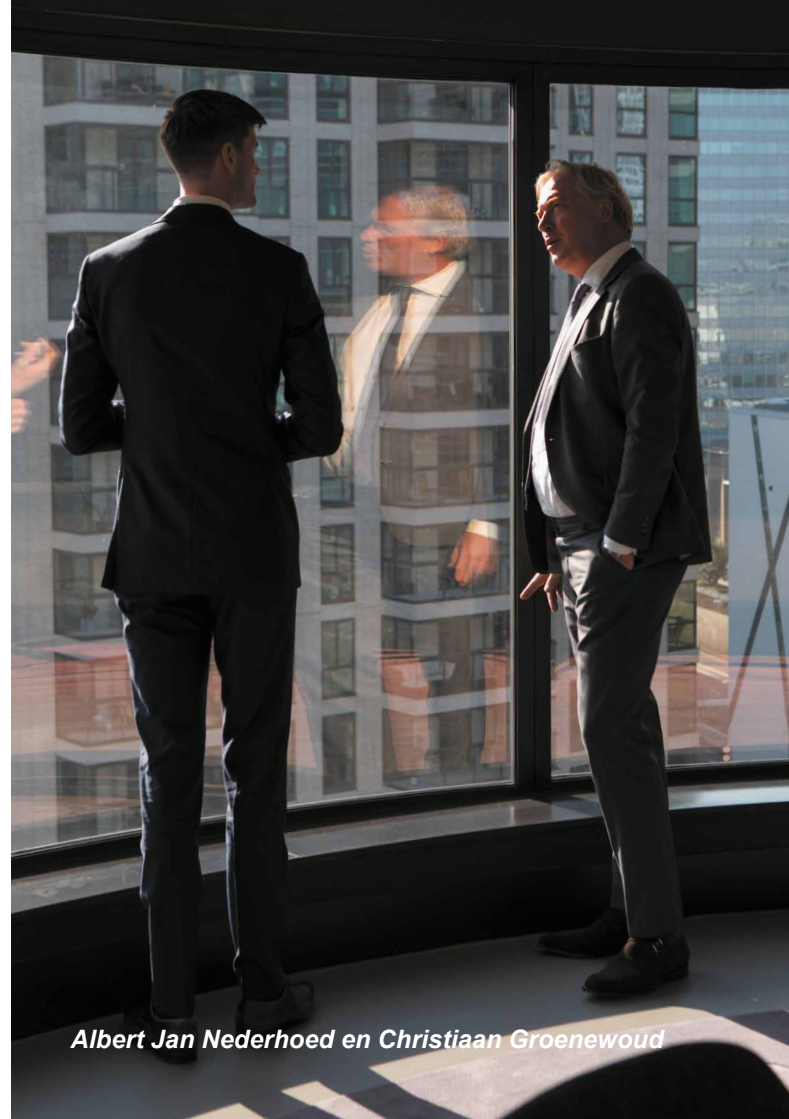


Ondernemen is niet voor bange bestuurders, maar je moet wel weten wat je doet ...

Christiaan Groenewoud en Albert Jan Nederhoed

In het vorige DVDW-magazine besteedde Theo Hanssen aandacht aan de positie van bestuurders van een onderneming in zwaar weer. Met name in moeilijke periodes – zoals ook deze coronacrisis – wordt van bestuurders verwacht dat zij met kennis en kunde een onderneming sturing geven. In zware tijden is er geen ruimte voor 'bange bestuurders'. Maar juist in die moeilijke tijden zullen bestuurders op hun hoede zijn voor aansprakelijkheden. Dat is niet onterecht: ook



Albert Jan Nederhoed en Christiaan Groenewoud

in Nederland is steeds meer sprake van een 'claimcultuur'. Dat is met name te zien aan de toenemende rechtspraak over bestuurdersaansprakelijkheid, aansprakelijkheid van commissarissen en andere toezichthouders, aansprakelijkheid van accountants en notarissen, etc. In geval van een faillissement zien we steeds meer aansprakelijkstellingen van het bestuur door schuldeisers wiens vorderingen niet zijn betaald. Ook curatoren worden steeds kritischer met betrekking tot het door de directie gevoerde beleid en neigen steeds vaker naar een aansprakelijkstelling.

Bestuurders kijken vaak naar hun juridische adviseurs in de hoop 'hard and fast rules' te krijgen over wat zij tijdens die periode dat het onzeker is of de onderneming zal overleven, wel en niet mogen doen. Maar hard and fast rules ter voorkoming van bestuurdersaansprakelijkheid zijn nu juist lastig te geven.

Open maatstaf

De norm waarlangs de wijze van bestuur wordt gelegd, is een zogeheten 'open norm'. De meest algemene maatstaf die de Hoge Raad voor de beoordeling van het bestuur heeft geformuleerd, is of aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De maatstaf die een curator hanteert, is of

er sprake is van een kennelijk onbehoorlijke vervulling van bestuurstaken. Er is sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur als – kort weergegeven – de betreffende bestuurder in strijd heeft gehandeld met hetgeen een redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zou hebben gedaan.

Ernstig verwijt', 'kennelijk onbehoorlijk bestuur', 'redelijk denkend bestuurder', dat klinkt allemaal vrij vaag. Maar uit deze maatstaven en de invulling ervan door de rechtspraak kunnen wel degelijk een paar concretere gezichtspunten worden afgeleid. Ten eerste geldt dat de (redelijk denkend) bestuurder centraal wordt gezet. In onze juridische praktijk krijgen we vaak vragen van een twijfelende bestuurder die worden ingeleid met de opmerking "ik ben geen jurist, maar". Ons antwoord is in dergelijke gevallen steevast dat de maatstaf dus niet uitgaat van de overwegingen van de jurist, maar dat wordt gekeken naar wat de bestuurder zelf (geobjectiveerd) denkt dat als normaal bestuursgedrag wordt gezien.

In de tweede plaats geldt dat de algemene maatstaven aan de bestuurder de broodnodige ruimte gunnen. Niet maatgevend is wat een ideale bestuurder zou doen, maar of geen redelijk denkend bestuurder onder die omstandigheden die bewuste

Bankruptcy

ASSETS Bankrupt
MONEY
LEGAL
TAXES Assets
Debt Restructuring
LAWYERS Debitor
Foreclosure
Debt Relief
UNDERWATER
insolvency
SOLD MONEY
Bad Debt

LOSS DEBT
Finances
Accounting
FINANCE
LIQUIDATION
Financial distress
CREDIT Savings
JUDGE
Chaper 7
Net Worth
Money
RISK
Portfolio
VALUE
Creditor
LOSS

SEIZER

beslissing zo had genomen. Enigszins gechargeerd en uitzonderingen daargelaten: het moet wel de spuigaten uitlopen, wil een bestuurder een 'ernstig verwijt' kunnen worden gemaakt. Ondernemen is risico nemen, en dat betekent ook dat keuzes verkeerd kunnen uitpakken. De maatstaf houdt rekening met zulke inherente risico's, waardoor niet iedere verkeerd (uitgepakte) keuze tot aansprakelijkheid leidt.

Ten derde: een open norm als deze leidt tot een doorslaggevend belang van alle feiten en omstandigheden. Bestuurshandelen dat op zichzelf bezien de wenkbrauwen deed fronsen, kan onder de omstandigheden van dat moment de enige juiste beslissing zijn geweest. In de rechtspraak over bestuurdersaansprakelijkheid komt aan die omstandigheden van het geval daarom telkens een groot gewicht toe. Het komt erop aan om, kort gezegd, een goed verhaal te hebben en uit te kunnen leggen waarom een bestuurder tot dat besluit is gekomen.

Wel geldt steeds dat de bestuurder over de best mogelijke informatie moet beschikken op het moment dat hij of zij het besluit neemt. Op een gebrekkige administratie kan een bestuurder niet varen en als dat leidt tot een gebrekkige besluitvorming, dan kan hij zich daarvoor niet exonereren. Juist in zware tijden gaan de eisen aan die informatie omhoog.

Het kan dan bijvoorbeeld noodzakelijk worden om een liquiditeitsbegroting per week of zelfs per dag te maken.

Omslagpunt

De hiervoor geformuleerde maatstaven gelden in het algemeen voor bestuurshandelen, dus niet alleen voor bedrijven in moeilijkheden. Voor ondernemingen wiens continuïteit gevaar loopt, geldt dat in het bijzonder. Juist in die tijd is het immers van belang dat bestuurders niet verlammen door angst voor aansprakelijkheid en keuzes blijven maken in het belang van de onderneming, met het oog op de lange termijn. Die keuzes worden risicovoller naarmate het pad naar herstel van de onderneming smaller wordt, maar ze moeten wel worden gemaakt. Daar houden de maatstaven dus rekening mee.

Maar het omslagpunt komt op het moment dat er feitelijk geen pad meer is naar herstel. Dan verschiet ook de taak van de bestuurder van kleur. Zijn taak wordt gericht op behoud van zo veel mogelijk waarde van de onderneming in de komende insolventie. De bestuurder dient er in dat geval voor te zorgen dat de betrokkenen bij de onderneming, waaronder de crediteuren, niet meer schade lijden dan zij al doen.

De maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid verandert mee. Na dit omslagpunt moet de bestuurder de belangen van toekomstige crediteuren – waarvan hij dan immers weet dat die onbetaald zullen blijven – laten prevaleren boven het belang van het (iets langer) doordraaien van de onderneming. Op het moment dat een bestuurder een bestelling bij een leverancier doet of moet beslissen of hij de vennootschap de diensten of goederen laat afnemen, en hij weet of redelijkerwijs moet begrijpen dat de vennootschap de factuur die daartegenover staat niet meer zal kunnen betalen, dan is evident dat hij daarmee inbreuk maakt op het recht van de betreffende leverancier. Zo'n situatie levert dus doorgaans aansprakelijkheid op van de bestuurder jegens de leverancier voor de schade die die leverancier heeft geleden door zijn diensten of goederen te leveren en die uiteindelijk niet zijn betaald.

Naast deze externe aansprakelijkheid, de aansprakelijkheid van de bestuurder naar partijen buiten de onderneming, verandert na het omslagpunt ook de interne aansprakelijkheid, dus de aansprakelijkheid van de bestuurder naar de vennootschap zelf. Stond het de bestuurder tot die tijd nog vrij om te beslissen wie er betaald zou krijgen, na dat omslagmoment mag de bestuurder de resterende liquiditeit

van de onderneming in ieder geval niet aanwenden om een schuld aan hemzelf of aan hem gelieerde partijen te voldoen.

Daarnaast schrijft de Faillissementswet en de jurisprudentie een aantal regels voor waar men zich bij het betalen van schulden door de vennootschap aan bepaalde schuldeisers aan moet houden, in een fase dat het faillissement voorzienbaar is. Dat laatste heeft overigens niet alleen betrekking op het betalen van schulden, maar ook op het aangaan van allerlei andersoortige rechtshandelingen die een bevoordeling van die betreffende schuldeiser oplevert en (dus) een benadeling van de andere schuldeisers in de fase dat het faillissement voorzienbaar is. Dit is strikt genomen geen bestuurdersaansprakelijkheid, maar dergelijke handelingen vlak voorafgaand aan een faillissement kleuren die aansprakelijkheid wel in.

Het spreekt voor zich dat een antwoord op de vraag of de bestuurder bij het door de vennootschap laten aangaan van bepaalde verplichtingen wist of behoorde te weten of de vennootschap haar verplichtingen zou nakomen, nogal arbitrair kan zijn. In deze tijd van crisis zijn dit vragen waar iedere bestuurder van de onderneming die in zwaar weer is komen te verkeren, mee worstelt. Wat doet de bestuurder

van een onderneming die evenementen organiseert en waarbij het betreffende evenement in november van dit jaar zal plaatsvinden en die in augustus de bestellingen moet plaatsen tot levering van de dranken en de huur van de geluidsapparatuur en dergelijke? Als het evenement in november geen doorgang vindt, dan zal de drank en de geluidsapparatuur niet worden afgenomen en kunnen de facturen van de drankenleverancier en van de verhuurder van de apparatuur niet betaald worden. In augustus is nog niet duidelijk of het evenement in november wel of niet kan doorgaan. Als hij wacht met het bestellen van de drank en apparatuur, dan is hij echter te laat. Weet of moet die bestuurder in augustus redelijkerwijs weten dat de vennootschap haar verplichtingen jegens de leveranciers niet zal nakomen?

Ook hier geldt dat dit afhangt van de omstandigheden van het geval. Wat zijn de vooruitzichten? Heeft de overheid nieuwe maatregelen voor het mogelijk niet doorgaan van dit soort evenementen aangekondigd? Hoe zien de voorwaarden voor het organiseren van het evenement eruit, is er een evenementenverzekering gesloten, etc. Dit soort afwegingen moeten door de bestuurder worden gemaakt, voordat hij (of zij) de vennootschap de bestellingen

laat doen. Nog een belangrijk punt is wat de betreffende leveranciers zelf weten. Moesten zij er bij het accepteren van de bestellingen rekening mee houden dat het evenement geen doorgang zou vinden en dat de vennootschap de drank en geluidsapparatuur niet zou afnemen? Vanuit het oogpunt van bestuurdersaansprakelijkheid is het aan te raden om dit met de drankenleverancier en de verhuurder van de geluidsapparatuur te bespreken. Of dat commercieel ook verantwoord is, is echter maar de vraag. De kans bestaat in dat geval immers dat de bestellingen door die leverancier niet zullen worden geaccepteerd. In dit soort gevallen is het dus voor de bestuurder vaak balanceren tussen het ene en het andere kwade.

Enkele specifieke regels

In een paar gevallen staan in specifieke wetgeving concrete verplichtingen van bestuurders. Dat geldt met name met betrekking tot het invorderingsrecht van de Belastingdienst en pensioenfondsen. In de wet is beschreven hoe richting de fiscus te handelen als de vennootschap niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen. Dan moet betalingsonmacht worden gemeld. Verder leidt het niet tijdig deponeren van de jaarrekening tot een flinke achterstand in een eventuele bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure tegen een curator.



Albert Jan Nederhoed

Het gaat buiten het bestek van deze bijdrage om uitputtend te zijn, maar goede juridische bijstand kan essentieel zijn om aansprakelijkheidsproblemen te vermijden.

Aanbevelingen

Daarmee komen we tot een paar concrete aanbevelingen.

- *Zorg dat je altijd over de juiste informatie beschikt.*
Als de administratie niet op orde is, zorg er dan voor dat het geval wordt. En als de administratie normaal maandelijks wordt bijgewerkt, kan het in zwaar weer noodzakelijk worden om dat wekelijks of dagelijks te laten doen. Juist in moeilijke tijden moet de managementinformatie zo actueel mogelijk zijn; alleen dan kunnen de beste besluiten worden genomen. Actuele informatie kan ook van belang zijn voor het bepalen van het omslagpunt waarop het wellicht niet meer verantwoord is om door te gaan. Het helpt daarbij niet om niet te weten, omdat de bestuurder ook aansprakelijk kan worden gehouden als hij behoorde te weten.
- *Weeg alle belangen en houd bij hoe je tot je besluit komt*
In ieder dossier dat draait om hoe een bestuurder moet handelen in het geval van mogelijke discontinuïteit, is het advies om nauwgezet een dagboek bij te houden. Omdat

aan de omstandigheden van het geval zo'n zwaar gewicht toekomt, is het van groot belang om die omstandigheden op te tekenen. Wat was de situatie, op welke informatie is gevaren, welke belangen zijn afgewogen en welke verwachtingen mocht de bestuurder hebben omtrent de positieve gevolgen die de betreffende handelingen voor de vennootschap (en daarmee voor de schuldeisers)? Zo kan achteraf worden vastgesteld waarom de bestuurder heeft gehandeld zoals hij heeft gedaan en wat hij daaraan ten grondslag heeft gelegd. Op die manier kan ook achteraf worden vastgesteld dat bepaalde latere informatie mogelijk nog niet bekend was (en worden voorkomen dat 'hindsight bias' optreedt).

Conclusie

Conclusie is dat het door de inrichting van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht met haar open normen moeilijk is om algemene regels te geven over hoe een bestuurder in tijden van onzekerheid over de continuïteit van de onderneming moet handelen. Dat hangt steeds af van de omstandigheden van het geval. Het is te adviseren om bij belangrijke bestuursbeslissingen bij te houden wat de af- en overwegingen zijn geweest om die beslissingen te nemen, welke belangen in acht zijn genomen etc. In de wet staat een aantal verplichtingen voor de bestuurders van ondernemingen

in zwaar weer opgenomen. Het is van belang dat die verplichtingen worden nagekomen. Bij het aantrekken van advies over hoe te handelen is het belangrijk dat men beschikt over een adviseur die gevoel heeft bij de verschillende belangen die er binnen een onderneming spelen. Ook al zijn de adviezen theoretisch nog zo goed, zij moeten praktisch haalbaar en uitvoerbaar zijn.