group-NV, geraadpleegd op 5-4-2016.

‘Molengraaf’, repertorium.library.uu.nl/node/2797, geraadpleegd op 10-3-2016.

‘Over Grant Thornton’, *Grant Thornton*, www.grantthornton.nl/overgrantthornton/, geraadpleegd op: 11-02-2016.

‘Rechtspersoon’, *Wetrecht*, www.wetrecht.nl/rechtspersoon/, geraadpleegd op: 11-02-2016.

J. Roest, Tekst en Commentaar Burgerlijk wetboek, Inleidende opmerkingen bij: Burgerlijk Wetboek 2, Titel 1 Algemene bepalingen (online versie, bijgewerkt tot 15-02-2015).

‘Verkorting deponeringstermijn’, *Wieringa*, www.wieringa-advocaten.nl (zoek op verkorting deponeringstermijn), geraadpleegd op 7-4-2016.

Jurisprudentie*Hoge Raad*

HR 23 december 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4724.

HR 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0994 (Brens q.q./Sarper).

HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643.

HR 2 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1981 (Pfennings/ Niederer q.q.).

HR 7 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2096

HR 28 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2114.

HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916 (Van Schilt/ Jansen q.q.)
HR 18 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI5912 (Simoca).
HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189,
HR 1 november 2013. ECLI:NL:HR:2013:1079
HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2932 (Rosbeek q.q./ Rademakers c.s).
HR 6 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:522.

Gerechtshof

Hof 's-Hertogenbosch 2 november 1994, ECLI:NL:GHSHE:1994:AB8160.
Hof 's-Hertogenbosch, 13 januari 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI2180.
Hof Leeuwarden 4 april 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW0725.

Rechtbank

Rb. Maastricht 19 januari 1995, ECLI:NL:RBMAA:1995:AD2285.
Rb. Arnhem 21 april 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AT4051
Rb. 's-Hertogenbosch 14 november 2012 ECLI:NL:RBSHE:2012:BY7562.
Rb. Arnhem 16 januari 2013 ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0445.
Rb. Utrecht 19 juni 2013 ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225 (Landis).
Rb. Arnhem 16 oktober 2013 ECLI:NL:RBGEL:2013:6447.
Rb. Leeuwarden 4 december 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7528.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1984-85, 16631, 6.
Kamerstukken I 1985-86, 16631, 27b.
Kamerstukken II, 1988/89, 21287, 3.
Kamerstukken II, 1992/93, 23024, 3.
Kamerstukken II, 2014/15, 34253, 3.