

Aansprakelijkheid bestuurders
& commissarissen
Bij NV's, BV's, en verenigingen
en stichtingen in het bijzonder
de (semi-) publieke sector.



Rotterdam, februari 2011, 4e druk

Onder eindredactie van
F.A.J. van Kuijk RA RO EMIA
R.A.H. Smittenberg RA

Auteurs
mr. C.J.A. van Geffen
mr. dr. J.G. Groeneveld-Louwerse

Deloitte Accounting & Auditing Center, februari 2011

Hoewel bij het samenstellen van deze publicatie de grootst mogelijke zorgvuldigheid is betracht, aanvaardt Deloitte geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van de activiteiten die worden ondernomen op basis van de inhoud van deze publicatie. Het overnemen en vermenigvuldigen, op welke wijze dan ook, is niet geoorloofd.

Voorwoord

Centraal staat in deze publicatie de civielrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen van NV's, BV's, verenigingen en stichtingen.¹ Woningcorporaties, zorginstellingen en onderwijsinstellingen krijgen binnen hun organisatie steeds meer te maken met kapitaalvennootschappen, in het bijzonder BV's, bijvoorbeeld bij oprichting van verbindingen voor het onderbrengen van bepaalde activiteiten. Voor de (semi)publieke sector heeft het voordelen alle informatie in een publicatie te kunnen vinden. Om die reden brengen wij weer een geïntegreerde versie uit over de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen van BV's, NV's, verenigingen en stichtingen, in het bijzonder in de (semi)publieke sector.²

Als gevolg van de financiële crisis en de daarmee gepaard gaande economische tegenwind is de positie van bestuurders en commissarissen weer nadrukkelijk onder de aandacht gekomen. De toenemende invloed van activistische aandeelhouders, private equity / hedge funds, corporate governance regels en – last but not least – een toegenomen 'claimcultuur' hebben geleid tot hernieuwde aandacht voor aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Aandacht voor de risico's van aansprakelijkheid is belangrijker dan ooit. Niet alleen voor bestuurders en commissarissen van financiële instellingen of andere private ondernemingen, maar ook voor bestuurders en toezichthouders in de (semi)publieke sector.

In de (semi)publieke sector zullen commissarissen meer dan voorheen verantwoordelijk worden gehouden voor hun toezicht op het bestuur. Zo heeft de minister van WWI kenbaar gemaakt dat bijvoorbeeld in het vernieuwde woningcorporatiestelsel de raad van commissarissen jaarlijks verklaringen moet afleggen over de inzet van het vermogen, de financiële continuïteit,

¹ Commissarissen staat voor commissarissen en toezichthouders

² Deze publicatie behandelt niet de informele vereniging; dit is een vereniging waarvan de oprichting niet bij notariële akte is geschied en de statuten ook niet later krachtens besluit van de algemene vergadering in een notariële akte zijn ondergebracht.

weglek van het maatschappelijk bestemde vermogen en de doelmatigheid, de rechtmatigheid, de integriteit en de governance.³

Eventuele schade die aan de volkshuisvesting is berokkend wil de minister van WWI, waar mogelijk verhalen op degenen die dat ernstig valt te verwijten. In het geval van enkele corporaties zijn dergelijke civiele claims ook ingediend tegen voormalige bestuurders en derden. Ook de minister van VWS wil bestuurders en toezichthouders van zorginstellingen eerder kunnen aanspreken op falen bij hun taakuitoefening. De minister van VWS wil in de Wet Cliëntenrechten Zorg de verantwoordelijkheden van bestuurders en toezichthouders van zorginstellingen wettelijk gaan vastleggen. Gedacht wordt aan de verplichting tijdig problemen te melden met financiën, kwaliteit of veiligheid bij de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) en de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ). Als bestuurders of interne toezichthouders dit nalaten, zullen zij aansprakelijk zijn.

Het zijn van bestuurder of commissaris is daarmee geen geringe verantwoordelijkheid. Bestuurders en commissarissen realiseren zich soms onvoldoende welke risico's zij lopen.

Tijd om er weer eens bij stil te staan en voldoende aanleiding voor het uitbrengen van een vernieuwde vierde druk. De opzet van de vierde druk blijft in grote lijnen dezelfde als bij de derde druk. Uitgangspunt is het inzichtelijk maken van de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen in verschillende situaties die tot aansprakelijkheid kunnen leiden. Wij gaan in op de interne aansprakelijkheid, die is gebaseerd op een onbehoorlijke taakvervulling. Daarna stellen wij situaties aan de orde die de externe aansprakelijkheid betreffen.

³ Brief van 12 juni 2009 van Minister WWI aan Tweede Kamer, voorstellen woningcorporatiestelsel, ABC 2009008155, pag. 26.

Naast de aansprakelijkheid bij oprichting en in het kader van kapitaalbescherming betreft dit aansprakelijkheid die voortvloeit uit onrechtmatige daad en op grond van het jaarrekeningenrecht. Daarnaast besteden wij in het kader van de antimisbruikwetgeving aandacht aan aansprakelijkheid op grond van bepalingen over misleidende verslaggeving en de tweede en derde antimisbruikwet. Nadat wij het over veel ramspoed hebben gehad, sluiten wij af met een hoofdstuk over de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering.

Wij hebben niet de pretentie dat wij in dit overzicht volledig zijn. Evenmin bevat deze publicatie concrete adviezen. Wij adviseren u bij vragen contact op te nemen met uw jurist.

Wij verwachten dat deze publicatie voor u van nut zal blijken te zijn omdat hiermee het landschap op het gebied van regelgeving rondom bestuurdersaansprakelijkheid in kaart is gebracht en geactualiseerd.

Deloitte Accountants B.V.

Bestuurders en
commissarissen
realiseren zich soms
onvoldoende welke
risico's zij lopen.

Inhoud

Voorwoord	4
1 Algemeen (overzicht van de hoofdstukken)	11
1.1 Inleiding	11
1.2 Overzicht	12
1.3 Aansprakelijkheid bij oprichting rechtspersoon en in verband met kapitaalbescherming	12
1.4 Aansprakelijkheid op grond van onbehoorlijke taakvervulling	13
1.5 Aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad	16
1.6 Aansprakelijkheid op grond van misleidende verslaggeving	18
1.7 Aansprakelijkheid voor het inhouden en afdragen van sociale premies en belastingen, tweede antimisbruikwet (WBA)	18
1.8 Aansprakelijkheid bij faillissement rechtspersoon, derde antimisbruikwet (Wet bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement (WBF))	19
1.9 Aansprakelijkheid op grond van het niet naleven van de formele vereisten voor het opmaken en openbaren / deponeren van de jaarrekening	21
1.10 Verzekering tegen aansprakelijkheid	21
2 Oprichting en kapitaalbescherming	25
2.1 Bestuurders	25
2.2 Commissarissen	31
3 Aansprakelijkheid tegenover de rechtspersoon (onbehoorlijke taakvervulling)	33
3.1 Inleiding	33
3.2 Bestuurders	33
3.3 Commissarissen	38
3.4 Aanpassing wettelijke regeling inzake bestuur en toezicht in NV's en BV's	40
4 Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad	47
4.1 Inleiding	47
4.2 Bestuurders	47
4.3 Commissarissen	50

5	Misleidende verslaggeving (bijzondere actie uit onrechtmatige daad)	53
5.1	Inleiding	53
5.2	Bestuurders	53
5.3	Commissarissen	56
6	Externe aansprakelijkheid op grond van antimisbruikwetgeving	59
6.1	Inleiding antimisbruikwetgeving	59
7	Wet bestuurdersaansprakelijkheid (WBA) voor belasting- en premieschulden, tweede antimisbruikwet	63
7.1	Bestuurders	63
7.2	Commissarissen	67
8	Wet bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement (WBF)	69
8.1	Inleiding	69
8.2	Het bestuur	69
8.3	Commissarissen	76
9	Jaarrekeningenrecht	79
9.1	Inleiding	79
9.2	Niet-naleving formele vereisten inrichting financiële stukken	79
9.3	Niet-naleving formele vereisten opmaken en openbaren/ deponeren jaarrekening	80
10	Bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering	83
10.1	Inleiding	83
10.2	Kans op bestuurdersaansprakelijkheid: ook in de (semi)publieke sector	83
10.3	Wat houdt een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering in?	84



1 Algemeen (overzicht van de hoofdstukken)

1.1 Inleiding

Bestuurdersaansprakelijkheid is een verzamelbegrip voor verschillende soorten aansprakelijkheid waarmee een bestuurder of commissaris van een rechtspersoon kan worden geconfronteerd. In beginsel zijn bestuurders niet aansprakelijk voor hetgeen zij in hun hoedanigheid van bestuurder doen of nalaten, maar is slechts de rechtspersoon aansprakelijk. Desondanks kunnen bestuurders, maar ook commissarissen, te maken krijgen met een aansprakelijkstelling.

In dit hoofdstuk staat daarom eerst het begrip bestuurdersaansprakelijkheid centraal. Vervolgens besteden wij aandacht aan verschillende soorten bestuurdersaansprakelijkheid. Hierbij maken wij onderscheid tussen de interne en de externe aansprakelijkheid.

Het begrip 'bestuurdersaansprakelijkheid' staat voor alle soorten aansprakelijkheid waarmee een persoon die een bestuurlijke taak binnen een rechtspersoon vervult, te maken kan krijgen. Een bestuurder kan te maken krijgen met aansprakelijkheid die bijvoorbeeld voortvloeit uit een onbehoorlijke taakvervulling, het plegen van een onrechtmatige daad of het openbaar maken van misleidende verslaggeving. Aansprakelijkheid kan eveneens ontstaan door het niet inhouden of afdragen van sociale premies en belastingen en in geval van faillissement door een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling vanwege het niet nakomen van de boekhoud- of administratieplicht. Aansprakelijkheid kan ook ontstaan door het niet naleven van formele eisen betreffende het opmaken en deponeren van de jaarrekening. De bestuurlijke positie die men inneemt en de periode die men deel uitmaakt van een orgaan van een rechtspersoon zijn van belang voor het bepalen van de (mate van) aansprakelijkheid. Het maakt verschil of men bestuurder, directeur of commissaris is (geweest). Iedere functie kent zijn eigen taken en verantwoordelijkheden waarop men wordt beoordeeld en zo nodig aangesproken of afgerekend.

Voor bestuurders en commissarissen van verenigingen en stichtingen bestaat een verhoogde kans op aansprakelijkheid indien de vereniging of stichting aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen. In geval van faillissement zijn op deze commerciële verenigingen en stichtingen diverse bepalingen uit de antimisbruikwetten van toepassing verklaard die in Boek 2 BW zijn opgenomen voor BV's en NV's.

1.2 Overzicht

Genoemde vormen van aansprakelijkheid zullen in dit eerste hoofdstuk kort de revue passeren en zo een signaalfunctie vervullen. Daarna besteden wij per hoofdstuk uitgebreid aandacht aan de verschillende vormen van aansprakelijkheid. Deze hoofdstukken kunt u raadplegen als een vraag over een specifieke vorm van aansprakelijkheid bij u opkomt. Zo kunt u gericht en in beperkte tijd informatie krijgen over de kwestie die aan de orde is.

1.3 Aansprakelijkheid bij oprichting rechtspersoon en in verband met kapitaalbescherming

Zie hoofdstuk 2

1.3.1 Rechtspersoon in oprichting

Degenen die een rechtshandeling verrichten namens een op te richten BV of NV zijn daardoor *hoofdelijk verbonden*, totdat de vennootschap na haar oprichting de rechtshandeling heeft bekrachtigd, tenzij met betrekking tot die rechtshandeling uitdrukkelijk anders is bedongen, zie § 2.1.3 en 2.1.4.

Indien de vennootschap haar verplichtingen uit de bekrachtigde rechtshandeling niet nakomt, zijn degenen die namens de op te richten vennootschap handelden hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die de derde dientengevolge lijdt, indien zij wisten of redelijkerwijs konden weten dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen, onverminderd de aansprakelijkheid ter zake van de bestuurders wegens bekrachtiging. Indien de vennootschap binnen een jaar na haar oprichting in staat van faillissement wordt verklaard, wordt de wetenschap dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen vermoed aanwezig te zijn.

Bestuurders van verenigingen en stichtingen dienen er rekening mee te houden dat een vergelijkbare regeling op hen van toepassing kan zijn, zie § 2.1.2.

Aansprakelijkheid kan voor een bestuurder van een vennootschap nog voortvloeien uit het verbinden van de vennootschap in de akte van oprichting. Indien een oprichter (dit kan een bestuurder zijn) bij het binden van de vennootschap in de akte van oprichting onvoldoende zorgvuldigheid heeft betracht, zijn de artikelen over een behoorlijke taakvervulling en bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement van toepassing.

Zie voor de vereisten voor het verbinden van de vennootschap in de akte van oprichting § 2.1.3.

1.3.2 Inschrijving en deponeren gegevens in handelsregister

De bestuurders van een kapitaalvennootschap zijn naast de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk voor elke tijdens hun bestuur verrichte rechtshandeling waardoor de vennootschap wordt verbonden in het tijdvak voordat:

1. de opgave ter eerste inschrijving in het handelsregister, vergezeld van de neer te leggen geschriften, is geschied;
2. (bij de NV) het gestorte deel van het kapitaal ten minste het bij de oprichting voorgeschreven minimumkapitaal bedraagt, en
3. het bij de oprichting geplaatste kapitaal (van de NV) ten minste een vierde van het nominale bedrag is gestort, zie § 2.1.4.

1.3.4 Kapitaalbescherming

Bestuurders en commissarissen dienen alert te zijn bij:

1. het storten van het aandelenkapitaal;
2. het verkrijgen van eigen aandelen door de BV of de NV.

In deze situaties kan overtreding van de wettelijke bepalingen tot aansprakelijkheid leiden, zie § 2.1.4.

1.4 Aansprakelijkheid op grond van onbehoorlijke taakvervulling

Zie hoofdstuk 3

1.4.1 Collectieve verantwoordelijkheid

Een bestuurder is bij een onbehoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak aansprakelijk ten opzichte van de rechtspersoon voor de tekortkoming. Indien het een aangelegenheid betreft die tot de werking van twee of meer bestuurders behoort, is ieder van hen voor het geheel aansprakelijk ter zake 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. Commissarissen kunnen, indien zij hun taak onbehoorlijk vervullen, evenals bestuurders ten opzichte van de rechtspersoon voor hun tekortkoming aansprakelijk zijn.

Bestuurders en commissarissen hebben op grond van de wet en de statuten ieder hun eigen taken en bevoegdheden binnen de organisatie van de rechtspersoon. De wijze waarop de bestuurders resp. de commissarissen deze taken vervullen, bepaalt hun aansprakelijkheid ten opzichte van de rechtspersoon. Wet en statuten zijn belangrijke ijkpunten voor het vaststellen van aansprakelijkheid van een bestuurder of commissaris.

Het bestuur is belast met het besturen van de rechtspersoon, zoals het bepalen van het beleid, vertegenwoordigen van de rechtspersoon in en buiten rechte en zorg dragen voor een goede administratie en financiële gang van zaken. Het bestuur zal dan ook het eerst worden aangesproken als er iets misgaat met de organisatie (de rechtspersoon en, indien aanwezig, de met hem verbonden onderneming). Met het doel van de rechtspersoon voor ogen zal het bestuur zich bij het ontwikkelen van beleid moeten richten naar het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden onderneming.

Een behoorlijke taakvervulling is primair van belang voor de rechtspersoon - en indien aanwezig de onderneming - bij wie bestuurders en eventueel commissarissen een functie hebben. Ook de aandeelhouders en stakeholders of afnemers van producten zijn gediend met een gezonde onderneming die streeft naar continuïteit. Er zijn echter meer personen die baat hebben bij een goede taakvervulling door bestuurders en commissarissen, bijvoorbeeld de werknemers en de schuldeisers. Bij verenigingen en stichtingen - bijvoorbeeld woningcorporaties, zorginstellingen en onderwijsinstellingen - is de wijze waarop de taak wordt vervuld met name van belang voor de cliënten, de 'afnemers' van de diensten die worden geboden.

Een onbehoorlijke taakvervulling door bestuurders en commissarissen vergroot de kans op het faillissement van een rechtspersoon. Of al dan niet sprake is van een 'onbehoorlijke taakvervulling' is dan ook van groot belang bij aansprakelijkheidsclaims.

1.4.2 Situaties die tot claims kunnen leiden

Wanneer kan zich nu een aansprakelijkheidsclaim voordoen? Die kans is - wat het algemene bestuursbeleid betreft - het grootst als de bestuurders onvoldoende grip hebben op de organisatie en zij eveneens het inzicht missen in de processen van de organisatie. Bestuurders dienen er bijvoorbeeld op toe te zien dat binnen

de organisatie geen gebruik wordt gemaakt van fraudegevoelige systemen. In dit opzicht kunnen audits (controles) op de verschillende terreinen van de organisatie als hulpmiddel dienen om dit te voorkomen.

Het bestuur van een organisatie waarin planmatig wordt gewerkt en controles zijn ingebouwd, zodat het maken van stelselmatige fouten wordt uitgesloten, zal een incidentele fout over het algemeen minder zwaar worden aangerekend dan het bestuur dat de touwtjes niet in handen heeft. Bestuurders moeten commissarissen regelmatig en voldoende informeren. Indien er sprake is van belangrijke ontwikkelingen dient het bestuur de raad van commissarissen hiervan tijdig op de hoogte te stellen.

Van groot belang is of (de overtuiging bestaat dat) de onderneming een bonafide instelling is. In dat geval zal, indien de bestuurder van de onderneming een redelijke verklaring kan geven voor een geconstateerd verzuim, deze verklaring kunnen helpen bij de beoordeling of sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling. Indien de onderneming niet als bonafide onderneming bekend staat, zal dit moeilijker worden.

Ook commissarissen dienen er voor te zorgen dat er een goed raamwerk is om toezicht te (kunnen) houden op de organisatie. Dit houdt onder meer in dat zij erop dienen toe te zien dat het bestuur in de onderneming systemen invoert, onderhoudt en bijstelt die de mogelijkheid bieden grip te hebben en houden op de processen in de onderneming. Het houden van toezicht door commissarissen betekent dus meer dan het zich incidenteel op de hoogte stellen van de gang van zaken in de organisatie. Commissarissen dienen eveneens te zorgen dat zij van bestuurders tijdig en regelmatig een hanteerbare stroom van informatie verkrijgen, die voldoende en (redelijk) betrouwbaar is. De raad van commissarissen dient om die reden eisen te stellen aan de kwaliteit van de gestructureerde informatie. Deze dient naast de financieel-economische aspecten ook de algemene lijnen van het functioneren van de rechtspersoon en het ondernemingsgebeuren te omvatten. Commissarissen moeten erop toezien dat de bestuurders hun administratieve en boekhoudkundige verplichtingen en de verplichtingen met betrekking tot het openbaar maken van de jaarrekening nakomen.

1.4.3 Vereisten voor aansprakelijkstelling op grond van onbehoorlijke taakvervulling

De rechtspersoon kan een bestuurder of commissaris (intern) aansprakelijk stellen voor het niet behoorlijk vervullen van zijn taak, indien het 'onbehoorlijk bestuur' onmiskenbaar is, schade tot gevolg heeft en de bestuurder of commissaris daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het bestuur zal als vertegenwoordiger van de rechtspersoon zorg moeten dragen voor de aansprakelijkstelling van de desbetreffende bestuurder of commissaris. In geval van aansprakelijkstelling van een bestuurder zullen de overige bestuursleden hiervoor een besluit moeten nemen.

Een bestuurder dient extra alert te zijn op het voldoen aan de verplichtingen die het terrein van de financiën en administratie betreffen. Het beheren van de financiën en verzorgen van de administratie wordt, met name door de rechter, als collectieve taak van het bestuur gezien. Aansprakelijkstelling van bestuurders zal zich met name voor kunnen doen in geval van faillissement van de rechtspersoon. Het is dan bijzonder moeilijk, zo niet onmogelijk, onder een aansprakelijkheidsclaim uit te komen als het een onbehoorlijke vervulling van de taak op het terrein van de financiën of administratie betreft. Zie voor meer informatie en specifieke criteria § 3.2.

Ter bescherming van de belangen van derden, in het bijzonder de (toekomstige) crediteuren van de rechtspersoon, zijn deze privaatrechtelijke rechtspersonen met veel wettelijke waarborgen omgeven. Het overtreden van deze wetsbepalingen kan tot (externe) aansprakelijkheid van de bestuurders en eventueel de commissarissen leiden.

In de navolgende situaties bestaat voor bestuurders en eventueel de commissarissen in ieder geval een verhoogde kans op aansprakelijkheid.

1.5 Aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad

Zie hoofdstuk 4

Indien een bestuurder of commissaris als zodanig door zijn handelen inbreuk maakt op het recht van een derde is sprake van een onrechtmatige daad.

Als onrechtmatige daad wordt ook aangemerkt het door een bestuurder of commissaris doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen

volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Uit een onrechtmatige daad kan aansprakelijkheid van een bestuurder of commissaris ontstaan ten opzichte van een derde, bijvoorbeeld een crediteur of een subsidieverlener, voor de schade die deze lijdt. Deze derde moet aantonen dat het handelen van de bestuurder(s) onrechtmatig was en de aangesproken bestuurder(s) daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Tevens moet sprake zijn van schade. Daarnaast moet de derde bewijzen dat er een (oorzakelijk) verband is tussen de onrechtmatige daad en de door hem geleden schade. De overtreden norm moet tot bescherming van de schade van de derde, de benadeelde, hebben gediend (relativiteitsvereiste). Bij aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad gaat het om een *individuele* aansprakelijkheid. Bij de aansprakelijkstelling van alle bestuurders (het bestuur) moet voor iedere bestuurder apart worden bewezen dat deze aansprakelijk is.

1.5.1 Onrechtmatige daad of wanprestatie rechtspersoon, onrechtmatige daad bestuurder

Aansprakelijkheid kan voor een bestuurder ontstaan als de rechtspersoon een onrechtmatige daad of wanprestatie pleegt. Volgens rechtspraak kan een derde die schade lijdt door wanprestatie van de rechtspersoon, de bestuurder die de rechtspersoon vertegenwoordigde op grond van onrechtmatige daad aanspreken voor de geleden schade. Althans indien de bestuurder die de rechtspersoon vertegenwoordigde op het moment van het aangaan van de overeenkomst wist, of behoorde te begrijpen, dat de rechtspersoon zijn verplichtingen uit die overeenkomst niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de wederpartij als gevolg daarvan zou lijden. Er kan ook sprake zijn van een onrechtmatige daad als een bestuurder aangeeft dat de rechtspersoon niet kan betalen (betalingsonmacht), maar in werkelijkheid niet wil betalen (betalingsonwil). De rechtspersoon beschikt wel over geldmiddelen of kan daarover de beschikking krijgen, maar de bestuurder wendt deze mogelijkheid (kredietfaciliteiten) niet aan voor het betalen van de crediteur(en) van de rechtspersoon. Een bestuurder die tevens enig aandeelhouder is moet bedacht zijn op een

verhoogde kans op aansprakelijkheid. Deze bijzondere positie kan leiden tot overheersende bestuursinmenging en nauwe betrokkenheid bij de totstandkoming van overeenkomsten, waarvan hij wist of behoorde te begrijpen dat deze niet zouden (kunnen) worden nagekomen.

Ook commissarissen kunnen door derden worden aangesproken op grond van onrechtmatige daad voor zover dit te maken heeft met hun adviserende of toezichthoudende taak. Zie voor meer informatie hoofdstuk 4.

1.6 Aansprakelijkheid op grond van misleidende verslaggeving

Zie hoofdstuk 5

Indien door de *jaarrekening*, het *jaarverslag* of *tussentijdse cijfers* een misleidende voorstelling van de toestand van de rechtspersoon wordt gegeven zijn de bestuurders van een BV, NV, commerciële vereniging of stichting (deze laatste twee rechtspersonen in geval van faillissement) tegenover derden hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die deze dientengevolge hebben geleden. Commissarissen kunnen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade die derden lijden ten gevolge van een misleidende voorstelling van de toestand van de rechtspersoon in de *jaarrekening*.

Van een misleidende voorstelling kan zowel sprake zijn bij een te gunstige als bij een te ongunstige voorstelling van zaken! Zie voor meer informatie hoofdstuk 5.

1.7 Aansprakelijkheid voor het inhouden en afdragen van sociale premies en belastingen, tweede antimisbruikwet (WBA)

Zie hoofdstuk 7

Het niet afdragen van de verschuldigde sociale premies, loon- en omzetbelasting (btw) en bijdragen voor een bedrijfspensioenfonds leidt in beginsel niet tot aansprakelijkheid van de bestuurders, omdat de verplichting tot betaling op de rechtspersoon rust.

Bestuurders van een NV, BV of van een vennootschapsbelastingplichtige vereniging of stichting kunnen echter wel hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de schulden ontstaan door het niet voldoen aan de betalingsverplichting. Dit is het geval als zij niet op tijd of niet op de juiste manier bij de desbetreffende

instantie melden (meldingsplicht) dat de rechtspersoon op korte termijn niet kan voldoen aan het afdragen van de verschuldigde premies en verplichte bijdragen (betalingsonmacht). Een bestuurder kan dan zelfs aansprakelijk worden gesteld voor de schulden ontstaan in een periode van drie jaren voorafgaande aan het tijdstip waarop de rechtspersoon in gebreke is gebleven. Het niet (correct) voldoen aan de meldingsplicht heeft, indien sprake is van een aansprakelijkheidsclaim, negatieve gevolgen voor de bewijslastverdeling voor de bestuurder(s). Ook de gewezen bestuurders, de (mede)beleidsbepalers en de door de rechtspersoon met de vereffening belaste personen lopen het risico aansprakelijk te worden gesteld voor de schulden uit hoofde van belastingen en sociale premies. Commissarissen kunnen niet rechtstreeks aansprakelijk worden gesteld voor de door een rechtspersoon verschuldigde en onbetaald gebleven belasting- en premieschulden. Zie voor meer informatie hoofdstuk 7.

1.8 Aansprakelijkheid bij faillissement rechtspersoon, derde antimisbruikwet (Wet bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement (WBF))

Zie hoofdstuk 8

Kern van de WBF (derde antimisbruikwet) is dat in geval van faillissement van een NV, BV of een vennootschapsbelastingplichtige vereniging of stichting de bestuurders en commissarissen het risico lopen voor het bedrag van de schulden aansprakelijk te worden gesteld, voor zover deze schulden niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan. Dit betekent dat zij aansprakelijk zijn voor het 'tekort' van de rechtspersoon; hiertoe behoren ook de faillissementskosten. Daarvoor moet het bestuur resp. de raad van commissarissen zijn taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en tevens moet aannemelijk zijn dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Uit de wet volgt dat de eisers, derhalve de curator, moet bewijzen dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. De curator moet feiten en omstandigheden aantonen waaruit dit kan worden afgeleid. Indien de curator in het bewijs slaagt dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, hoeft hij slechts aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

1.8.1 Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling

Het begrip 'kennelijk' in 'kennelijk onbehoorlijke taakvervulling' duidt op een ruime marge voor het bestuur. Het moet gaan om handelen door het bestuur dat zich kenmerkt door onverantwoordelijkheid, verwijtbare nalatigheid, onbezonnenheid, roekeloosheid of schrijnende onbekwaamheid. Bestuurders moeten anders hebben gehandeld dan van redelijk denkende bestuurders onder dezelfde omstandigheden zou mogen worden verwacht. Of sprake was van een onbehoorlijke taakvervulling, moet worden beoordeeld naar het moment waarop de desbetreffende bestuurshandelingen werden verricht.

1.8.2 Boekhoud-, administratie- en 'jaarrekening' publicatieverplichtingen

Het niet voldoen aan de boekhoud-, administratie- en 'jaarrekening' publicatieverplichtingen werkt extra verzwarend bij de aansprakelijkstelling. Bij niet naleving van de boekhoud-, administratie-, of 'jaarrekening' publicatieplicht gaat de wet er dan van uit dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld (dit is een onweerlegbaar vermoeden, dat wil zeggen een vaststaand feit, daar is niets tegen in te brengen) en wordt vermoed (dit is een weerlegbaar vermoeden) dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De bestuurders kunnen proberen van dit wettelijke (weerlegbare) vermoeden de onjuistheid aan te tonen door te bewijzen (omkering bewijslast) dat de onbehoorlijke taakvervulling geen oorzaak was van het faillissement, maar dat andere omstandigheden hiertoe hebben geleid. Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen. Zie voor meer informatie over het begrip 'onbelangrijk verzuim' hoofdstuk 8.

1.8.3 Aansprakelijk te stellen personen

Faillissement vergroot niet alleen de kans op aansprakelijkheid van de (formele) bestuurders en de commissarissen, maar ook van de gewezen bestuurders en (mede)beleidsbepalers. In de situatie dat een rechtspersoon in plaats van een natuurlijke persoon (man/vrouw) bestuurder is van de faillerende vennootschap, zijn de bestuurders van de rechtspersoon-bestuurder hoofdelijk aansprakelijk.

1.8.4 Termijn aansprakelijkstelling

De termijn van een mogelijke aansprakelijkstelling op grond van de derde antimisbruikwet is gelimiteerd tot de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement. Een aan een (gewezen) bestuurder verleende decharge staat niet aan een aansprakelijkstelling op grond van de derde antimisbruikwet in de weg.

1.8.5 Aansprakelijkstelling commissarissen

Commissarissen vallen eveneens onder de aansprakelijkheid van de derde antimisbruikwet, indien zij de hun opgedragen toezichthoudende en adviserende taken kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld. De onbehoorlijke taakvervulling dient dan wel, evenals bij de bestuurders het geval is, als een belangrijke oorzaak van het faillissement te kunnen worden gezien. Zie voor meer informatie over de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen op grond van de derde antimisbruikwet hoofdstuk 8.

1.9 Aansprakelijkheid op grond van het niet naleven van de formele vereisten voor het opmaken en openbaren / deponeren van de jaarrekening

Zie hoofdstuk 9

Bestuurders kunnen worden aangesproken op het niet naleven van de formele vereisten inzake het opmaken en publiceren van de jaarrekening. Het niet naleven is een overtreding in de zin van de Wet op de economische delicten en kan met hechtenis of een geldboete worden bestraft, zie hoofdstuk 9.

1.10 Verzekering tegen aansprakelijkheid

Zie hoofdstuk 10

Een verzekering tegen risico's van bestuurdersaansprakelijkheid hoort bij het 'in control zijn'. Een aansprakelijkheidsclaim kan grote financiële gevolgen hebben voor het privévermogen. Een bestuurders- of commissarissenaansprakelijkheidsverzekering sluit weliswaar bepaalde schades uit van dekking, maar dekt de rechtsbijstands- en proceskosten. Ook hiervoor is het de moeite waard deze verzekering af te sluiten. Zie voor meer informatie hoofdstuk 10.

Afsluiting

Tot zover een weergave van situaties die tot aansprakelijkheid van bestuurders en/of commissarissen kunnen leiden. Wij nemen aan dat het bovenstaande voldoende informatie biedt om situaties te herkennen die een verhoogde kans geven op aansprakelijkheid, zodat deze nauwlettend in het oog kunnen worden gehouden.



2 Oprichting en kapitaalbescherming

2.1 Bestuurders

2.1.1 Inleiding

In de wet zijn veel regels opgenomen die tot doel hebben het vermogen van de BV of NV in stand te houden om daarmee de belangen van de aandeelhouder maar vooral ook de schuldeisers van een vennootschap te beschermen.

Overtreding van deze wettelijke regels kan aansprakelijkheid voor bestuurders en/of oprichters met zich meebrengen. In deze paragraaf zullen wij nagaan, welke regels vanaf de oprichting van de BV of NV in aanmerking dienen te worden genomen. Met de waarschijnlijk medio 2011 in werking tredende wijzigingen in het kapitaalbeschermingsrecht voor de BV (Wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, veelal genoemd op grond van dit wetsvoorstel flex BV) is in het onderstaande op voorhand rekening gehouden; de wijzigingen zijn reeds in de tekst aangegeven.

2.1.2 De rechtspersoon (BV, NV, vereniging of stichting) in oprichting

Het komt nogal eens voor, dat een rechtspersoon 'in oprichting' (i.o.) reeds rechtshandelingen verricht. Deze rechtshandelingen ten name van de rechtspersoon i.o. worden door de oprichter (vaak de bestuurder) verricht; deze is dan ook *hoofdelijk verbonden* totdat de rechtspersoon, na haar oprichting, deze rechtshandelingen heeft bekrachtigd. Deze bekrachtiging kan uitdrukkelijk of stilzwijgend geschieden. Van stilzwijgende bekrachtiging is sprake wanneer de rechtspersoon de verplichtingen uit de overeenkomst nakomt. De oprichter (bestuurder) is niet aansprakelijk indien dit met betrekking tot de rechtshandelingen uitdrukkelijk bij de wederpartij is bedongen.

Voor de BV en de NV is geregeld dat uit rechtshandelingen, verricht namens een op te richten vennootschap, slechts rechten en verplichtingen voor de vennootschap ontstaan, wanneer zij die rechtshandelingen na haar oprichting uitdrukkelijk of stilzwijgend bekrachtigt (art. 2:93/203 lid 1 BW). Voor de vereniging en stichting is een dergelijke bepaling niet in de wet opgenomen. Volgens de Hoge Raad moet worden aangenomen dat het bepaalde in de artikelen 2:93/203 lid 1 BW van overeenkomstige toepassing is op andere rechtspersonen.

Komt de BV of NV haar verplichtingen uit uitdrukkelijk bekrachtigde rechtshandelingen niet na, dan lopen de bestuurders het risico toch hoofdelijk aansprakelijk te worden gesteld voor de schade die een derde dientengevolge lijdt. Aansprakelijkstelling kan geschieden indien de bestuurders wisten of redelijkerwijs konden weten dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen. Deze wetenschap dient door de benadeelde te worden bewezen, tenzij de vennootschap binnen een jaar na de oprichting in staat van faillissement wordt verklaard. In dat geval wordt de eerdergenoemde wetenschap vermoed aanwezig te zijn en dient de bestuurder het tegendeel te bewijzen.

Uit de wet en rechtspraak is niet op te maken of een bestuurder van een vereniging of stichting die haar verplichtingen uit uitdrukkelijk bekrachtigde rechtshandelingen niet nakomt het risico loopt hoofdelijk aansprakelijk te worden gesteld voor de schade die een derde dientengevolge lijdt, indien die bestuurders wisten of redelijkerwijs konden weten dat de rechtspersoon zijn verplichtingen niet zou kunnen nakomen. Aangezien de Hoge Raad de wettelijke bekrachtigingsregel van de BV en NV op andere rechtspersonen van overeenkomstige toepassing heeft verklaard, dienen bestuurders van verenigingen en stichtingen daarmee serieus rekening te houden.

2.1.3 Inschrijving van verenigingen en stichtingen in handelsregister

Verenigingen en stichtingen, al dan niet met ondernemingen, moeten worden ingeschreven in het handelsregister bij de Kamer van Koophandel onder neerlegging van een authentiek afschrift of een authentiek uittreksel uit de akte van oprichting dat de statuten bevat.

De bestuurders dienen zorg te dragen voor het inschrijven van de wettelijk vereiste gegevens. De inschrijving is geen oprichtingsvereiste. Zolang de rechtspersoon nog niet is ingeschreven in het handelsregister, is iedere bestuurder voor een rechtshandeling waardoor hij de rechtspersoon bindt, naast de rechtspersoon hoofdelijk aansprakelijk.

2.1.4 Storting aandelenkapitaal en inschrijving in handelsregister (BV's en NV's)

In het civiele recht worden kapitaalbegrippen gehanteerd die wij voor een goed begrip kort zullen behandelen.

Het *maatschappelijk kapitaal* is het bedrag dat volgens de statuten van een vennootschap maximaal kan worden geplaatst.

Het *geplaatste kapitaal* is het gedeelte van het maatschappelijk kapitaal dat bij aandeelhouders is geplaatst, dat wil zeggen het bedrag waarvoor aandelen zijn uitgegeven. Voor het ongeplaatste deel van het maatschappelijk kapitaal kunnen door de vennootschap dus nog aandelen worden uitgegeven, zonder dat statutenwijziging nodig is.

Het *gestorte kapitaal* is het bedrag dat op de geplaatste aandelen is gestort. Voor het nog niet gestorte deel heeft de vennootschap een vordering op haar aandeelhouders. In de wet is geregeld dat het geplaatste kapitaal van een vennootschap ten minste een vijfde gedeelte van het maatschappelijk kapitaal dient uit te maken. Voorts moet op het geplaatste kapitaal ten minste 25% zijn gestort. Ten slotte bestaat de eis, dat het gestorte kapitaal ten minste gelijk is aan het wettelijk vastgestelde minimumkapitaal. Voor een naamloze vennootschap bedraagt het minimumkapitaal € 45.000. Voor een besloten vennootschap bedraagt het minimumkapitaal thans € 18.000, maar in het wetsvoorstel flex BV vervalt de eis voor het minimumkapitaal voor een BV; alsdan kan bij een BV - in theorie - worden volstaan met een aandelenkapitaal van € 0,01.

Het *opgevraagde kapitaal* is dat deel van het geplaatste kapitaal dat nog niet is gestort (dit kan bij de NV ten hoogste 75% betreffen), maar door het bevoegde orgaan van de vennootschap tegen een bepaalde datum is opgevraagd bij degene die een aandeel heeft genomen. Bij het nemen van een aandeel moet daarop het nominale bedrag worden gestort en indien het aandeel voor een hoger bedrag wordt genomen, tevens het verschil tussen het hogere en het nominale bedrag, zodat dit deel van het kapitaal vanaf deze datum opeisbaar is.

Bestuurders zijn in het oprichtingstijdvak naast de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk voor elke tijdens hun bestuur verrichte rechtshandeling waardoor de vennootschap wordt verbonden.

De hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders voor het oprichtingstijdvak is afgesloten, indien aan de volgende drie voorwaarden is voldaan:

1. de opgave ter eerste inschrijving in het handelsregister, vergezeld van de neer te leggen geschriften, is geschied;
2. indien (bij de NV) het gestorte deel van het kapitaal ten minste het bij de oprichting voorgeschreven minimumkapitaal bedraagt, en
3. op het bij de oprichting geplaatste kapitaal (van de NV) ten minste een vierde van het nominale bedrag is gestort.

Aansprakelijkheid kan voor een bestuurder nog voortvloeien uit het binden van de vennootschap in de akte van oprichting. Indien een oprichter (dit kan een bestuurder zijn) bij het binden van de vennootschap in de akte van oprichting onvoldoende zorgvuldigheid heeft betracht, zijn de artikelen betreffende een behoorlijke taakvervulling en bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement van toepassing.

De oprichters (dit kunnen de latere bestuurders zijn) kunnen de vennootschap in de akte van oprichting slechts verbinden door:

- het uitgeven van aandelen;
- het aanvaarden van stortingen daarop;
- het aanstellen van bestuurder;
- het benoemen van commissarissen;
- en het verrichten van rechtshandelingen:
 - in verband met het nemen van aandelen waarbij bijzondere verplichtingen op de vennootschap worden gelegd;
 - strekkende om enigerlei voordeel te verzekeren aan een oprichter der vennootschap of aan een bij de oprichting betrokken derde;
 - bij de NV rakende het verkrijgen van aandelen op andere voet dan waarop de deelneming in de naamloze vennootschap voor het publiek wordt opengesteld;
 - betreffende inbreng op aandelen anders dan in geld.

Deze rechtshandelingen moeten in haar geheel worden opgenomen in de akte van oprichting of in een geschrift dat daaraan in origineel of authentiek afschrift wordt gehecht en waarnaar de akte van oprichting verwijst. Indien hieraan niet is voldaan, kunnen voor de vennootschap uit deze rechtshandelingen geen rechten of verplichtingen ontstaan.

2.1.5 Verrijging van eigen aandelen door de vennootschap

Besloten vennootschap

Hoofdelijke aansprakelijkheid kan voor de bestuurders ontstaan bij het verkrijgen van eigen aandelen in het kapitaal van de vennootschap.

Verrijging door de besloten vennootschap van aandelen in haar eigen kapitaal kan plaatsvinden onder *algemene* of *bijzondere* titel en al dan niet tegen een vergoeding. Van verrijging onder algemene titel, waarbij een geheel van rechten en verplichtingen wordt overgedragen, is bijvoorbeeld sprake bij juridische fusie of splitsing of verrijging krachtens erfopvolging. Bij verrijging onder bijzondere titel (bijvoorbeeld koop of schenking) worden in beginsel slechts rechten verkregen.

Overtreding van de door de wet gegeven voorschriften omtrent de inkoop van (certificaten van) aandelen, zoals de bepaling dat de vennootschap slechts volgestorte aandelen mag verkrijgen, kan tot aansprakelijkheid van de bestuurders leiden.

Verrijging door de vennootschap van niet volgestorte aandelen is niet toegestaan. Een dergelijke rechtshandeling is nietig.

Het verkrijgen door de besloten vennootschap van volgestorte eigen aandelen is aan regels gebonden. Na inwerkingtreding van de wetgeving voor de flex BV mag een BV eigen aandelen slechts verkrijgen '*om niet*' (dit is zonder ervoor te betalen) óf onder *bijzondere titel* (bijvoorbeeld koop), indien de volgende voorwaarden zijn vervuld:

1. Het eigen vermogen van de BV, verminderd met de verkrijgingsprijs van de in te kopen aandelen, mag niet kleiner zijn dan de reserves die krachtens wet of de statuten moeten worden aangehouden, én

2. Het bestuur weet of kan redelijkerwijs voorzien dat de BV na de verkrijging zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van de opeisbare schulden.

Overtreding van deze voorschriften, die niet gelden voor aandelen die onder algemene titel zijn verkregen, heeft tot gevolg dat de verkrijging van de aandelen nietig is en dat de bestuurders *hoofdelijk aansprakelijk* zijn jegens de vennootschap voor het tekort dat door de verkrijging is ontstaan. Bovendien zijn de bestuurders *hoofdelijk aansprakelijk* jegens de vervreemder te goeder trouw die door de nietigheid schade lijdt. Het is derhalve van belang bij de inkoop van eigen aandelen zorgvuldig te werk te gaan.

De onder a. genoemde voorwaarde houdt in, dat de vennootschap zelf slechts aandelen kan inkopen indien en voor zover zij over vrij uitkeerbare reserves beschikt. Niet uitkeerbaar zijn de zogenaamde wettelijke reserves en reserves die volgens de statuten moeten worden aangehouden. Wettelijke reserves zijn bijvoorbeeld de reserve ingehouden winst deelnemingen of de herwaarderingsreserve. De geldigheid van de verkrijging op grond van deze voorwaarde dient te worden bepaald op basis van de laatst vastgestelde jaarrekening.

Naamloze vennootschap

De regeling van het verkrijgen van eigen aandelen is voor de *naamloze vennootschap* enigszins afwijkend van de regeling voor de besloten vennootschap. Zo mag een beursgenoteerde naamloze vennootschap slechts 50% van haar geplaatste aandelen zelf bezitten en is een wat verdergaande bemoeienis van de algemene vergadering van aandeelhouders daarvoor nodig. Verrijking van volgestorte eigen aandelen anders dan om niet is bij de naamloze vennootschap slechts mogelijk indien dit in de statuten is toegelaten.

2.2 Commissarissen

Indien het bestuur van een besloten of naamloze vennootschap wettelijke regels ter bescherming van het kapitaal van de vennootschap overtreedt, kunnen ook commissarissen aansprakelijk worden gesteld. Dit zal dan geschieden op grond van het tekortschieten van de commissarissen in hun toezichhoudende taak op het bestuur van de vennootschap. Laat dus een commissaris toe, dat het bestuur in strijd met de wettelijke voorschriften eigen aandelen inkoopt, dan kan hij uit hoofde van onbehoorlijke taakvervulling of onrechtmatige daad voor eventuele gevolgen aansprakelijk worden gesteld.

Op een
bestuursfunctie rust
een inspannings-
verplichting de
taak behoorlijk te
vervullen.

3 Aansprakelijkheid tegenover de rechtspersoon (onbehoorlijke taakvervulling)

3.1 Inleiding

Wanneer een persoon een bestuursfunctie accepteert gebeurt dat op basis van vrijwilligheid. De functie kan niet vrijblijvend worden uitgevoerd. Op de bestuurder rust een inspanningsverplichting de taak behoorlijk te vervullen.

3.2 Bestuurders

3.2.1 Behoorlijke taakvervulling

Basis voor de interne aansprakelijkheid vormt artikel 2: 9 BW:

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 ter zake 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.

Zowel voor de natuurlijke persoon als de rechtspersoon die bestuurder is, geldt dat hij tegenover de rechtspersoon is gehouden tot een behoorlijke taakvervulling. De woorden 'behoorlijke taakvervulling' bevatten een objectiverend element. Het gaat om de vervulling van de taak op een manier, zoals die naar algemeen inzicht van een bekwaam bestuurder binnen de desbetreffende rechtspersoon in zijn positie mag worden verwacht. De eisen gesteld aan een bestuurder of commissaris bij bijvoorbeeld een kleine sportvereniging zijn anders dan de eisen gesteld aan een bestuurder of commissaris bij een grote BV, zorg- of onderwijsinstelling.

Het vervullen van de bestuursfunctie betreft een inspanningsverbintenis met betrekking tot de taakvervulling. Er is pas dan sprake van een tekortkoming wanneer men tekort is geschoten in de inspanning die onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze kon worden verlangd. Een persoon die een bestuurstaak op zich neemt staat er tot op zekere hoogte voor in dat hij de daartoe vereiste capaciteiten bezit. Een bestuurder kan ter verontschuldiging dan ook niet aanvoeren dat hij niet beschikte over de benodigde capaciteiten voor het vervullen van de functie.

Richtinggevend voor de normering van het handelen als bestuurder zijn het *zorgvuldigheidsbeginsel* en het *loyaliteitsbeginsel*. Een bestuurder dient dus zorgvuldig en loyaal te besturen.

Wil sprake zijn van *zorgvuldig* besturen dan moet het bestuur:

- de wettelijke, statutaire en reglementaire verplichtingen van de rechtspersoon en van het bestuur en de bestuurder(s) in acht nemen;
- zijn beslissingen grondig voorbereiden en goed gemotiveerd nemen en vastleggen in notulen en dossiers. Daarbij moet het bestuur de op een besluit betrokken belangen telkens op een verdedigbare wijze tegen elkaar afwegen;
- de bestuurders dienen de (raad van) commissarissen tijdig en voldoende te informeren. Zeker indien sprake is van belangrijke ontwikkelingen in de organisatie.

Loyaal besturen houdt in dat de bestuurders zich moeten richten naar het belang van de rechtspersoon en de met haar verbonden onderneming.) Dit impliceert dat bij strijd tussen het belang van de rechtspersoon en het privébelang of bij verstrengeling van belangen, het belang van de rechtspersoon voorgaat.

Bij strijdigheid van belangen kan bijvoorbeeld gedacht worden aan:

- transacties tussen de bestuurders privé en de rechtspersoon;
- transacties van de rechtspersoon met een derde, waarbij de bestuurder een persoonlijk of zakelijk belang heeft;
- privéaanwending van goederen van de rechtspersoon of van de positie binnen de rechtspersoon (en/of onderneming);
- de 'dubbele pettenproblematiek', wanneer bijvoorbeeld sprake is van een personele unie bij transacties van een rechtspersoon met een andere rechtspersoon waar de bestuurder ook bestuurslid is.

Wanneer een bestuurder bij het aangaan van overeenkomsten namens de rechtspersoon zijn privébelang laat voorgaan boven het belang van de rechtspersoon, wordt de positie van de rechtspersoon - en daardoor de positie van de crediteuren - verslechterd.

3.2.2 Aansprakelijkstelling

Het aansprakelijk stellen van een bestuurder op grond van onbehoorlijk bestuur is mogelijk, indien dit 'onbehoorlijk bestuur' onmiskenbaar is, schade tot gevolg heeft en de bestuurder daarvan een *ernstig verwijt* kan worden gemaakt.

Dit impliceert dat niet elk falen van het bestuur of de afzonderlijke bestuurders aansprakelijkheid tot gevolg heeft. Er is pas sprake van een tekortkoming, indien de bestuurder is tekortgeschoten in de inspanning (inspanningsverbintenis!), die onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze van hem kon worden verlangd. De bestuurder moet persoonlijk een ernstig verwijt kunnen worden gemaakt van de wijze waarop hij zijn taak heeft vervuld. Het moet gaan om een onmiskenbare, duidelijke tekortkoming, een situatie waarin geen redelijk denkend bestuurder - onder dezelfde omstandigheden - aldus gehandeld zou hebben.

Voorbeelden

- De bestuurders laten na adequate verzekeringen ten behoeve van de rechtspersoon af te sluiten en bestaande verzekeringen te verlengen.
- De bestuurders bezwaren een gebouw van de rechtspersoon met hypotheek voor privédoeleinden.

Of in een bepaalde situatie plaats is voor een ernstig verwijt aan het adres van de bestuurders hangt af van alle omstandigheden van het geval. De volgende omstandigheden kunnen daarbij volgens de Hoge Raad onder meer een rol spelen:

- de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten;
- de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's;
- de taakverdeling binnen het bestuur;
- de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen;
- de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen;
- het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak is berekend en deze nauwgezet vervult.

3.2.3 Hoofdelijke aansprakelijkheid en mogelijkheid van disculpatie

Wanneer het een aangelegenheid betreft die tot de werkkring van twee of meer bestuurders behoort, bepaalt de wet dat ieder van hen voor het geheel aansprakelijk is ter zake van een tekortkoming (door een of meerderen van hen), tenzij de tekortkoming niet aan hem is te wijten en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

Uitgangspunt van de wet vormt de collectieve aansprakelijkheid. De wetgever ziet de bestuurstaak als een taak van het collectieve bestuur met name waar het gaat om de algemene beleidsbepaling en de controle daarop. Bij de beoordeling of sprake is van een behoorlijke taakvervulling speelt art. 2:10 BW, dat gaat over de boekhoud-, balans- en bewaarplicht, een belangrijke rol. De zorg voor het bijhouden van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en het bewaren van de vereiste administratieve en financiële gegevens wordt eveneens als taak van het collectieve bestuur gezien. Wanneer een bestuurder aansprakelijk wordt gesteld kan hij zich ten aanzien van de financiële aangelegenheden dus niet met een beroep op de taakverdeling disculperen (bewijs van afwezigheid van schuld). De bestuurders zijn in principe collectief verantwoordelijk - en eventueel hoofdelijk aansprakelijk - voor de wijze waarop deze bestuurstaak is vervuld, zelfs als de portefeuille 'financiën' in handen is van één persoon. Zie voor aansprakelijkheid op grond van het jaarrekeningsrecht hoofdstuk 9.

Uit jurisprudentie over de collectieve verantwoordelijkheid van bestuurders blijkt dat een bestuurder zich niet afzijdig mag houden van het bestuur van de rechtspersoon. Van een bestuurder mag worden verwacht dat hij zich op de hoogte houdt van de financiële toestand van de rechtspersoon en ter zake adequate maatregelen treft. Bij sommige rechtspersonen is het gebruik ontstaan de betaling van de belasting- en premieschulden bij elke bestuursvergadering afzonderlijk te agenderen en daarbij in de notulen de verklaring vast te leggen dat betaling heeft plaatsgevonden. Dit alles ter voorkoming van aansprakelijkheid op grond van de tweede antimisbruikwet, waarover u in hoofdstuk 7 kunt lezen.

3.2.4 Schade

Indien een bestuurder zijn bestuurstaak niet naar behoren vervult, loopt hij het risico dat de rechtspersoon hem aansprakelijk stelt voor de schade die de

rechtspersoon als gevolg daarvan lijdt. De rechtspersoon moet bewijzen dat hij de bestuurder een ernstig verwijt kan maken en de geleden schade het gevolg is van de onbehoorlijke taakvervulling door de betreffende bestuurder.

Voorbeeld

De bestuurder van een BV, die de gebouwen beheert, neemt geen maatregelen als blijkt dat de schoorsteen van een van de te beheren gebouwen bouwvallig is en bij storm van het dak dreigt te waaien. Bij een herfststorm waait de schoorsteen ook inderdaad van het dak. Een auto wordt daardoor zwaar beschadigd. De automobilist spreekt de BV voor de geleden schade aan. De BV kan de bestuurder, die de gebouwen beheert, aanspreken voor de schade die de rechtspersoon als gevolg van het afwaaien van de schoorsteen lijdt.

3.2.5 Regres

Indien een bestuurder een groter aandeel in de schade betaalt dan zijn medebestuurder(s) heeft hij op hen voor het meer betaalde een terugvorderingsrecht (regres). De uiteindelijke verdeling van de draagplicht voor de totale schade vindt plaats op basis van ieders aandeel in de gemaakte fout of tekortkoming.

3.2.6 Decharge

Het verlenen van decharge houdt in het verlenen van ontheffing / geven van kwijting van de interne aansprakelijkheid. Wanneer het daartoe bevoegde orgaan van de rechtspersoon de bestuurders decharge heeft verleend, ontnemt dit de rechtspersoon in principe de mogelijkheid de bestuurder nog aansprakelijk te stellen. Uit jurisprudentie is op te maken dat de decharge van een bestuurder niet verder reikt dan hetgeen uit de (jaar)stukken kenbaar is of is bekendgemaakt, bijvoorbeeld op de algemene vergadering (van aandeelhouders). Onder de decharge valt dus niet hetgeen de aandeelhoudersvergadering redelijkerwijs kon weten, of waarop zij verdacht kon zijn. Het verlenen van decharge betreft de rechtsverhouding tussen de rechtspersoon en de bestuurders en commissarissen. Decharge heeft alleen betrekking op aansprakelijkheid tegenover de rechtspersoon (de interne aansprakelijkheid), niet op aansprakelijkheid tegenover derden. In geval van faillissement kan de curator aan een verleende decharge voorbijgaan.

3.3 Commissarissen

Ook een commissaris kan door de rechtspersoon aansprakelijk worden gesteld indien de rechtspersoon schade lijdt als gevolg van onbehoorlijke taakvervulling door een commissaris. Veelal zal een onbehoorlijke taakvervulling door de raad van commissarissen samengaan met een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. Dit is bijvoorbeeld het geval als de raad van commissarissen niet toeziet op naleving van de administratieve of boekhoudkundige verplichtingen of verplichtingen met betrekking tot het openbaar maken van de jaarrekening door het bestuur.

De rechtbank Amsterdam heeft in de zaak Hestia Stichting (26 maart 2008; LJN: BC8599) geoordeeld dat het bepaalde in artikel 2:9 BW - de verplichting tot een behoorlijke taakvervulling - bij gebreke van een wettelijke grondslag niet van toepassing is op de taakvervulling door de Raad van Toezicht van de Hestia Stichting.

Een opmerkelijke uitspraak van de rechtbank Amsterdam. Voor het toetsen van de wijze waarop de raad van commissarissen zijn taak heeft vervuld is een norm nodig. Als de commissarissen niet gehouden zijn tot een behoorlijke vervulling van hun taak conform artikel 2:9 BW is de vraag welke norm dan van toepassing is op commissarissen. In deze zaak is geen hoger beroep ingesteld; de Hestiazaak zelf zal daarover dus geen uitsluitsel geven.

Er zijn argumenten om - bij gebreke van een wettelijke grondslag - art. 2:9 BW toch als norm te kiezen. In geval van faillissement van een vennootschapsbelastingplichtige stichting is art. 2:9 BW van toepassing op de taakvervulling door de raad van commissarissen van een stichting. Toetsen van de wijze van taakvervulling door de raad van commissarissen is toetsing achteraf. Vooraf dient duidelijk te zijn aan welke norm de raad van commissarissen en individuele commissarissen zich hebben te houden. Het is afwachten wat de jurisprudentie op dit terrein nog gaat brengen.

De raad van commissarissen dient er voor te zorgen dat de informatieplicht wordt nagekomen en hem een regelmatige en hanteerbare stroom van tijdige informatie wordt verstrekt die redelijk betrouwbaar is te achten. Hij zal eisen moeten stellen aan de kwaliteit van gestructureerde informatie die niet alleen de financieel-economische aspecten betreft maar ook de algemene lijnen van het vennootschappelijke functioneren en het ondernemingsgebeuren. Zo nodig moet

de raad van commissarissen kritische en indringende vragen stellen. De raad van commissarissen die vrijwel in het geheel geen initiatief neemt om zich behoorlijk door het bestuur te doen voorlichten, ondanks de signalen die hem bereiken en hem hiertoe aanleiding behoren te geven, vervult zijn taak niet naar behoren. Van een onbehoorlijke taakvervulling door commissarissen is eveneens sprake, indien bestuurders door activiteiten die volkomen buiten het werkkterrein van de rechtspersoon liggen de rechtspersoon schade toebrengen. Naast de bestuurders lopen dan ook de commissarissen het risico aansprakelijk te worden gesteld voor het onvoldoende toezicht houden op het bestuur.

Voorbeeld

Het speculeren met de aanschaf van grond en gebouwen, terwijl de statutaire doelomschrijving inhoudt dat de rechtspersoon uitsluitend zorgactiviteiten uitoefent.

3.3.1 Hoofdelijke aansprakelijkheid

De aansprakelijkheid rust in beginsel op ieder lid van de raad van commissarissen, omdat het houden van toezicht op het werkkterrein van ieder der commissarissen ligt. De aansprakelijkheid is hoofdelijk, evenals bij de bestuurders.

Ook een commissaris kan zich - op dezelfde gronden als een bestuurder - disculperen en daardoor vrijpleiten van aansprakelijkheid.

3.3.2 Verrichten bestuurshandelingen door commissarissen

Indien commissarissen gedurende bepaalde tijd of onder bepaalde omstandigheden op grond van een statutaire bepaling of een besluit van bijvoorbeeld de algemene vergadering (van aandeelhouders) *bestuurstaken* vervullen en dus bestuursdaden verrichten, gelden te dien aanzien de rechten en verplichtingen die rusten op bestuurders. Ook het risico van aansprakelijkstelling wegens onbehoorlijke taakvervulling *als bestuurder* kan zich bij een commissaris voordoen.

Goedkeuring van bestuursbesluiten door commissarissen wordt niet beschouwd als een daad van bestuur.

3.4 Aanpassing wettelijke regeling inzake bestuur en toezicht in NV's en BV's

3.4.1 Behoorlijke taakvervulling

De wettelijke introductie die in voorbereiding is van een monistisch systeem voor kapitaalvennootschappen heeft de wetgever ertoe gebracht artikel 2:9 BW te preciseren.

Artikel 2:9 BW (wetsvoorstel):

1. Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Tot de taak van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.
2. Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Hij is voor het geheel aansprakelijk ter zake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.

Het nieuw geformuleerde lid 1 bepaalt dat tot de taken van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet aan een andere bestuurder zijn toebedeeld. Volgens de Memorie van Toelichting (MvT) is voor een negatieve formulering gekozen om te voorkomen dat taken bij de taakverdeling tussen wal en schip vallen omdat zij niet uitdrukkelijk zijn toegedeeld. De omvang van de taak van de bestuurder hangt dus mede af van de toedeling aan zijn medebestuurders. Vindt toedeling aan een bestuurder plaats, dan krijgt die desbetreffende bestuurder er niet een nieuwe taak bij (de taak behoorde al tot zijn takenpakket), maar weet hij dat deze taak door de taakverdeling buiten het takenpakket van de andere bestuurders valt. Door de toedeling wordt hij de uitvoerende bestuurder voor die taak.

Taken die niet zijn toebedeeld, rusten op alle bestuurders, derhalve op zowel de niet uitvoerende als de uitvoerende bestuurders. Omdat de taakverdeling, voor zover al niet uit de wet kenbaar (vgl. artikel 2:129a/239a lid 1 BW), bij of krachtens de statuten wordt vastgelegd, bestaat veel vrijheid om tot een taakverdeling

te komen en kan elke bestuurder hiervan ook eenvoudig kennisnemen. Door opneming van het begrip 'krachtens' wordt aangegeven dat zo'n taakverdeling ook bij reglement tot stand mag komen. Ook een bestuursbesluit kan grondslag zijn voor een verdere taakverdeling.

3.4.2 Taakvervulling door twee of meer bestuurders

Nieuw is de redactie van de 'taakvervulling door twee of meer bestuurders'. Volgens de MvT brengt een taakverdeling geen wijziging in de gezamenlijke verantwoordelijkheid. Iedere bestuurder blijft verantwoordelijk voor de taakuitoefening door het bestuur en voor de besluiten die het orgaan neemt. Bestuurders die niet met de dagelijkse gang van zaken zijn belast, nemen evenzeer deel aan de besluitvorming over onderwerpen die de dagelijkse gang van zaken betreffen. Artikel 2:9 lid 2 BW legt vast dat een bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken.

3.4.3 Hoofdelijke aansprakelijkheid

Verantwoordelijkheid is de opmaat voor de regeling van de aansprakelijkheid. Het beginsel van collectief bestuur leidt ertoe dat alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor onbehoorlijk bestuur, ook als een kwestie tot de taak van een bepaalde bestuurder behoorde.

3.4.4 Disculpatie

Er bestaat wel de mogelijkheid tot individuele disculpatie (bewijs van afwezigheid van schuld). Disculpatie is mogelijk wanneer een bestuurder – mede gelet op de taakverdeling – geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij daarnaast niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. Wanneer een bestuurder waarneemt dat een medebestuurder zijn taken niet goed vervult en daardoor onbehoorlijk bestuur dreigt, zal die bestuurder moeten ingrijpen om beroep te kunnen blijven doen op de disculpatiegrond, ook wanneer de desbetreffende taak slechts aan de medebestuurder is toebedeeld.

3.4.5 Tegenstrijdig belang

Behoorlijk bestuur houdt onder meer in dat een bestuurder zich bij tegenstrijdig belang richt op het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming. Of sprake is van een tegenstrijdig belang, moet van geval tot geval worden beoordeeld. In bijvoorbeeld een overnamesituatie, waarin wordt onderhandeld over de toekomst van de vennootschap en alle daarbij betrokkenen, is alertheid van bestuurders en commissarissen op een mogelijk tegenstrijdig belang gepast, onder meer in het geval een bestuurder een vergoeding in het vooruitzicht is gesteld bij het welslagen van de overname.

Voor BV's en NV's is voorgesteld daarover in artikel 2:129/239 lid 5 en 6 Boek 2 BW de volgende regeling op te nemen:

1. Bij de vervulling van hun taak richten de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.
2. Een bestuurder neemt niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen. Bij ontbreken van een raad van commissarissen, wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen.

Het wetsvoorstel regelt anders dan nu expliciet dat bestuurders van NV's en BV's zich bij de vervulling van hun taak moeten richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Volgens de MvT geldt deze norm voor iedere bestuurder. Het maakt daarbij niet uit of zijn taak uitvoerend of algemeen/toezichhoudend is.

De bepaling over het nemen van een bestuursbesluit bij een tegenstrijdig belang is bij het ontbreken van een raad van commissarissen van regelend recht. De door de wetgever vermelde oplossing – de raad van commissarissen treedt op – kan in de statuten worden vervangen door een andere regeling, zelfs een waarbij de bestuurder bevoegd blijft. De algemene vergadering blijft steeds bevoegd een andere vertegenwoordiger aan te wijzen, ook als er een statutaire regeling is.

3.4.6 Interne taakverdeling

De bestuurstaken kunnen onderling worden verdeeld. Zo kunnen een of meer bestuurders zich in het bijzonder bezighouden met de dagelijkse leiding van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Deze bestuurders worden aangeduid als 'uitvoerend bestuurder'. Bestuurders aan wie geen specifieke uitvoerende taken zijn opgedragen, hebben als hoofdtaak het algemeen besturen. Deze bestuurders worden aangeduid als 'niet uitvoerend bestuurder'. Taken die niet specifiek aan individuele bestuurders zijn toebedeeld, vallen toe aan het bestuur als geheel, dat wil zeggen aan zowel de niet uitvoerende als de uitvoerende bestuurders. Deze opzet voorkomt dat onbenoemde taken tussen wal en schip kunnen vallen. Een taakverdeling en het vormen van een uitvoerend bestuur laten onverlet dat de verantwoordelijkheid, ook voor de taakuitoefening door uitvoerende bestuurders, blijft berusten bij het bestuur. Bestuurders kunnen bij de uitoefening van hun taak worden bijgestaan door andere functionarissen die uitvoerende taken verrichten; die andere functionarissen zijn daarmee nog geen lid van het bestuur.

De mogelijkheid over te gaan tot een interne taakverdeling is als volgt in het wetsvoorstel vormgegeven:

Artikel 2: 129a/239a

1. Bij de statuten kan worden bepaald dat de bestuurstaken worden verdeeld over één of meer niet uitvoerende bestuurders en één of meer uitvoerende bestuurders. De taak om toezicht te houden op de taakuitoefening door bestuurders kan niet door een taakverdeling worden ontnomen aan niet uitvoerende bestuurders. Het voorzitterschap van het bestuur, het doen van voordrachten voor benoeming van een bestuurder en het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders kan niet aan een uitvoerende bestuurder worden toebedeeld. Niet uitvoerende bestuurders zijn natuurlijke personen.
2. De uitvoerende bestuurders nemen niet deel aan de besluitvorming over het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders.

3. Bij of krachtens de statuten kan worden bepaald dat een of meer bestuurders rechtsgeldig kunnen besluiten omtrent zaken die tot zijn respectievelijk hun taak behoren. Bepaling krachtens de statuten geschiedt schriftelijk.

De wet gaat uit van besluitvorming door het bestuur. Zonder nadere wettelijke regeling kunnen met een bepaalde taak belaste leden van het bestuur dus niet zelfstandig besluiten nemen die als bestuursbesluiten hebben te gelden.

In deze situatie brengt de regeling van art. 2:129a/239a lid 3 verandering. Lid 3 brengt deze mogelijkheid aan door uitdrukkelijk te bepalen dat door het bestuur aan bestuurders bevoegdheden kunnen worden toegekend, die zij alleen of samen kunnen uitoefenen. In dat geval wordt een besluit over bepaalde onderwerpen, dat door een of meer bestuurders is genomen, toegerekend aan het bestuur. Daardoor geldt hun besluit als een besluit van het collectieve bestuur.

De MvT geeft aan dat alle bestuursleden zich dienen te realiseren dat ondanks deze toerekening hun gezamenlijke verantwoordelijkheid voor het besluit volledig in stand blijft. Het ligt voor de hand dat zij zich regelmatig op de hoogte stellen van de wijze waarop door bestuurders met deze bevoegdheid wordt omgegaan. Desgewenst kan in de statuten worden bepaald op welke wijze aan de informatiebehoefte van andere bestuurders tegemoet dient te worden gekomen. De regeling van de aansprakelijkheid vindt zijn basis in artikel 2:9 lid 2 BW (wetsontwerp).

3.4.7 Stand van zaken nieuwe wetgeving

De Tweede Kamer is in december 2009 akkoord gegaan met het wetsvoorstel flex BV alsmede met het wetsvoorstel bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen. Beide wetsvoorstellen zijn in behandeling bij de Eerste Kamer. Waarschijnlijk wordt dit medio 2011. De beoogde inwerking per 1 januari 2011 zal niet worden gehaald.

De wet gaat uit van
besluitvorming door
het gehele bestuur.



4 Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad

4.1 Inleiding

Volgens de wet is degene die tegenover een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden (zie art. 6:162 BW). Onder bijzondere omstandigheden kunnen een of meer personen, zoals bestuurders, commissarissen of aandeelhouders op grond van een onrechtmatige daad persoonlijk aansprakelijk zijn voor de schade die het gevolg is van een onrechtmatige daad van de rechtspersoon. Dit wordt wel *doorbraak van aansprakelijkheid* (naar de betrokken persoon op grond van onrechtmatige daad) genoemd.

4.2 Bestuurders

4.2.1 Individuele aansprakelijkheid

Van een onrechtmatige daad van een bestuurder is sprake, indien hij als bestuurder inbreuk maakt op het recht van een derde, en wanneer een bestuurder iets doet of nalaat in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens *ongeschreven* recht in het maatschappelijk verkeer betaamt; tenzij sprake is van de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.

Het moet gaan om een onrechtmatige daad die aan een individuele bestuurder (persoonlijk) valt toe te rekenen. Het betreft de aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een *derde*, iemand van buiten de rechtspersoon, bijvoorbeeld een crediteur.

De derde moet aantonen dat het handelen van de bestuurder(s) onrechtmatig was en de aangesproken bestuurder(s) daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het betreft een *individuele* aansprakelijkheid. Tevens moet sprake zijn van schade. Daarnaast moet de derde bewijzen dat er een (oorzakelijk) verband is tussen de onrechtmatige daad en de door hem geleden schade.

4.2.2 Wanprestatie of onrechtmatige daad rechtspersoon, onrechtmatige daad bestuurder

Indien *de rechtspersoon* een *onrechtmatige daad* of *wanprestatie* pleegt loopt de bestuurder die de rechtspersoon vertegenwoordigde het risico naast de rechtspersoon te worden aangesproken wegens *onrechtmatige daad*.

Volgens rechtspraak kan een derde die schade lijdt door wanprestatie van de rechtspersoon de bestuurder wegens onrechtmatige daad aanspreken als de bestuurder op het moment van het aangaan van de overeenkomst weet of redelijkerwijs behoort te begrijpen dat de rechtspersoon deze verplichting niet zal kunnen nakomen en geen verhaal zal bieden voor ten gevolge van de wanprestatie te lijden schade.

Voorbeeld

Pietersen is directeur van Beek BV. Voorjaar 2008 heeft Aken een partij goederen verkocht aan Beek BV. Deze partij goederen heeft Beek BV niet betaald. Overeen werd gekomen dat de partij goederen zou worden doorverkocht. Juni 2008 is de partij doorverkocht aan Cremers BV. Cremers BV kon zich beroepen op compensatie, zodat deze verkoop niet resulteerde in betaling in geld aan Beek BV. April 2009 is Beek BV failliet verklaard. Aken BV stelt Pietersen persoonlijk aansprakelijk en vordert betaling door Pietersen van hetgeen Beek BV aan Aken BV verschuldigd is.

In een dergelijke situatie is sprake van onrechtmatig handelen van Pietersen, indien deze bij het aangaan van de overeenkomst als bestuurder van Beek BV wist, of redelijkerwijze behoorde te begrijpen, dat Beek BV niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die Aken BV ten gevolge van die wanprestatie zou lijden.

Onder omstandigheden kan sprake zijn van persoonlijke aansprakelijkheid van een *bestuurder/enig aandeelhouder* uit onrechtmatige daad bij wanprestatie van de rechtspersoon. Hierbij kan onder meer van belang zijn of sprake was van overheersende bestuursinmenging en nauwe betrokkenheid bij de totstandkoming van de betreffende overeenkomst (naast de wetenschap of voorzienbaarheid van wanprestatie). Wanneer een bestuurder ten koste van een crediteur bewust voordeel haalt uit de wanprestatie van de rechtspersoon is dat ook onrechtmatig.

Een bestuurder handelt eveneens onrechtmatig, wanneer hij zich schuldig maakt aan zogenaamde *betalingsonwil*. Deze situatie doet zich voor als de

rechtspersoon over geldmiddelen beschikt of de beschikking kan krijgen, maar de bestuurder deze mogelijkheden niet aanwendt om de crediteur(en) van de rechtspersoon te betalen.

Voorbeeld

Jansen heeft krachtens een vonnis van de kantonrechter een bedrag aan loon te vorderen van de Vrienden van Antiekie Zeilboten BV. Karelsen is de enige bestuurder en heeft de volledige zeggenschap over deze BV. Jansen heeft geconstateerd dat de BV geen voor verhaal vatbare vermogensbestanddelen heeft voor het betalen van zijn loonvordering. Jansen vordert in kort geding veroordeling van Karelsen in privé tot betaling van het door de Vrienden van Antiekie Zeilboten BV aan Jansen verschuldigde bedrag aan loon. Jansen stelt dat Karelsen onrechtmatig jegens hem handelt, omdat hij het loon niet uitbetaalt. Karelsen handelt als bestuurder van de BV onrechtmatig, indien:

De veronderstelde betalingsonmacht gepaard gaat of zelfs haar oorzaak vindt in betalingsonwil. Karelsen dient aannemelijk te maken dat de BV niet in staat is te betalen;

De betaling plaats kan vinden uit gelden die de rechtspersoon ter beschikking staan krachtens een bestaande of nog te verkrijgen kredietfaciliteit. De betaling van een schuld hoeft niet noodzakelijk te geschieden met voor verhaal vatbare vermogensbestanddelen. Niet is uitgesloten, dat degene die de volledige zeggenschap heeft over de rechtspersoon, onrechtmatig handelt als hij nalaat ervoor te zorgen, dat van zo'n kredietfaciliteit gebruik wordt gemaakt. In dit geval kan Karelsen als enig bestuurder van de Vrienden van Antiekie Zeilboten BV gebruikmaken van de kredietfaciliteit.

Onrechtmatigheid van een bestuurder wordt ook wel aangenomen als de bestuurder bewust ten nadele van één of meer bepaalde crediteur(en) heeft gehandeld.

4.2.3 Milieuschade

De overheid vraagt steeds meer aandacht van bedrijven voor het milieu. Een voorbeeld hiervan is de verplichting voor grote bedrijven een milieuvlag op te stellen. Aandacht verdient ook de persoonlijke aansprakelijkheid die voor bestuurders kan ontstaan voor milieuschade. Het voert in dit verband te ver om hierop nader in te gaan. Wel wijzen wij erop dat de meeste bestuurdersaansprakelijkheidsverzekeringen de schade ontstaan door verontreiniging van bodem, lucht en water, met inbegrip van alle direct of indirect daaruit voortvloeiende vermogensschade uitsluiten van dekking.

4.3 Commissarissen

4.3.1 Individuele aansprakelijkheid

Ook commissarissen kunnen door derden worden aangesproken op grond van onrechtmatige daad. In het algemeen zal deze situatie pas aan de orde zijn wanneer commissarissen ernstig tekortschieten in hun toezichhoudende taak. Onrechtmatig kan bijvoorbeeld zijn het verlenen van - statutair vereiste - toestemming voor het doen van een aankoop, terwijl commissarissen ervan op de hoogte zijn dat de rechtspersoon niet aan zijn verplichtingen kan voldoen.

Voorbeeld

Het bestuur van de BV Rollende Wielen verzoekt de commissarissen - een statutair vereiste - toestemming te geven voor uitbreiding van het wagenpark met twee auto's, zodat meer cliënten kunnen worden vervoerd. De commissarissen geven hun toestemming terwijl ze ervan op de hoogte zijn dat de BV niet aan haar verplichtingen, het betalen van de twee auto's, zal kunnen voldoen.

Een commissaris kan jegens een bestuurder een onrechtmatige daad plegen door in strijd te handelen met de zorgvuldigheid welke hem jegens de bestuurder betaamt.

Voorbeeld

Een commissaris maakt lichtvaardig gebruik van zijn bevoegdheid de directeur (bestuurder) te schorsen. Hij doet dit echter op gronden die deze schorsing niet rechtvaardigen. Door lichtvaardig gebruik te maken van zijn bevoegdheid tot schorsing op gronden die deze schorsing niet rechtvaardigen pleegt de commissaris een onrechtmatige daad jegens de directeur, omdat hij in strijd handelt met de zorgvuldigheid welke hem jegens de directeur (bestuurder) betaamt.

Het geven van een
verkeerde voorstelling
van zaken kan
als onrechtmatig
handelen worden
aangemerkt.

5 Misleidende verslaggeving (bijzondere actie uit onrechtmatige daad)

5.1 Inleiding

Bestuurders kunnen naar buiten een verkeerde voorstelling van zaken geven van de (financiële) toestand van de rechtspersoon. Dit kan als onrechtmatig handelen worden aangemerkt. Zo kan het uitbrengen van een misleidende prospectus als zodanig worden gekwalificeerd. Ook commissarissen kunnen, indien zij daarbij in hun toezichthoudende taak tekort zijn geschoten, onrechtmatig hebben gehandeld.

Voor het publiceren van misleidende cijfers in de *financiële stukken* geeft het rechtspersonenrecht een speciale regeling voor de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen van BV's en NV's en commerciële verenigingen en stichtingen (commercieel betekent in dit verband verenigingen en stichtingen die aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen). Wij gaan hier nader op in.

5.2 Bestuurders

5.2.1 Misleidende jaarstukken en tussentijdse cijfers, hoofdelijke aansprakelijkheid

Indien bij een naamloze of besloten vennootschap door de jaarrekening, door het jaarverslag of door tussentijdse cijfers een *misleidende voorstelling* wordt gegeven van de toestand van de naamloze of besloten vennootschap, zijn de bestuurders tegenover derden hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die deze dientengevolge hebben geleden.

Bestuurders van commerciële verenigingen en stichtingen kunnen *in geval van faillissement* aansprakelijk worden gesteld voor een *misleidende voorstelling* van de cijfers in de financiële (jaar)stukken. Indien door – het (vrijwillig) openbaren van – de jaarrekening, het jaarverslag of tussentijdse cijfers een misleidende voorstelling wordt gegeven van de toestand van de vereniging of de stichting, zijn de bestuurders tegenover derden hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die deze derden dientengevolge hebben geleden.

5.2.2 Omkering bewijslast

Staat het misleidende karakter van de bekendgemaakte stukken vast, dan is elke bestuurder tegenover derden hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die dezen als gevolg van de misleiding hebben geleden. De bestuurder die *bewijst* dat de misleiding aan hem niet is 'te wijten' is niet aansprakelijk. In deze regeling van de omkering van de bewijslast zit de verhoogde kans op aansprakelijkheid.

5.2.3 Derden

Onder derden kan hier worden verstaan crediteuren die vertrouwd hebben op de solvabiliteit van de rechtspersoon, of subsidiegevers die afgaan op de vermogenspositie en/of het gepresenteerde resultaat. Ook werknemers die niet in dienst van de rechtspersoon zouden zijn getreden als zij op de hoogte waren geweest van haar wankel 'toestand', kunnen hiertoe worden gerekend. Aandeelhouders kunnen eveneens onder deze derden worden begrepen.

5.2.4 Publicatie

De aansprakelijkheid kan uitsluitend voortkomen uit misleidende of ontbrekende gegevens in stukken die zijn bekendgemaakt. Onder bekendmaking wordt in dit verband niet alleen verstaan de publicatie door het deponeren van (gedeelten van) de jaarrekening en het jaarverslag bij de Kamer van Koophandel, maar elke verstrekking van deze informatie aan derden, bijvoorbeeld crediteuren, subsidiegevers of banken. Derden mogen van tussentijdse cijfers niet dezelfde nauwkeurigheid verwachten als van de cijfers in de jaarstukken, maar ook hier levert misleiding een onrechtmatige daad op.

5.2.5 Verantwoordelijkheid voor gepubliceerde stukken

Voor de aansprakelijkheid op grond van misleiding is nodig dat de bestuurders verantwoordelijk zijn voor de stukken of cijfers, omdat zij deze hebben opgemaakt en waar vereist ondertekend. Een bestuurder die geweigerd heeft de jaarrekening mede te ondertekenen met de motivering dat zij op bepaalde concreet aangeduide punten een misleidende voorstelling van zaken gaf, kan gedisciplineerd zijn. De bestuurders zijn niet verantwoordelijk en derhalve evenmin aansprakelijk voor de vaststelling door een daartoe bevoegd orgaan (bij BV en NV de algemene vergadering) waarbij wordt afgeweken van de door de bestuurders opgemaakte

jaarrekening. De algemene vergadering kan de opgemaakte jaarrekening (doen) wijzigen alvorens deze vast te stellen. Zuiverder is het, indien de algemene vergadering niet instemt met de door het bestuur opgemaakte jaarrekening, dat de algemene vergadering het bestuur verzoekt de jaarrekening aan te passen en de aldus gewijzigd opgemaakte jaarrekening vervolgens opnieuw ter vaststelling aan de algemene vergadering aan te bieden.

5.2.6 Misleidende voorstelling

Er is sprake van een misleidende voorstelling, indien op 'onbehoorlijke wijze' een onjuist beeld van de toestand van de rechtspersoon wordt gegeven. Niet iedere onvolkomenheid voert echter tot misleiding. Er moet een andere voorstelling zijn verstrekt dan naar algemene opvatting (wat naar wet en verkeersnorm betaamt) behoort te worden gegeven.

Niet alleen een te gunstige ook een te ongunstige voorstelling van zaken kan als misleiding worden aangemerkt. Een misleiding in de zin van het bewust versluieren van de werkelijke stand van zaken kan zo ernstig zijn dat dit in het kader van een enquêteprocedure als strijdig met de elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap ook wanbeleid van de rechtspersoon oplevert. Daarbij dient te worden bedacht dat een goedkeurende accountantsverklaring de eigen verantwoordelijkheid en de daaruit eventueel voortvloeiende aansprakelijkheid van de bestuurder(s) niet opheft.

5.2.7 Draagplicht en regres

De uiteindelijke interne draagplicht voor de schade is voor ieder van de bestuurders gelijk, tenzij de mate van verwijtbaarheid verschilt of om andere redenen een andere verdeling billijk is. Degene die te veel heeft betaald op grond van de hoofdelijkheid heeft regres op anderen voor zover die betaling zijn draagplicht te boven gaat.

Voorbeeld

De bestuurders A, B en C van de Extra Polartex BV zijn gezamenlijk aansprakelijk voor € 150 000. Ieder der bestuurders is voor een gelijk deel € 50 000 draagplichtig. Indien bestuurder A € 80 000 en bestuurder B € 70 000 heeft betaald, heeft bestuurder A voor € 30 000 en bestuurder B voor € 20 000 regres op bestuurder C.

5.2.8 Strafrechtelijke aansprakelijkheid

Naast de civielrechtelijke aansprakelijkheid kan er ook sprake zijn van *strafrechtelijke aansprakelijkheid*. Voor deze aansprakelijkheid is vereist dat de bestuurders de opzet hadden een onware (misleidende) voorstelling van zaken te geven. Voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid is niet vereist dat bepaalde personen inderdaad zijn misleid.

5.3 Commissarissen

5.3.1 Misleidende jaarrekening, hoofdelijke aansprakelijkheid

Er is ook een afzonderlijke wettelijke regeling over de aansprakelijkheid van commissarissen van BV's en NV's en in geval van faillissement over de commissarissen van verenigingen en stichtingen die aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen voor misleidende verslaggeving. Zij zijn, naast de bestuurders, hoofdelijk aansprakelijk voor de schade, door derden geleden ten gevolge van een misleidende voorstelling van de toestand van de rechtspersoon in de *jaarrekening*. Deze afzonderlijke aansprakelijkheid van commissarissen geldt niet voor een misleidende voorstelling van zaken in het jaarverslag of in tussentijdse cijfers. Dit in tegenstelling tot de situatie bij bestuurders, tenzij de commissarissen de inhoud daarvan door medeondertekening voor hun rekening nemen.

Indien de commissarissen de jaarrekening niet (mede) hebben ondertekend kunnen zij toch het risico lopen aansprakelijk te worden gesteld op grond van onbehoorlijke taakvervulling of onrechtmatige daad. Zie de hoofdstukken 3 en 4.

5.3.2 Omkering bewijslast

Ten aanzien van een misleidende voorstelling in de *jaarrekening* kan een commissaris zich disculperen, indien hij *bewijst* dat de misleidende voorstelling niet te wijten is aan een tekortkoming van zijn kant in het toezicht (ook hier is sprake van omkering van de bewijslast). Hij is dan niet aansprakelijk.

5.3.3 Toezicht houden

Het tegenbewijs dient dus te worden geleverd ten aanzien van de specifieke - toezichthoudende - taak van de commissarissen. De bewijsvoering kan voor commissarissen in sommige situaties gemakkelijker zijn dan voor bestuurders. Indien bijvoorbeeld een tot wettelijke controle bevoegde accountant de jaarrekening heeft gecontroleerd en daarbij een goedkeurende accountantsverklaring verstrekt, mogen commissarissen er in de regel van uitgaan dat de jaarrekening een getrouw beeld geeft.

Hoewel de commissarissen hoofdelijk aansprakelijk zijn, naast de bestuurders, zal de uiteindelijke draagplicht voor de schade wellicht veelal op de bestuurders rusten, omdat het bestuur de jaarrekening opmaakt en de misleidende voorstelling derhalve doorgaans aan hen verwijtbaar is. Dit zal anders komen te liggen indien commissarissen bijvoorbeeld de misleidende voorstelling uitlokken, dan wel bewust accepteren. Volgens de Ondernemingskamer kan het door de raad van commissarissen in de jaarrekening welbewust versluieren van de werkelijke stand van zaken onder omstandigheden wanbeleid opleveren.

5.3.4 Strafrechtelijke aansprakelijkheid

Ook voor commissarissen geldt dat naast de civielrechtelijke aansprakelijkheid sprake kan zijn van *strafrechtelijke aansprakelijkheid*, zie §5.2.

‘Wie stelt, bewijst’.

6 Externe aansprakelijkheid op grond van antimisbruikwetgeving

6.1 Inleiding antimisbruikwetgeving

Een rechtspersoon moet de verplichtingen die hij aangaat nakomen.

De rechtspersoon is in principe de eerste die kan worden aangesproken voor de schulden die hij heeft gemaakt. Toch kan het voorkomen dat bestuurders als vertegenwoordigers van de rechtspersoon naast of in plaats van de rechtspersoon aansprakelijk worden gesteld. Ook commissarissen kunnen in verband met het falen bij hun taakuitoefening aansprakelijk worden gesteld. In bepaalde situaties kunnen bestuurders en commissarissen dus persoonlijk aansprakelijk worden gesteld voor schade die het gevolg is van de wijze waarop zij hun taak hebben vervuld.

Doel van de antimisbruikwetten is tegengaan dat personen misbruik maken van de beperkte aansprakelijkheid van rechtspersonen. Het procesrecht gaat uit van het beginsel 'Wie stelt, bewijst'. Dit houdt in dat de persoon die stelt dat een andere persoon hem iets is verschuldigd of schade heeft berokkend waarvoor hij schadevergoeding wenst, dit ook dient te bewijzen. De persoon die in een rechtsgeding het bewijs moet leveren heeft de moeilijkste positie.

In de antimisbruikwetten heeft de wetgever het middel 'omkering van de bewijslast' en 'aannemelijk maken' gebruikt om bestuurders en commissarissen schadeplichtig te kunnen laten zijn zonder dat gedupeerden veel hinder ondervinden van bewijslastproblemen. Van 'omkering van de bewijslast' of 'aannemelijk maken' is slechts sprake in door de antimisbruikwetten geregelde gevallen en in de daar genoemde situaties.

Voorbeeld

In art. 2:138 BW is onder meer het volgende opgenomen over aansprakelijkheid van bestuurders van een naamloze vennootschap als gevolg van faillissement van de rechtspersoon:

1. In geval van faillissement van de naamloze vennootschap is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement;
2. 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.

Wat betreft de bewijslastverdeling zijn twee verschillende situaties te onderscheiden:

Lid 1: De curator moet bewijzen dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk maken dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Aannemelijk maken gaat minder ver dan bewijzen; de bewijslast is dus geringer voor de curator;

Lid 2: Hier is eveneens sprake van faillissement én het bestuur heeft niet voldaan aan zijn boekhoud-, balans- of bewaarplicht of publicatieverplichtingen. De wet gaat er in deze situatie zonder meer van uit dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. De curator hoeft dat niet meer te bewijzen; het is een vaststaand feit. De bestuurders kunnen hier niets tegen inbrengen. De bestuurders kunnen nog wel proberen het vermoeden te weerleggen dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De curator hoeft in deze situatie niet aannemelijk te maken dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. In het tweede lid is de bewijssituatie voor de curator nog aanmerkelijk beter dan in het eerste lid. Voor de bestuurders is duidelijk sprake van een aanmerkelijke bewijslastverzwaring.

Op bestuurders en commissarissen van een vereniging of stichting die aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen, zijn in geval van faillissement van de rechtspersoon via een schakelbepaling (van art. 2:50a / 300a BW) de Wet bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement (WBF) (art. 2: 131, 138 en 149 BW) en de wettelijke bepalingen over het geven van een misleidende voorstelling van de cijfers (art. 2:139 en 150 BW) van toepassing.

Indien geen sprake is van faillissement kunnen bestuurders en commissarissen van een vereniging of stichting bij het geven van een misleidende voorstelling van de toestand van de rechtspersoon wél schadeplichtig zijn, maar is de persoon die hiervan schade ondervindt aangewezen op de bewijslastverdeling van het burgerlijk procesrecht (art. 150 Rv).

Zie voor meer informatie hoofdstukken 5,7 en 8.



7 Wet bestuurdersaansprakelijkheid (WBA) voor belasting- en premieschulden, tweede antimisbruikwet

Bestuurdersaansprakelijkheid die betrekking heeft op aansprakelijkheid als gevolg van het niet voldoen aan belasting- en premieafdrachten is tot stand gekomen als de Wet bestuurdersaansprakelijkheid (WBA) oftewel de tweede antimisbruikwet. De regeling is na wijziging van enkele processuele aspecten opgenomen in de Invorderingswet 1990.

7.1 Bestuurders

Kern van de WBA is dat ieder van de bestuurders van een rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam dat volledig rechtsbevoegd is en aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen, hoofdelijk aansprakelijk is voor de loonbelasting, de omzetbelasting, de accijns (enz.), de sociale verzekeringspremies, de verplichte pensioenbijdragen en de belastingen op grond van de Wet belastingen op milieugrondslag (in de zin van de Algemene wet inzake rijksbelastingen). De WBA is een fiscale wet.

De WBA wordt in deze publicatie genoemd om te wijzen op het belang van een tijdige melding bij betalingsonmacht wat betreft de genoemde premies en belastingen.

7.1.1 Tijdige melding betalingsonmacht

Indien blijkt dat de rechtspersoon niet tot betaling van de verschuldigde loonbelasting, omzetbelasting, premies en belastingen op grond van de Wet belastingen op milieugrondslag in staat is, moet deze betalingsonmacht tijdig (binnen twee weken na de datum waarop de premies en/of belasting moeten zijn betaald) en op de juiste wijze worden gemeld aan het betrokken uitvoeringsorgaan. Iedere bestuurder is verantwoordelijk voor en bevoegd tot het melden. Bij de melding zijn twee fasen te onderscheiden:

1. onder opgave van redenen moet schriftelijk aan het uitvoeringsorgaan en de fiscus mededeling worden gedaan van de betalingsonmacht of betalingsvertraging;
2. desgevraagd moeten nadere inlichtingen worden verstrekt of boeken en andere bescheiden aan het uitvoeringsorgaan en de fiscus ter inzage worden gegeven, althans voor zover dit voor de vaststelling van de oorzaak van de betalingsonmacht of voor de bepaling van de financiële positie van de premie- en/of belastingsschuldige rechtspersoon van belang is.

De meldingsplicht blijft bestaan wanneer de meldingstermijn na faillissement van de rechtspersoon is verstreken. Een verzoek tot uitstel van betaling houdt niet automatisch in dat hiermee een melding van betalingsonmacht wordt gedaan.

7.1.2 Niet-naleving meldingsplicht: omkering bewijslast

Indien niet of niet juist is gemeld, wordt vermoed dat de niet-betaling aan de bestuurder is te 'wijten'. Deze wordt dan in beginsel aansprakelijk gesteld voor de schulden ontstaan in een periode van drie jaar voorafgaande aan het tijdstip waarop de rechtspersoon in gebreke is gebleven. Daarbij leidt niet-naleving van de eerste of tweede fase van de meldingsplicht, zoals hiervoor beschreven, voor de bestuurders tot omkering van de bewijslast: behoudens tegenbewijs wordt vermoed dat de betalingsonmacht van de rechtspersoon te wijten is aan kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het tegenbewijs is voor een bestuurder moeilijk te leveren. Op grond van de wettelijke regeling zijn twee hindernissen te nemen.

De bestuurder dient:

1. aan te tonen dat het 'niet-melden' niet aan hem is te wijten;
2. aannemelijk te maken dat de betalingsonmacht niet is te wijten aan zijn kennelijk onbehoorlijke bestuur in de periode van drie jaren voorafgaande aan de betalingsonmacht.

Alleen in uitzonderingssituaties zal het een bestuurder lukken aan te tonen dat het niet-melden niet aan hem is te wijten, bijvoorbeeld als gevolg van een ziekte of een zakenreis, waardoor hij op het kritieke moment niet zelf tot de melding in staat is geweest. Ook kan de situatie zich voordoen dat een bestuurder niet van de betalingsonmacht op de hoogte was, omdat hij kortgeleden als bestuurder is aangesteld.

7.1.3 Tijdige melding: geen omkering bewijslast

Heeft de rechtspersoon voldaan aan de meldingsplicht, dan is de bestuurder aansprakelijk indien aannemelijk is dat de niet-betaling aan hem 'te wijten' is als gevolg van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar, voorafgaande aan het tijdstip van de mededeling. Indien de betalingsonmacht wel is gemeld, vindt dus geen omkering van de bewijslast plaats.

De uitvoeringsinstantie heeft in die situatie wel een iets eenvoudiger bewijslast,

aangezien de uitvoeringsinstantie slechts aannemelijk hoeft te maken dat de niet-betaling aan de bestuurder is te wijten, maar dit niet moet bewijzen. De fiscus en het uitvoeringsorgaan moeten aantonen dat de betalingsonmacht is te wijten aan het kennelijk onbehoorlijke bestuur van de bestuurder in de afgelopen drie jaren. In situaties van kennelijk onbehoorlijk bestuur kan een bestuurder zijn aansprakelijkheid dus niet ontlopen door snel melding te maken van de betalingsonmacht.

Voorbeeld Niet-tijdige melding

De administratie van de Stichting Peuterspeelzalen constateert dat op 31 maart de verplichte sociale premies en pensioenpremies niet kunnen worden betaald. Het bestuur van de stichting meldt op de juiste manier aan de juiste instantie de betalingsonmacht op 24 april daaropvolgend. Betalingsonmacht dient binnen twee weken nadat de betaling had moeten plaatsvinden te worden gemeld. De melding had dus uiterlijk 14 april moeten plaatsvinden. Het gevolg is nu, dat door de te late melding, omkering van de bewijslast voor de bestuurders plaatsvindt. Dat is een oncomfortabele uitgangsspositie. Om niet aansprakelijk te zijn, dient een bestuurder aan te tonen dat het 'niet-melden' niet aan hem is te wijten. Tevens moet hij aannemelijk maken dat de betalingsonmacht niet is te wijten aan zijn kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar voorafgaande aan de betalingsonmacht.

Voorbeeld Tijdige melding

Bij de Stichting Kinderopvang constateert de administratie dat op 31 maart de verplichte sociale premies en pensioenpremies niet kunnen worden voldaan. Het bestuur van de stichting meldt op de juiste manier aan de juiste instanties de betalingsonmacht op 12 april daaropvolgend. De melding van de betalingsonmacht is op tijd. Een bestuurder is aansprakelijk indien aannemelijk is, dat niet-betaling aan hem 'te wijten' is als gevolg van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar, voorafgaande aan het tijdstip van de mededeling. De bestuurder hoeft dus niet aan te tonen dat het niet-melden niet aan hem te wijten is. De uitvoeringsinstanties moeten aannemelijk maken, niet bewijzen, dat de niet-betaling aan kennelijk onbehoorlijk bestuur van de betreffende bestuurder is te wijten.

7.1.4 Kennelijk onbehoorlijk bestuur

Tot het kenmerk van ‘besturen’ en ‘ondernemen’ hoort dat men keuzes maakt waarbij men risico’s loopt. Deze keuzes kunnen positief maar ook negatief uitpakken. Volgens de toelichting op de WBA wordt ondoordacht, onzakelijk of onverstandig bestuur, ondanks dat dit negatief voor de (schuldeisers van de) rechtspersoon kan uitvallen, op zich niet onbehoorlijk geacht. In de term ‘onbehoorlijk’ dient vooral het element van verwijtbaarheid te worden gelezen. Het gaat om gedrag dat in het bijzonder ten aanzien van de schuldeisers als kennelijk onbehoorlijk moet worden aangemerkt. Dit moet worden beoordeeld naar het moment waarop is beslist. Van kennelijk onbehoorlijk bestuur in het kader van de tweede antimisbruikwet kan worden gesproken, als geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus zou hebben gehandeld.

7.1.5 Hoofdelijke aansprakelijkheid formele bestuurders

Elke bestuurder kan hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor onbetaald gebleven belasting- en premieschulden. Het aanvaarden van een bestuursfunctie in een meerhoofdig bestuur, dat als zodanig verantwoordelijk is voor de gang van zaken in een rechtspersoon (onderneming) brengt een zeker risico met zich. Het zal voor een individuele bestuurder niet eenvoudig zijn genoemd ‘vermoeden van schuld’ te weerleggen. Wanneer de bestuurder die financiën in zijn portefeuille heeft zich niet houdt aan de intern afgesproken instructies en procedures, kunnen de overige bestuurders hem op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk stellen voor de door hen geleden schade. Eerst wanneer de rechtspersoon met de betaling van de belasting of de (voorschot)premie in gebreke is, kan een bestuurder worden aangesproken. De bestuurder die op grond van aansprakelijkstelling de verschuldigde bedragen heeft betaald, heeft hiervoor verhaal op de rechtspersoon die met de betaling daarvan in gebreke is. Indien dit verhaal geheel of gedeeltelijk onmogelijk blijkt en twee of meer personen hoofdelijk aansprakelijk zijn, moeten zij onderling voor gelijke delen in het onvoldaan gebleven deel bijdragen.

7.1.6 Hoofdelijke aansprakelijkheid andere betrokkenen

Naast de formele bestuurders van de rechtspersoon (degenen die als zodanig staan ingeschreven in het handelsregister) kunnen ook de gewezen bestuurders (de formele bestuurders in de periode dat de schuld is ontstaan), de medebeleidsbepalers (feitelijk leidinggevenden), iedere bestuurder van een lichaam in de zin van de Algemene wet inzake rijksbelastingen en de door de rechtspersoon met de vereffening belaste personen aansprakelijk worden gesteld voor schulden uit hoofde van belastingen en premies.

De door de rechter benoemde bewindvoerder of vereffenaar kan niet aansprakelijk worden gesteld op grond van de WBA. De aansprakelijkheid van de gewezen bestuurder beperkt zich tot de schulden die tijdens zijn bestuur zijn ontstaan.

7.2 Commissarissen

Commissarissen kunnen niet rechtstreeks aansprakelijk worden gesteld voor de door een rechtspersoon verschuldigde en onbetaald gebleven belasting- en premieschulden. Commissarissen kunnen wel aansprakelijk worden gesteld, indien de bestuurders van de rechtspersoon geen melding hebben gemaakt van hun betalingsonmacht en de commissarissen verzuimd hebben toe te zien op het voldoen aan de meldingsplicht.

Het moet
aannemelijk zijn dat
de onbehoorlijke
taakvervulling een
belangrijke oorzaak is
van het faillissement.

8 Wet bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement (WBF)

8.1 Inleiding

Kern van de WBF (derde antimisbruikwet) is dat in geval van faillissement van een NV, BV of vennootschapsbelastingplichtige vereniging of stichting de bestuurders en commissarissen het risico lopen voor het bedrag van de schulden aansprakelijk te worden gesteld, voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan. Dit betekent aansprakelijk zijn voor het 'tekort' van de rechtspersoon; hiertoe behoren ook de faillissementskosten. Het bestuur respectievelijk de raad van commissarissen moet zijn taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld. Tevens moet aannemelijk zijn dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

8.2 Het bestuur

8.2.1 Positie eisers / curator

De curator moet bewijzen dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. De curator moet feiten en omstandigheden aantonen waaruit dit kan worden afgeleid. De curator hoeft niet aan te tonen welke bestuurder wel en welke niet debet is geweest aan de onbehoorlijke taakvervulling. Ook hoeven niet alle bestuurders ter zake van de aansprakelijkheid te worden gedagvaard. Indien de curator in het bewijs slaagt dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, hoeft hij slechts aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De onbehoorlijke taakvervulling hoeft dus niet de enige oorzaak van het faillissement te zijn, maar moet daaraan wel in belangrijke mate hebben bijgedragen.

8.2.2 Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling

Het begrip 'kennelijk onbehoorlijke taakvervulling' in de WBF en de WBA (tweede antimisbruikwet) zijn als gelijkwaardige begrippen te beschouwen. Het begrip 'kennelijk' duidt op een ruime marge voor het bestuur. Het moet gaan om een handelen door het bestuur dat zich kenmerkt door onverantwoordelijkheid, verwijtbare nalatigheid, onbezonnenheid, roekeloosheid of schrijnende onbekwaamheid. Bestuurders moeten anders gehandeld hebben dan van redelijk denkende bestuurders onder dezelfde omstandigheden zou mogen worden verwacht.

Enkele voorbeelden van een 'kennelijk onbehoorlijke taakvervulling' ontleend aan de jurisprudentie, zijn:

- het nemen van beslissingen met verregaande financiële consequenties zonder behoorlijke voorbereiding;
- het nalaten van een onderzoek naar de kredietwaardigheid van contractpartners met wie men belangrijke zaken doet;
- het zich niet tijdig indekken tegen duidelijk voorzienbare risico's;
- onvoldoende informeren van commissarissen;
- het missen van de kwaliteit als bestuurder op te treden;
- het niet meer toekomen aan besturen door onderlinge twist en tweespalt binnen de rechtspersoon;
- het door het bestuur uitvoering geven aan een financieel onvoldoende gedekt investeringsplan met de wetenschap van benadeling van schuldeisers;
- het door het bestuur leeghalen van de rechtspersoon in de maanden voor het faillissement.

De beoordeling of sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling wordt altijd achteraf gemaakt. Dit houdt niet in dat bestuursdaden die tot het faillissement hebben geleid alleen om die reden steeds als een onbehoorlijke taakvervulling moeten worden aangemerkt. De vraag of van een onbehoorlijke taakvervulling sprake is, moet worden beantwoord voor het moment waarop de desbetreffende bestuurshandelingen werden verricht. De wijze waarop de bestuurstaak is vervuld kan achteraf onbehoorlijk blijken te zijn, maar hoeft dat niet te zijn geweest op het tijdstip dat sprake was van de taakvervulling.

8.2.3 Boekhoud-, administratie- en 'jaarrekening' publicatieverplichting

Indien het bestuur van de gefailleerde rechtspersoon niet heeft voldaan aan zijn wettelijke boekhoud- en publicatieverplichtingen werkt dit extra verzwarend bij de aansprakelijkstelling. De wet gaat er dan van uit dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld (dit is een onweerlegbaar vermoeden, dat wil zeggen een vaststaand feit, daar is niets tegen in te brengen) en wordt vermoed (dit is een weerlegbaar vermoeden) dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De bestuurders kunnen proberen dit wettelijk vermoeden te weerleggen door aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden

dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen.

De boekhoud- en administratieplicht houdt het volgende in:

1. het bestuur moet zodanig aantekening houden van de vermogenstoestand van de rechtspersoon dat daaruit te allen tijde zijn rechten en verplichtingen kunnen worden gekend (boekhoudplicht);
2. het bestuur moet jaarlijks binnen zes maanden na afloop van het boekjaar (behoudens mogelijkheid van verlenging) een balans en een staat van baten en lasten (winst-en-verliesrekening) van de rechtspersoon opmaken (opmaakplicht);
3. de hiervoor genoemde bescheiden gedurende zeven jaren te bewaren (bewaarplicht).

Aan de boekhoud- en administratieplicht is volgens de Hoge Raad voldaan als men op enig moment snel inzicht kan krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie, en deze posities en de stand van de liquiditeiten, gezien de aard en de omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie. Dit betekent dat de boekhouding regelmatig moet worden bijgehouden en stelselmatig rekenschap moet worden gegeven van de financiële toestand van de rechtspersoon. De publicatieplicht houdt in dat de jaarrekening binnen dertien maanden na afloop van het boekjaar moet zijn gepubliceerd. De door de curator aansprakelijk gestelde bestuurder kan zich niet aan de aansprakelijkheid onttrekken door te stellen dat de boekhouding aan een derde is meegegeven en sindsdien spoorloos is. Wanneer de accountant bij de jaarstukken een goedkeurende verklaring heeft verstrekt, kan dit de bestuurder toch niet baten.

Het bestuur van een stichting stelde dat het faillissement was veroorzaakt door het stopzetten van de subsidie door de gemeente. De rechter oordeelde echter dat, voor zover het stopzetten van de subsidie als directe oorzaak van het faillissement kon worden aangemerkt, dit een direct gevolg was van het voldoen aan de wettelijke boekhoud-, balans-, en bewaarplicht. De gemeente had de subsidie juist stopgezet, omdat de stichting geen deugdelijke administratie voerde.

De publicatieplicht houdt in het deponeren van de voorgeschreven jaarstukken op het kantoor van het handelsregister dat wordt gehouden door de Kamer van Koophandel en Fabrieken (KvK). De rechtspersoon heeft de publicatieplicht, maar het ligt op de weg van het bestuur tijdig te verifiëren of de publicatievoorschriften zijn nageleefd. Indien bestuurders (een deel van) de boekhouding niet aan de curator (willen) overleggen en uit de wel overgelegde financiële bescheiden niet de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden afgeleid, komt dit feit voor hun rekening en risico.

8.2.4 Onbelangrijk verzuim

Voor het beoordelen of aan de wettelijke boekhoud- en publicatieverplichtingen is voldaan, en dus voor de vraag of de curator de in de vorige paragraaf beschreven bewijsvoordelen heeft, wordt een onbelangrijk verzuim niet in aanmerking genomen. Wat als onbelangrijk verzuim kan worden aangemerkt is tijdens de parlementaire behandeling en in de rechtspraak verder uitgekristalliseerd. Volgens de behandeling in de Tweede Kamer kan als onbelangrijk verzuim worden beschouwd dat niet alle boekhoudkundige en administratieve bescheiden, zoals bepaald door de wet, bewaard zijn gebleven. Overschrijding van de voor publicatie van de jaarrekening geldende termijn van dertien maanden met enkele dagen wordt als een onbelangrijk verzuim gezien. Of al dan niet sprake is van een onbelangrijk verzuim hangt niet alleen af van de duur van de overschrijding, maar van alle omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid. Aan deze, door de bestuurder te stellen en zo nodig te bewijzen, omstandigheden moeten hogere eisen worden gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is.

In het algemeen kan men stellen, dat indien de overtuiging bestaat dat de ondernemer een bonafide instelling heeft en een redelijke verklaring kan geven voor het verzuim, deze verklaring kan worden toegepast om de al te scherpe kantjes van het vermoeden van een onbehoorlijke taakvervulling weg te nemen. Of sprake is van een onbelangrijk verzuim hangt af van de omstandigheden van het geval.

8.2.5 Disculpatie van de bestuurder

De bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem is te wijten en die tevens bewijst dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van

maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden, is niet aansprakelijk. Hier is gebruikgemaakt van dezelfde formulering als die voor de situatie dat twee of meer bestuurders dezelfde taak hebben en zij aansprakelijk worden gesteld door de rechtspersoon (interne aansprakelijkheid op grond van onbehoorlijke taakvervulling). De rechter beoordeelt de disculpatiegronden in de concrete situatie. Hierbij zijn de omstandigheden van het geval van doorslaggevende betekenis.

In het overleg met de Tweede Kamer bleek de minister van oordeel dat een bestuurder voldoende is gedisciplineerd in het geval dat deze:

1. zijn stem onthoudt aan besluitvorming die kennelijk onbehoorlijke taakvervulling impliceert, en
2. vervolgens door af te treden zijn verdere medewerking aan die taakvervulling onthoudt.

Een bestuurder kan na terugkeer uit het buitenland worden geconfronteerd met de situatie dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. In die situatie is deze bestuurder eveneens gedisciplineerd indien hij zijn medebestuurders ertoe tracht te bewegen het slechte pad te verlaten en aftreedt als hij daarin niet slaagt. De stelling van een bestuurder slechts enkele maanden bestuurder te zijn geweest leverde volgens de rechtbank Rotterdam geen disculpatie op voor een onbehoorlijke taakvervulling. Een korte termijn bestuurderschap kan wel leiden tot rechterlijke matiging van het bedrag waarvoor men aansprakelijk is.

Het bestuur heeft als collectieve plicht de taak er naar te streven dat de rechtspersoon niet aan een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling failliet gaat. Bij schending van de boekhoud- en publicatieplicht wordt aangenomen dat ieder der bestuurders zijn bestuurstaak ook voor het overige onbehoorlijk heeft vervuld. In die situatie zal het voor een individuele bestuurder slechts in uitzonderingsgevallen mogelijk zijn zich te disculperen. De Hoge Raad spreekt van de onbehoorlijke taakvervulling van ieder der bestuurders en niet van een onbehoorlijke taakvervulling van 'het bestuur'. Hierin kan worden gelezen dat individuele disculpatie bij het niet voldoen aan de boekhoud- en/of publicatieplicht bijzonder moeilijk is. Dit is waarschijnlijk het geval, omdat bij de boekhoud- en publicatieplicht zulke fundamentele bestuursverplichtingen aan de orde zijn, dat individuele disculpatie niet op haar plaats is.

8.2.6 Rechterlijke matiging

De rechter kan het bedrag waarvoor de bestuurders als collectief aansprakelijk zijn, verminderen indien hem dit bedrag bovenmatig voorkomt. Dit gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, de andere oorzaken van het faillissement, alsmede de wijze waarop dit is afgewikkeld. De curator kan bijvoorbeeld het bedrijf voortzetten ter wille van het behoud van de werkgelegenheid, terwijl een spoedige liquidatie tot een beperking van het tekort zou hebben geleid. Voor de individuele bestuurder is matiging met name mogelijk gelet op de tijd die de bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaatsvond.

8.2.7 Bepaling tekort en aansprakelijkstelling drie jaren voorafgaande aan faillissement

Iedere bestuurder is hoofdelijk aansprakelijk jegens de boedel voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, het zogenoemde 'tekort'. Indien de omvang van het tekort en daarmee de hoogte van de door de bestuurders te vergoeden schade nog niet bekend is, kan de rechter de bestuurders veroordelen tot schadevergoeding op te maken bij staat, overeenkomstig de schadestaatprocedure zoals die in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is opgenomen.

De vordering jegens de (voormalige) bestuurders kan worden ingesteld op grond van onbehoorlijke taakvervulling in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement. Indien het faillissement is voorafgegaan door een periode van surseance van betaling geldt de periode beginnend drie jaren voorafgaande aan de aanvang van de surseance. Een aan de bestuurder verleende decharge (kwijting) staat niet aan het instellen van de vordering op grond van de WBF in de weg.

8.2.8 Aansprakelijk te stellen personen

De aansprakelijkheid van bestuurders bij faillissement treft niet alleen de formele bestuurders van de gefailleerde rechtspersoon. Ook de gewezen bestuurder kan aansprakelijk worden gesteld. Daarnaast kan ook degene die het beleid heeft bepaald of mede heeft bepaald 'als ware hij bestuurder' aansprakelijk worden gesteld.

De wetgever heeft met name het oog op de figuur waarbij formeel een onvermogen de stroman tot bestuurder wordt benoemd, maar waarbij het feitelijk bestuur in handen van de 'beleidsbepaler' ligt. Beleidsbepalers zijn alleen aansprakelijk, indien zij als het ware op de plaats van de bestuurders zijn gaan zitten: de 'feitelijke beleidsbepalers'. Kredietverleners, bankiers, overheidswaarnemers, bedrijfsadviseurs, (gedelegeerde) commissarissen en (leden van een) ondernemingsraad zijn geen beleidsbepalers in de zin van de WBF. Dit is zelfs niet het geval in de situatie dat zij krachtens contract of ingevolge hun wettelijke bevoegdheden zeer grote invloed uitoefenen op het doen en laten van het bestuur. Zij worden wel beleidsbepalers, wanneer door hun beleidsbepalende handelingen het formele bestuur feitelijk terzijde wordt gesteld.

De vordering kan niet worden ingesteld tegen de door de rechter benoemde bewindvoerder. Een vordering kan wel tegen de door de rechtspersoon benoemde bewindvoerder worden ingesteld, indien aan de in de wet genoemde vereisten is voldaan. Een rechtspersoon die formeel bestuurder is, kan worden aangemerkt als beleidsbepaler. Een moedermaatschappij van een vennootschap kan onder omstandigheden ook als feitelijke beleidsbepaler worden beschouwd.

8.2.9 Samenloop en WBF pauliana

De regeling van de WBF laat onverlet de bevoegdheid van de curator tot het instellen van een vordering op grond van de overeenkomst met de bestuurder of op grond van onbehoorlijke taakvervulling.

Het kan voorkomen dat een bestuurder die op grond van de WBF aansprakelijk is, niet of slechts gedeeltelijk in staat is tot het betalen van de schuld. De bestuurder kan echter zelf de mogelijkheden om de schuld op hem te verhalen, hebben verminderd door onverplichte rechtshandelingen. In die situatie kan de curator die rechtshandelingen ten behoeve van de boedel door een buitengerechtelijke verklaring vernietigen. Dit is mogelijk indien aannemelijk is dat deze rechtshandelingen geheel of nagenoeg geheel met het oogmerk van vermindering van dat verhaal zijn verricht.

8.2.10 Rechtspersonen

Naast natuurlijke personen kunnen ook rechtspersonen als bestuurder van een andere rechtspersoon optreden. In Nederland is dit een niet onbekende figuur.

Als een rechtspersoon faillieert waarvan een andere rechtspersoon bestuurder is, geldt eveneens dat de aansprakelijkheid tevens hoofdelijk rust op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid bestuurder is van laatstgenoemde rechtspersoon.

8.2.11 Bevoegde rechter

De bevoegde rechter om kennis te nemen van de vorderingen op grond van art. 2:138 BW, waarvan het bedrag onbepaald is of € 5.000 te boven gaat, is de rechtbank waar de rechtspersoon zijn woonplaats heeft (art. 2:131 BW).

8.3 Commissarissen

Commissarissen vallen onder de aansprakelijkheid van de WBF, indien zij de hun opgedragen toezichthoudende en raadgevende taken kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld, bijvoorbeeld door niet in te grijpen bij wanbeleid, en deze onbehoorlijke taakvervulling als een belangrijke oorzaak van het faillissement kan worden gezien. De WBF is ook van toepassing op de commissaris die door anderen dan de algemene vergadering is benoemd, bijvoorbeeld een overheidscommissaris of een commissaris die door de Ondernemingskamer is benoemd.

Commissarissen en bestuurders zijn op gelijke wijze, maar voor de vervulling van verschillende taken, aansprakelijk. Commissarissen zijn niet zelf gehouden tot nakoming van de boekhoud- en publicatieverplichting, ook niet wanneer het bestuur in de nakoming daarvan tekortschiet. Zij zullen met name moeten toezien op de naleving door de bestuurders van de boekhoud- en publicatieverplichtingen. Daartoe dienen zij zich door het bestuur te laten inlichten en zullen zij het bestuur moeten adviseren en zo nodig ingrijpen.

Mocht het bestuur desondanks zijn bestuurstaak niet vervullen, dan zal de raad van commissarissen - indien hij daartoe bevoegd is - de bestuurders moeten schorsen of ontslaan en zo nodig nieuwe bestuurders benoemen. Voor de aan commissarissen verleende decharge geldt in geval van faillissement mutatis mutandis (met de nodige veranderingen) hetzelfde als voor de bestuurders: de curator kan aan de decharge voorbijgaan.



9 Jaarrekeningenrecht

9.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat het belang van een tijdige en getrouwe verantwoording, alsmede het openbaar maken (deponeren bij het handelsregister) van de financiële stukken centraal.

Commerciële verenigingen en stichtingen vallen, net zoals naamloze en besloten vennootschappen, onder de bepalingen van het jaarrekeningenrecht (Titel 9 Boek 2 BW). In het kader van het jaarrekeningenrecht is er sprake van een 'commerciële' stichting of vereniging indien deze een of meer ondernemingen in stand houdt welke ingevolge de wet in het handelsregister moeten worden ingeschreven en de netto-omzet van de onderneming(en) gedurende twee opeenvolgende jaren gelijk is aan of meer bedraagt dan € 4.400.000. (Het bedrag van € 4.400.000 kan bij amvb worden verhoogd of verlaagd.) Deze wettelijke jaarrekeningenplicht van een commerciële vereniging of stichting komt te vervallen indien de netto-omzet van de onderneming(en) op twee opeenvolgende boekjaren beneden de grens van € 4.400.000 valt.

Voor het (kunnen) bepalen van de jaarrekeningenplicht is voor alle verenigingen en stichtingen (klein en groot), die een onderneming in stand houden die ingevolge de wet in het handelsregister moet worden ingeschreven, bepaald dat de vereniging of stichting bij de staat van baten en lasten de *netto-omzet* van de *onderneming*, zo nodig op geconsolideerde basis, moet vermelden. Het niet (op de juiste wijze) voldoen aan deze boekhoudkundige verplichting kan mede van belang zijn voor de aansprakelijkheid van bestuurders op grond van antimisbruikwetten.

9.2 Niet-naleving formele vereisten inrichting financiële stukken

Belanghebbenden kunnen van de BV, NV, commerciële vereniging of stichting eisen dat de jaarrekening, het jaarverslag of de daaraan toe te voegen overige gegevens, indien deze niet voldoen aan de in de wet gestelde vereisten, alsnog worden ingericht overeenkomstig de bij rechterlijk bevel te geven aanwijzingen. Deze regeling is niet van toepassing op de door de wet vereiste accountantsverklaring. Ook de procureur-generaal van het Gerechtshof te Amsterdam kan in het kader van het openbaar belang een dergelijke rechtsvordering instellen. De rechtsvordering dient binnen twee maanden na

de dag waarop de jaarrekening is vastgesteld te worden ingesteld. Ter zake van tekortkomingen die niet uit de stukken blijken, eindigt de termijn twee maanden na de dag waarop de belanghebbende daarvan in redelijkheid niet meer onkundig kon zijn, maar uiterlijk twee jaar na verloop van de termijn ingevolge vaststelling van de jaarrekening.

9.3 Niet-naleving formele vereisten opmaken en openbaren/deponeren jaarrekening

Belanghebbenden kunnen eveneens van een BV, NV, commerciële vereniging of stichting die de formele vereisten inzake het opmaken en deponeren van de jaarrekening niet naleeft, nakoming van de wettelijke verplichtingen vorderen. Niet-naleving is een overtreding in de zin van de Wet op de economische delicten en kan met hechtenis of een geldboete worden bestraft. Daarnaast kunnen bijkomende straffen of maatregelen worden opgelegd, bijvoorbeeld als de BV, NV of commerciële vereniging of stichting ondanks de vordering alsnog in gebreke blijft.

In de hoofdstukken 5 en 8 stelden wij reeds aan de orde dat bestuurders en soms commissarissen van BV's, NV's, commerciële verenigingen of stichtingen met betrekking tot het (niet) publiceren van financiële stukken tegenover derden hoofdelijk aansprakelijk kunnen zijn in de volgende situaties:

9.3.1 Publiceren misleidende verslaggeving

In geval van faillissement kunnen bestuurders en/of commissarissen van BV's, NV's, commerciële verenigingen of stichtingen (deze laatste twee in geval van faillissement) tevens hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor schade geleden door derden door het *publiceren van misleidende verslaggeving* (een misleidende jaarrekening en/of jaarverslag of tussentijdse cijfers), waarbij omkering van de bewijslast plaatsvindt. Commissarissen kunnen in dit verband hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor een misleidende jaarrekening en niet voor een misleidend jaarverslag of misleidende tussentijdse cijfers. Zie voor meer informatie hoofdstuk 5.

9.3.2 Niet-naleving publicatieplicht en faillissement rechtspersoon

Ingeval van faillissement van een BV, NV, commerciële vereniging of stichting (deze laatste twee in geval van faillissement) zijn de bestuurders en/of commissarissen hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort van de boedel, indien het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Indien sprake is van schending van de *boekhoud- of publicatieplicht* heeft het bestuur en/of de raad van commissarissen zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Zie voor meer informatie hoofdstuk 8.



10 Bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering

10.1 Inleiding

Een in het oog lopend uitvloeisel van de recente kredietcrisis en moeilijke economische situatie is de verhoogde aandacht voor de rol en verantwoordelijkheden van bestuurders en commissarissen van ondernemingen en instellingen. Deze aandacht is niet onlogisch. Wat echter wel opvalt is dat er daarbij eveneens bijzonder veel aandacht is voor de (mogelijke) aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen, zelfs zodanig dat de politiek zich hiermee is gaan bemoeien. Deze verhoogde aandacht is voor bestuurders en commissarissen van rechtspersonen en hun adviseurs alle reden te kijken naar potentiële risico's en de mogelijkheid deze risico's te verzekeren. Een verzekering tegen de mogelijke risico's van bestuurdersaansprakelijkheid is in de huidige tijd en vanuit het oogpunt van governance eigenlijk onontbeerlijk. Ook onterechte aantijgingen kunnen leiden tot aanzienlijke kosten van onderzoek en verdediging. De kosten van rechtsbijstand kunnen snel oplopen in een tijd waarin het indienen van (onterechte) claims wordt gebruikt of misbruikt als manier om druk uit te oefenen.

10.2 Kans op bestuurdersaansprakelijkheid: ook in de (semi)publieke sector

Het risico voor bestuurders en toezichthouders van instellingen aansprakelijk te worden gesteld, is aanzienlijk groter dan voorheen. Enerzijds kunnen ontwikkelingen zoals de kredietcrisis en de inzakkende huizenmarkt negatieve gevolgen hebben voor de financiële positie van rechtspersonen en hun ondernemingen en zelfs tot faillissement leiden. Ook heeft de toename van regelgeving op het terrein van governance gevolgen voor de positie van bestuurders en toezichthouders. De verwachting is dat commissarissen meer dan voorheen verantwoordelijk zullen worden gehouden voor hun toezicht op het bestuur.

Al met al betreft het zijn van bestuurder of commissaris geen geringe verantwoordelijkheid. Bestuurders en toezichthouders realiseren zich soms onvoldoende welke risico's zij lopen. Zij kunnen ondanks hun inzet persoonlijk aansprakelijk worden gesteld voor onbehoorlijk bestuur, ook wel wanbeleid genoemd. Ook als een claim niet terecht is, kunnen de kosten van verdediging (onderzoek- en advocaatkosten) aanzienlijk zijn. Vervelend is dat dit over het algemeen pas na jaren procederen blijkt. In geval van wanbeleid lopen

bestuurders en commissarissen kans in privé aansprakelijk te worden gesteld. Uitwinning van privébezittingen is in verhouding tot de door de rechtspersoon geleden schade vaak slechts een druppel op een gloeiende plaat, maar kan de betrokken bestuurder of commissaris hard raken.

Bestuurders en toezichthouders die nog geen verzekering tegen bestuurdersaansprakelijkheid hebben, dienen zeker te overwegen een dergelijke verzekering af te sluiten. Het hoort bij het 'in control zijn'.

10.3 Wat houdt een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering in?

De Bestuurders en Commissarissen Aansprakelijkheidsverzekering (BCA-verzekering, ook wel Directors and Officers D&O verzekering genoemd) dekt de verzekerden tegen de financiële gevolgen van bestuurdersaansprakelijkheid. De term BCA-verzekering is een vlag die een diverse lading dekt. De diverse nationale en internationale verzekeraars hanteren verschillende (algemene) polisvoorwaarden.

Er zijn verschillende bestuurdersaansprakelijkheidsverzekeringen:

1. Een verzekering voor bestuurders en commissarissen van BV's en NV's, zowel in functie, afgetreden of nog te benoemen. Bij een holdingstructuur worden de geconsolideerde meerderheidsdeelnemingen automatisch meeverzekerd. Voor bestuurders en commissarissen van kleine en middelgrote BV's bestaat een aparte verzekering.
2. Een verzekering voor bestuurders en toezichthouders van verenigingen en stichtingen, zowel in functie, afgetreden of nog te benoemen. Voor bestuurders en commissarissen van kleinere en middelgrote verenigingen en stichtingen bestaat een aparte verzekering.

In principe wordt een voltallig bestuur en raad van commissarissen verzekerd. De rechtspersoon sluit de verzekering af.

Over het algemeen zijn de volgende personen verzekerd:

- alle bestuurders en commissarissen;
- medebeleidsbepalers;

- personen die daden van bestuur verrichten maar niet formeel en statutair als bestuurder zijn benoemd;
- afgetreden functionarissen;
- rechtsopvolgers;
- vereffenaars.

De dekking van de verzekering bestaat uit twee elementen:

1. de kosten van verweer;
2. de uiteindelijke schadevergoeding.

In een aantal gevallen kan het voorkomen dat dekking (nog) niet mogelijk is, bijvoorbeeld:

- De rechtspersoon bestaat korter dan een jaar. Van de pas opgerichte rechtspersonen is het vaak niet mogelijk een goed beeld van de financiële positie te krijgen.
- De rechtspersoon heeft onvoldoende weerstandsvermogen en/of is verliesgevend.

Op de dekking van de verzekering worden ook uitsluitingen gemaakt, bijvoorbeeld:

- opzet: het willens en wetens handelen of nalaten met het oogmerk schade toe te brengen of met de zekerheid dat de schade, hoewel (wellicht) niet beoogd, zal ontstaan. Deze uitsluiting geldt niet voor de verzekerde die aannemelijk maakt dat de hier bedoelde gedragingen zich buiten zijn weten of tegen zijn wil hebben voorgedaan;
- letselschade;
- persoonlijke bevoordeling;
- milieuschade.

Bij het sluiten van de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering is het van belang daarvoor een deskundige verzekeringsadviseur en/of de assuradeur te raadplegen en de voorwaarden, dekkingsbedragen en uitsluitingen goed door te spreken. Van belang is dat hetgeen met de assuradeur wordt afgesproken ook schriftelijk wordt vastgelegd in een goed leesbare polis met eventuele toelichting op de

uitleg van verschillende polisvoorwaarden. Wanneer een verzekering eenmaal is gesloten, dienen bestuurders en commissarissen regelmatig na te gaan of aan alle voorwaarden van de polis wordt voldaan. Soms moeten omstandigheden die tot schade kunnen leiden in een vroeg stadium worden gemeld.

Voor externe accountants die de opdracht aanvaarden tot het samenstellen of controleren van de jaarrekening van een rechtspersoon, is het eveneens van belang na te gaan of de rechtspersoon voor de bestuurders en commissarissen een afdoende BCA-verzekering heeft gesloten. Immers, het niet hebben van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering kan gevolgen hebben voor het risicoprofiel van de rechtspersoon. De volgende situaties kunnen bijvoorbeeld wijzen op een verhoogd risicoprofiel:

- Indien de rechtspersoon geen verzekering heeft kunnen afsluiten bij een assuradeur, kan dit een indicatie zijn van omstandigheden die onder meer mogelijk tot negatieve financiële gevolgen kunnen leiden, alsmede tot integriteitschade.
- Indien de rechtspersoon bewust geen bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering heeft afgesloten of als er wel een BCA-polis is afgesloten maar bepaalde (bedrijfs)onderdelen buiten de dekking vallen, is het van belang te weten wat de achtergrond en reden daarvan zijn. Immers, niet te verwachten is dat een bestuurder of commissaris in privé wil worden aangesproken als dit met een - door de rechtspersoon af te sluiten en te betalen - verzekering mogelijk is af te wenden.

Bestuurders en commissarissen dienen erop bedacht te zijn dat zij de (dekking van) de BCA-verzekering periodiek moeten (her)beoordelen en eventueel moeten aanpassen aan gewijzigde (juridische of economische) omstandigheden dan wel risico's. Het is een verantwoordelijkheid van de rechtspersoon of instelling als verzekeringsnemer die het best in samenspraak met een deskundige verzekeringsadviseur en/of assuradeur kan plaatsvinden.

De politiek en samenleving kijken meer dan ooit naar (hoofdelijke) aansprakelijkheid van bestuurders en/of commissarissen als sanctie op (vermeende) misslagen.

Een verzekering
tegen de mogelijke
risico's van
bestuurders-
aansprakelijkheid is
in de huidige tijd
onontbeerlijk.

Deloitte refers to one or more of Deloitte Touche Tohmatsu Limited, a UK private company limited by guarantee, and its network of member firms, each of which is a legally separate and independent entity. Please see www.deloitte.com/about for a detailed description of the legal structure of Deloitte Touche Tohmatsu Limited and its member firms.

Deloitte provides audit, tax, consulting, and financial advisory services to public and private clients spanning multiple industries. With a globally connected network of member firms in more than 140 countries, Deloitte brings world-class capabilities and deep local expertise to help clients succeed wherever they operate. Deloitte's approximately 170,000 professionals are committed to becoming the standard of excellence.

This publication contains general information only, and none of Deloitte Touche Tohmatsu Limited, any of its member firms, or any of the foregoing's affiliates (collectively the "Deloitte Network") are, by means of this publication, rendering accounting, business, financial, investment, legal, tax, or other professional advice or services. This publication is not a substitute for such professional advice or services, nor should it be used as a basis for any decision or action that may affect your finances or your business. Before making any decision or taking any action that may affect your finances or your business, you should consult a qualified professional adviser. No entity in the Deloitte Network shall be responsible for any loss whatsoever sustained by any person who relies on this publication.