



AANSPRAKELIJKHEID VAN BESTUURDERS

Aansprakelijkheid in het algemeen is een actueel thema. Even zo actueel is de aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen. Deze brochure beoogt de lezer meer inzicht te geven in de (risico's van) aansprakelijkheid van bestuurders van een rechtspersoon.

Inleiding

Een rechtspersoon heeft een eigen identiteit, met eigen rechten en verplichtingen (artikel 2:5 BW). Dat betekent dat die rechten en verplichtingen in beginsel los staan van de namens de rechtspersoon handelende natuurlijke of rechtspersonen.

Wie met zijn privé-vermogen dus niet langer risico's wil lopen voor de schulden (verplichtingen) van zijn onderneming, kan er dus voor kiezen een rechtspersoon op te richten. In het hierna volgende zal daarbij worden uitgegaan van een besloten vennootschap of naamloze vennootschap, nu deze rechtsvormen meer geschikt zijn om daarbinnen een onderneming uit te oefenen dan bijvoorbeeld de stichting of de (coöperatieve) vereniging.

Aard van de rechtspersoon

Indien de onderneming wordt gevoerd in een rechtspersoon is er dus in beginsel een scheiding tussen de rechten en de verplichtingen van de oprichter / natuurlijk persoon en de rechtspersoon zelve. De rechten en verplichtingen van de onderneming worden immers afgezonderd en ondergebracht in de rechtspersoon. Dat betekent dat de natuurlijk persoon in beginsel niet langer aansprakelijk is voor de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon.¹ Er is dus sprake van een wettelijke beperking van de aansprakelijkheid.

Zulks uitdrukkelijk in tegenstelling tot de onderneming die gevoerd wordt als eenmanszaak, vennootschap onder firma of maatschap waarbij er in wezen geen scheiding tussen privé- en ondernemingsvermogen aanwezig is.

Het voorrecht van de beperking van de aansprakelijkheid

De beperking van de aansprakelijkheid die optreedt doordat de onderneming wordt ondergebracht in de rechtspersoon is uitdrukkelijk een voorrecht van aansprakelijkheidsbeperking. Dat betekent dat dat voorrecht – als zijnde gebaseerd op de wet – in principe gelding heeft, tenzij van dat voorrecht in het voorkomende geval misbruik wordt gemaakt.

Dat betekent dus dat in het geval misbruik wordt gemaakt van het voorrecht van aansprakelijkheidsbeperking, niet alleen de rechtspersoon / vennootschap aansprakelijk is voor haar handelen doch tevens de namens haar handelende personen, (veelal) de bestuurders.

Vormen van aansprakelijkheid

In dat kader zijn – ruwweg - vier vormen van aansprakelijkheid te onderkennen:

1. de interne aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW;

¹ Artikel 2:5 jo 2:64 / 2:175 BW



ADVOCATEN & MEDIATORS

2. de externe aansprakelijkheid bij faillissement op grond van artikel 2:138 lid 2 / 2:248 lid 2 BW;
3. de externe aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad op grond van artikel 6:162 BW.
4. Fiscale bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 33 en 36 Invorderingswet.

Ad 1 Interne aansprakelijkheid

Artikel 2:9 BW luidt:

“Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Indien het een aangelegenheid betreft die tot de werkring van twee of meer bestuurders behoort, is ieder van hen voor het geheel aansprakelijk terzake van een tekortkoming, tenzij deze niet aan hem is te wijten en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.”

De norm van artikel 2:9 BW is een norm die ziet op de relatie tussen de bestuurder en de rechtspersoon zelve. Met bestuurder wordt daarbij in beginsel bedoeld de bestuurder die als zodanig is aangesteld door de rechtspersoon, derhalve bij een besluit daartoe door de algemene vergadering van aandeelhouders en als zodanig – als statutair bestuurder – ook staat ingeschreven in het register van de Kamer van Koophandel.

Op grond van artikel 2:9 BW is jegens de vennootschap aansprakelijk de bestuurder die een *“ernstig verwijt”* kan worden gemaakt.² Maatgevend is daarbij aldus de Hoge Raad: *“het inzicht en de zorgvuldigheid mag worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult”*.

Vanzelfsprekend zijn er een hoop omstandigheden die deze maatstaf beïnvloeden zoals (a) de aard van de door de vennootschap uitgeoefende activiteiten, (b) de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, (c) de taakverdeling binnen het bestuur, (d) de eventuele voor het bestuur geldende richtlijnen en (e) de gegevens waarover de bestuurder beschikte of hoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissing of gedraging.

Kort gezegd komt het erop neer dat de bestuurder jegens de vennootschap verplicht is tot een behoorlijke vervulling van zijn taak als bestuurder en dus – vrij vertaald - niet onbezonnen en onvoorbereid aan de slag mag.

De werking van een verkregen décharge:

In geval van décharge strekt die décharge niet verder dan ten aanzien van de feiten die ten tijde van het verstrekken van de décharge voor de rechtspersoon kenbaar waren dan wel redelijkerwijs kenbaar konden zijn. Ten aanzien van feiten die op het moment van de décharge voor de rechtspersoon niet kenbaar waren staat de décharge dus niet in de weg aan de aansprakelijkstelling.

Met ingang van 2002 volgt decharge niet meer automatisch uit het vaststellen van de jaarrekening door de Algemene Vergadering van Aandeelhouders, maar moet de decharge als een apart agenda punt behandeld worden.

² HR 10 januari 1997 NJ 1997/360 (Van de Ven / Venlease)



ADVOCATEN & MEDIATORS

Ad. 2 Aansprakelijkheid bij faillissement

Bij een faillissement van de besloten of naamloze vennootschap is artikel 2: 138 BW (voor de NV) en artikel 2:248 BW (voor de BV) van belang. Deze artikelen zijn in 1986 ingevoerd als onderdeel van de zogenaamde derde anti-misbruikwetgeving.

Op grond van deze artikelen is iedere bestuurder jegens de failliete boedel hoofdelijk aansprakelijk voor – kort gezegd – het tekort (baten minus lasten) in het faillissement indien is voldaan aan 2 criteria:

- a. het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld **en**
- b. aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Ook in het geval van artikel 2:248 BW (en het praktisch gelijklopende artikel 2:239 BW), is het criterium het verplicht zijn tot een behoorlijke taakvervulling. In literatuur en rechtspraak wordt dan ook aangenomen dat de criteria bij een interne of externe aansprakelijkheid (op grond van artikel 2:9 BW dan wel op grond van artikel 2:248 BW) niet veel van elkaar verschillen.

Hoogstens zou uit de toevoeging in artikel 2:248 BW "kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld" kunnen worden afgeleid dat aan de bestuurder een marge wordt gegund onder meer vanwege de risico's die nu eenmaal in zijn taakvervulling moeten worden genomen.

Net als bij artikel 2:9 dient er dus sprake te zijn van "*een ernstig verwijt*". Dat ernstige verwijt zou bijvoorbeeld kunnen bestaan uit het lichtvaardig of onbezonnen nemen van beslissingen – derhalve zonder voorinformatie en goede afweging – maar ook uit het nalaten te handelen daar waar handelen uitdrukkelijk noodzakelijk is.

Ook hierbij dient weer te worden gekeken naar de specifieke omstandigheden van het geval zoals: (a) de aard van de door de vennootschap uitgeoefende activiteiten, (b) de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, (c) de taakverdeling binnen het bestuur, (d) de eventuele voor het bestuur geldende richtlijnen, (e) de informatie waarover de bestuurder beschikte dan wel had moeten beschikken, alsmede (f) het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.

In beginsel zal degene die de bestuurder aansprakelijk stelt – in het geval een faillissement de curator – dit onbehoorlijk bestuur moeten stellen en bewijzen. De curator moet dan dus aantonen (waarom en) dat er sprake is van een "ernstig verwijt", en dat aannemelijk is dat dat ernstig verwijt – dat onbehoorlijk bestuur - de oorzaak is van het faillissement. Dat is geen eenvoudige opgave.

Daarop zijn echter twee uitzonderingen. Artikel 2:248 BW bepaalt immers tevens dat indien het bestuur niet heeft voldaan aan de administratieverplichting (a) – derhalve de verplichting tot het voeren van een boekhouding waaruit te allen tijde de rechten en verplichtingen kunnen worden gekend (artikel 2:10 BW) - of het bestuur niet heeft voldaan



ADVOCATEN & MEDIATORS

aan haar publicatieverplichting (b) (artikel 2:394 BW)³, vaststaat dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

De bewijslast wordt dan dus omgedraaid en de bestuurder kan nog slechts bewijzen dat het niet voldoen aan de administratieverplichting of het niet voldoen aan de publicatieverplichting geen belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Alhoewel deels vallend buiten het bestek van deze brochure, kan het zo zijn dat als onbehoorlijk bestuur ex artikel 2:248 BW ook kan gelden Paulianus handelen van de bestuurders (artikelen 42-47 Fw) met het doel de vennootschap voor het faillissement leeg te halen⁴. Dit bijvoorbeeld indien de bestuurders vlak voor het faillissement wel zichzelf⁵ of gelieerde vennootschappen (zuster- of moedervenootschappen) betalen, maar niet (de) andere crediteuren. De 'schade' daarvan kan zeer groot zijn. Niet alleen moeten de bestuurders of de gelieerde vennootschappen het ontvangen bedrag terugbetalen, tevens kunnen de bestuurders alsdan aansprakelijk zijn voor het totale tekort op grond van artikel 2:248 BW.

Begrip bestuurder:

Met bestuurder wordt in beginsel bedoeld de bestuurder die als zodanig is aangesteld door de rechtspersoon, derhalve bij een besluit daartoe door de algemene vergadering van aandeelhouders en als zodanig – als statutair bestuurder – ook staat ingeschreven in het register van de Kamer van Koophandel. Artikel 2:248 (lid 6) BW kent een referentieperiode van 3 jaar voor het faillissement. Bestuurders in die referentieperiode worden derhalve in het aansprakelijkheidsonderzoek betrokken.

Naast de statutair bestuurders kunnen – in het kader van de aansprakelijkheid bij faillissement en ook bij aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad – ook worden aangemerkt zij die het beleid van de vennootschap hebben bepaald of mede hebben bepaald als waren zij bestuurder. Ook degene die dus als bestuurder handelt kan uit hoofde van de bestuurdersaansprakelijkheid aansprakelijk zijn.

Op grond van artikel 2:11 BW wordt – kort gezegd – in het geval een rechtspersoon bestuurder is van een andere rechtspersoon door deze bestuurderrechtspersoon 'heen gekeken' naar (en net zolang tot dat deze 'zichtbaar is') de achterliggende bestuurder natuurlijk persoon. Een bestuurder (natuurlijk persoon) kan zich dus niet achter de (bestuurder)rechtspersoon verschuilen.

De werking van verkregen décharge:

³ De systematiek is als volgt: binnen 5 maanden na het einde van het boekjaar dient de jaarrekening te worden opgemaakt door het bestuur. Lukt dat niet dan moet de AvvA een besluit tot uitstel (maximaal 6 maanden) daartoe nemen. Binnen 2 maanden na het opmaken dient de AvvA de jaarrekening vast te stellen. Binnen 13 maanden na het einde van het boekjaar dient de jaarrekening in ieder geval gepubliceerd te worden (de jaarrekening 2000 dient derhalve uiterlijk 31 januari 2002 gepubliceerd te worden) (indien geen uitstel voor het opmaken is verleend dient de jaarrekening zelfs eerder gepubliceerd te worden)

⁴ HR 30 mei 1997 - RvdW 1997,123 / JOR 1997,111 (Aalbrecht groep)

⁵ Bijvoorbeeld ter inlossing van hun vordering in rekening-courant met de vennootschap.



ADVOCATEN & MEDIATORS

In het geval van een faillissement wordt de curator niet gehinderd door een eventueel verleende décharge. Deze heeft immers slechts interne werking. De curator treedt namelijk op namens de gezamenlijkheid van schuldeisers, derhalve namens externen.

Ad 3. Externe aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad

De bestuurder van een vennootschap kan – ook buiten faillissement – extern aansprakelijk zijn op grond van het feit dat hij als bestuurder een onrechtmatige daad heeft begaan. Ook hierbij geldt dat een dergelijke aansprakelijkheid bestaat indien *"een aan de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt"*.⁶

Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn indien de bestuurder willens en wetens een crediteur van een vennootschap niet betaalt en/of ervoor zorgt dat voor de betaling van de crediteur geen verhaal mogelijk is⁷. In dit geval is er sprake van betalingsonwil.

Ook kan er sprake zijn van aansprakelijkheid in het geval van betalingsonmacht indien: *de bestuurder bij het aangaan van de overeenkomst namens de vennootschap wist, althans redelijkerwijs behoorde te begrijpen, dat de vennootschap niet of niet binnen een behoorlijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de ten gevolge van die wanprestatie door de wederpartij te lijden schade"*.⁸

Conclusie:

Kern van deze uitspraken is – vrij vertaald – dat men zich als bestuurder / zaakvoerder van een rechtspersoon niet te kwader trouw of duidelijk tegen beter weten in achter de wettelijke aansprakelijkheidsbeperking van de rechtspersoon mag verschuilen.

Tot zover een uiteenzetting van de gehoudenheid van een bestuurder tot het behoorlijk vervullen van zijn bestuurstaak en de aansprakelijkheid die daaruit kan voortvloeien indien daaraan niet wordt voldaan.

Ad.4 Fiscale (bestuurders)aansprakelijkheid (art. 33-36 Invorderingswet)

Op grond van artikel 36 van de Invorderingswet is hoofdelijk aansprakelijk de bestuurder van een rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam dat volledig rechtsbevoegd is, voor zover dat lichaam is onderworpen aan vennootschapsbelasting. De aansprakelijkheid bestaat voor de aanslagen loonbelasting, omzetbelasting alsmede voor accijnzen en milieuheffingen.

Hoofregel is dus dat de bestuurder van een besloten vennootschap (automatisch) aansprakelijk is voor fiscale schulden voorzover deze voortvloeien uit aanslagen loonbelasting (a), aangiftes omzetbelasting en naheffingen (b), alsmede voor accijnzen (c) en milieuheffingen (d).

⁶ o.a. HR 14 november 1997 NJ 1998/270 (JMG-Henkel)

⁷ HR 3 april 1992 NJ 1992/411 (Waning-Van der Vliet)

⁸ o.a. HR 10 juni 1994 NJ 1994/766 (Romme-Bakker)



ADVOCATEN & MEDIATORS

Met betrekking tot deze aansprakelijkheid geldt dat men aan deze automatische aansprakelijkheid kan ontkomen door te voldoen aan de zogenaamde meldingsplicht betalingsonmacht. De meldingsplicht houdt in dat de bestuurder namens de besloten vennootschap, de Ontvanger / de Belastingdienst direct op de hoogte stelt nadat hem is gebleken dat de besloten vennootschap niet in staat is een van de bovengenoemde belastingen te voldoen.

Het voldoen aan deze meldingsplicht is van het allerhoogste belang, doch ontslaat de bestuurder niet van aansprakelijkheid in het geval er sprake is van onbehoorlijk bestuur.

Indien echter de bestuurder niet voldoet aan de meldingsplicht, dan geldt dat de bestuurder (automatisch) aansprakelijk is, met dien verstande dat wordt vermoed dat de niet betaling aan hem is te wijten. "Te wijten" in dit geval houdt in dat in de afgelopen drie jaar onbehoorlijk is bestuurd en dat de niet betaling daarvan een gevolg is. Dit vermoeden kan weliswaar worden weerlegd maar het betekent dus (zie ook hiervoor) een omkering van de bewijslast.

Wanneer de bestuurder wel tijdig de betalingsonmacht meldt moet de fiscus aannemelijk maken dat de niet betaling is te wijten aan kennelijk onbehoorlijk bestuur in de afgelopen drie jaar. De bewijslast rust dan dus op de Belastingdienst c.q. de bedrijfsvereniging.

Een melding is tijdig als deze is gedaan onverwijld nadat is gebleken van de betalingsonmacht, doch uiterlijk binnen twee weken na de dag waarop de belasting of premie had moeten worden voldaan.

Resumé: Naast de civielrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid dient de bestuurder dus ook rekening te houden met de fiscaalrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid. Overigens geldt dat beide vormen van aansprakelijkheid zeer wel los van elkaar aanwezig kunnen zijn. Men kan fiscaal bestuursrechtelijk aansprakelijk zijn zonder het civielrechtelijk te zijn en andersom.

Net als bij de boekhoud- en publicatieverplichting genoemd in artikel 2:248 BW kent de fiscale bestuurdersaansprakelijkheid haar rechtsgeldig vermoeden in het niet voldaan hebben aan de meldingsplicht betalingsonmacht. Het is dus zaak als bestuurder daar voldoende acht op te slaan.

Andere vormen van aansprakelijkheid.

Tot slot geldt dat de bestuurder ook nog rekening dient te houden met het navolgende.

Artikel 2:180 BW (artikel 2:69 BW voor de NV) bepaalt dat de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor alle handelingen van de BV zolang er geen juiste inschrijving bij de Kamer van Koophandel heeft plaats gevonden en de aandelen niet op de juiste wijze zijn volgestort.

Artikel 2:249 BW (artikel 2:139 BW voor de NV) bepaalt dat de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn indien door de jaarrekening, de tussentijdse cijfers die de vennootschap heeft gemaakt, of door het jaarverslag een misleidende voorstelling wordt gegeven van de toestand van de vennootschap.

Artikel 366 Wetboek van Strafrecht bepaalt daarnaast dat bestuurders en commissarissen strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld indien zij opzettelijk een onjuiste jaarrekening publiceren of toelaten dat deze wordt gepubliceerd.

Voorts bepaalt **artikel 51 Wetboek van Strafrecht** dat, indien een rechtspersoon een strafbaar feit heeft gepleegd, het openbaar ministerie ook strafvervolging in kan stellen tegen degenen die tot het strafbaar feit opdracht hebben gegeven, alsmede degenen die de feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging. Pleegt de besloten vennootschap derhalve een milieudelict, dan heeft het openbaar ministerie de vrijheid om ook de bestuurder te vervolgen.

De rechtspersoon in oprichting (i.o)

Tot slot een korte overweging gewijd aan de oprichting van een besloten of naamloze vennootschap en handelingen die verricht worden namens de besloten of naamloze vennootschap in oprichting (BV i.o. / NV i.o).

Artikel 2:203 BW (artikel 2:93 BW voor de NV) bepaalt dat degene die een rechtshandeling verricht namens een op te richten vennootschap – tenzij met betrekking tot die rechtshandeling uitdrukkelijk anders is bedongen – daardoor hoofdelijk is verbonden naast de besloten vennootschap in oprichting, totdat de vennootschap na haar oprichting de rechtshandeling heeft bekrachtigd.

Daarnaast geldt dat indien de rechtspersoon haar verplichtingen uit de bekrachtigde rechtshandelingen niet nakomt dan is degene die namens de opgerichte vennootschap handelde hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die de derde daardoor lijdt, indien hij wist of redelijkerwijs kon weten dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen. Zulks onverminderd de aansprakelijkheid ter zake van de bestuurders wegens de bekrachtiging. De wetenschap dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen wordt vermoed aanwezig te zijn wanneer de vennootschap binnen één jaar na de oprichting in staat van faillissement wordt verklaard.

Nu – zeker bij de omzetting van een eenmanszaak in een besloten vennootschap – oprichter en bestuurder (in het begin) veelal dezelfde zullen zijn, is het als oprichter / bestuurder van belang dat in de overgangsfase een voortgezette aansprakelijkheid van de oprichter / bestuurder geldt ten aanzien van handelingen in die fase verricht. Die aansprakelijkheid blijft daarnaast (latent) aanwezig, ook een jaar na oprichting van de vennootschap.

Eindconclusie:

Het voeren van een onderneming binnen een rechtspersoon met beperking van aansprakelijkheid biedt geen vrijbrief.

Het voorrecht van de aansprakelijkheidsbeperking wordt terzijde gesteld indien daarvan misbruik wordt gemaakt. Of er sprake is van misbruik, mag niet lichtzinnig worden beoordeeld. Er dient sprake te zijn van onbehoorlijke taakvervulling en er dient sprake te zijn van een ernstig verwijt. Let daarbij echter op het vereiste van de: boekhoudverplichting, de publicatieverplichting en de verplichting tot het melden van betalingsonmacht.

Indien dat echter wordt geoordeeld is de sanctie zwaar, namelijk doorbraak van de wettelijke beperking van de aansprakelijkheid en derhalve het persoonlijk aansprakelijk zijn van de bestuurder zelf.

Tot slot

Het voorgaande beoogt geen volledige opsomming te zijn wanneer een bestuurder al dan niet aansprakelijk is of kan zijn. Dat dient telkens naar de concrete omstandigheden van het geval te worden beoordeeld. Ook het recht is op dat gebied steeds in beweging.

Wij adviseren u derhalve ten dringendste om met vragen van bovengenoemde aard contact op te nemen met ons kantoor, meer in het bijzonder met de aan ons kantoor verbonden insolventiespecialisten mr. P.J.C.D. van Dijk en mr. K.E.H. de Klerk. Zij staan u terzake graag te woord.

VDT Advocaten & Mediators

Mr. K.E.H. de Klerk, lid van de vereniging Insolad

VDT Advocaten & Mediators

Postbus 4203

5004 JE TILBURG

T: 013 - 544 04 00

F: 013 - 544 64 64

W: www.vdt-advocaten.nl

E: info@vdt-advocaten.nl

Internet:

Alle brochures van VDT Advocaten & Mediators zijn tevens te downloaden op onze website www.vdt-advocaten.nl, onder de button brochures.

Disclaimer:

Alle brochures van VDT Advocaten & Mediators ten doel onze cliëntèle in vogelvlucht en in een zo begrijpelijk mogelijk taalgebruik, meer inzicht te geven ter zake een specifiek onderwerp. Aan de totstandkoming van alle brochures van VDT Advocaten & Mediators is daarbij de hoogst mogelijke zorg besteed. Desalniettemin kunnen aan de brochures geen afzonderlijke rechten worden ontleend. Het auteursrecht op alle brochures berust zeer uitdrukkelijk bij VDT Advocaten & Mediators.