

De beste tip om bestuurdersaansprakelijkheid te voorkomen

Marlies Siegers

With integrity, you have nothing to fear, since you have nothing to hide. With integrity, you will do the right thing, so you will have no guilt.

[Zig Ziglar]

Ondernemers moeten kunnen ondernemen. Zij moeten de vrijheid hebben om kansen om te zetten in successen. Het nemen van risico betekent ook een kans op een mislukking. Het Nederlands recht onderschrijft daarom volop de vrijheid van bestuurders van vennootschappen. De lat voor bestuurdersaansprakelijkheid is hoog, op bange bestuurders zit niemand te wachten. Als het mis gaat, dan kunnen schuldeisers de vennootschap aanspreken. Dat kunnen zij niet ten aanzien van de individuele bestuurders, althans alleen in uitzonderlijke situaties. Voor bestuurders is dat gunstig, zeker in financieel onzekere

tijden zoals wij nu bijvoorbeeld ervaren met de coronacrisis. Voor schuldeisers is dat minder fraai, zij staan meestal met lege handen als de vennootschap ter ziele gaat. Dat is de keerzijde van de vrijheid die het recht bestuurders geeft. De juridische vrijheid is net als in het echte leven niet onbeperkt. Waar ligt de grens? Wanneer kunnen bestuurders toch met hun privévermogen aansprakelijk zijn? Wie kunnen de bestuurder aanspreken? Hoe kan er zoveel mogelijk juridisch verantwoord worden bestuurd? Hoe kunnen de risico's worden beperkt? Deze bijdrage bevat een korte schets langs de soms bochtige wegen van het recht.

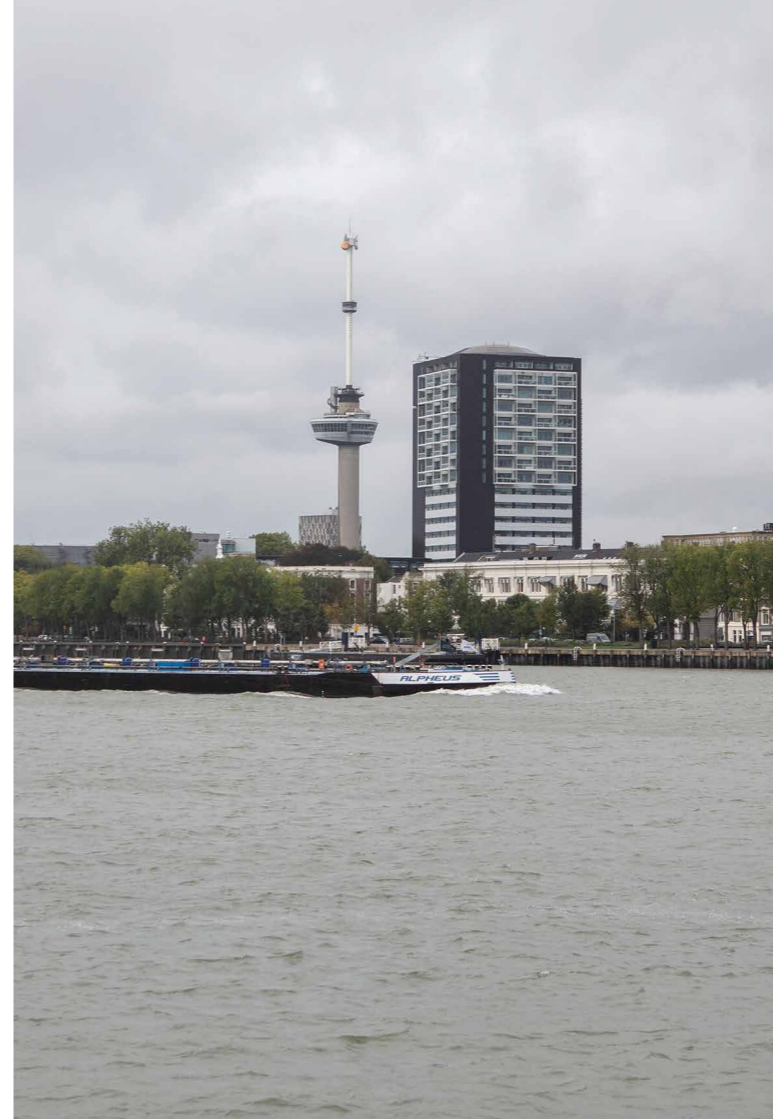
Door wie kan een bestuurder worden aangesproken en waarom?

De bestuurder kan door 'interne' of door 'externe' actoren aansprakelijk worden gehouden voor zijn handelen. Er wordt daarom onderscheid gemaakt tussen 'interne' (tegenover de rechtspersoon) en 'externe' (tegenover derden) aansprakelijkheid van bestuurders. Hieronder volgen enkele voorbeelden van interne en externe gronden van bestuurdersaansprakelijkheid.



Marlies Siegers

<p>Interne bestuurdersaansprakelijkheid:</p> <p>De vennootschap of (na faillissement van de vennootschap) de curator spreekt de bestuurder aan</p>	<p>Externe bestuurdersaansprakelijkheid:</p> <p>Schuldeisers, (wederom) de curator, de Ontvanger of aandeelhouders spreken de bestuurder aan</p>
<p>2:9 BW: aansprakelijkheid voor schade die door onbehoorlijke taakvervulling is veroorzaakt (zie de toelichting hierna)</p>	<p>6:162 BW: aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door een onrechtmatige daad (zie de toelichting hierna)</p>
<p>Andere vormen, zoals aansprakelijkheid bij dividenduitkeringen en kapitaalvermindering</p>	<p>2:148/248 BW (alleen mogelijk voor de curator): aansprakelijkheid wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur (zie de toelichting hierna)</p>
	<p>36 Invorderingswet / 23 Wet verplichte deelneming bedrijfstakpensioenfondsen (alleen mogelijk voor de Ontvanger / bedrijfstakpensioenfondsen): aansprakelijkheid wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur voor bepaalde onbetaalde belastingschulden / deelneming bedrijfstakpensioenfondsen</p>
	<p>Andere vormen, zoals aansprakelijkheid bij misleidende voorstelling van de financiële toestand van de vennootschap, prospectusaansprakelijkheid, aansprakelijkheid voor rechtshandelingen verricht voorafgaand aan de oprichting of inschrijving van de rechtspersoon in het handelsregister.</p>



Een paar voorbeelden worden hieronder uitgelicht – een verkenning langs het veelkleurige palet aan juridische gevaren die inherent zijn aan het risico van het ondernemerschap.

Aansprakelijk worden gehouden door de vennootschap: niet alleen bij fraude of opzet

Een bestuurder dient zijn taak ‘behoorlijk’ te vervullen. Dat klinkt als een vage norm en dat is het in feite ook. Wat ‘behoorlijk’ is, hangt af van de door juristen geliefde, maar door ondernemers versmade, ‘omstandigheden van het geval’. Je zou dat kunnen afdoen als juridische haarkloverij, maar de spreekwoordelijke bakker om de hoek vergt nu eenmaal een andere invulling van de bestuurstaak dan het besturen van een internationaal high tech bedrijf. De wet schrijft voor dat de bestuurders zich bij de vervulling van hun taken moeten richten naar ‘het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming’. Wordt de bestuurstaak, zoals die in het concrete geval op het bestuur rust, onbehoorlijk vervuld, dan kan sprake zijn van bestuurdersaansprakelijkheid.

De bestuurstaak kan over meerdere bestuurders worden verdeeld. Wel blijft elke bestuurder verantwoordelijk voor de algemene gang van zaken. De relevante kenmerken van aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling laten zich als volgt samenvatten.

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling	
Collectieve aansprakelijkheid bestuur	Alle bestuurders zijn ieder hoofdelijk aansprakelijk – disculpatie van een individuele bestuurder is soms mogelijk indien de individuele bestuurder geen ernstig verwijt kan worden gemaakt, mede gelet op de interne bestuurstaakverdeling en indien de bestuurder niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen.
Ernstig verwijt	<p>Nalatigheid is niet voldoende. Getoetst wordt of de bestuurder heeft gehandeld zoals mag worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.</p> <p>Er moet sprake zijn van een ernstig verwijt, beoordeeld naar alle omstandigheden van het geval, zoals de taakverdeling binnen het bestuur, de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, 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, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.</p> <p>Schending van een statutaire of wettelijke bepaling die strekt tot bescherming van vennootschap levert in beginsel een ernstig verwijt op.</p>

Omdat het criterium 'ernstig verwijt' wordt ingevuld aan de hand van de befaamde 'omstandigheden van het geval', laat de praktijk een rijke schakering aan ernstig verwijtbaar handelen zien. Sommige gevallen spreken voor zich: het uitschrijven van valse facturen door de bestuurder om zo zichzelf wat 'extra verdiensten' ten koste van de vennootschap toe te kennen, is een duidelijk (waar gebeurd) fraudegeval dat bestuurdersaansprakelijkheid zal vestigen. Maar ook gevallen die misschien niet meteen voor de hand liggen, kunnen tot aansprakelijkheid leiden. Ook als er geen opzet in het spel is. Denk bijvoorbeeld aan het nemen van een overhaaste beslissing – hoe begrijpelijk soms ook – waaraan grote financiële risico's blijken te kleven. Of aan het onvoldoende toezien op risicomanagement. De grens tussen het nemen van verantwoorde risico's en ernstig verwijtbaar handelen is niet scherp, maar uit de toevoeging 'ernstig' blijkt dat aansprakelijkheid niet snel mag worden aangenomen.

Er zit wel een extra addertje onder het juridische gras: de vraag of een bestuurder aansprakelijk is of niet, zal uiteindelijk door een rechter moeten worden beoordeeld. De rechter zal dat oordeel altijd achteraf vellen en beoordelen of het bestuur destijds juist heeft gehandeld.

Dat brengt het risico mee dat de rechter (ten onrechte) de bestuurder langs de lat legt met de *benefit of hindsight* en met de (rechterlijke) wijsheid van nu, die niet altijd overeenkomt met het perspectief van een ondernemer, kijkt naar de situatie van toen. Van achteren kijk je de koe in zijn kont. Dat mag niet, en dat zou niet moeten gebeuren, maar de neiging is er. Daarom drukken wij bestuurders op het hart om zoveel mogelijk te documenteren. Bijvoorbeeld in notulen van bestuursvergaderingen. Wie goed beslagen ten ijs komt en met feiten kan onderbouwen in welk perspectief en onder welke omstandigheden werd gehandeld, kan in de rechtszaal het verschil maken. En dat vinden wij toevallig het leukste aan ons vak.

Onrechtmatig handelen door het bestuur: een ernstig verwijt

Soms zal het gevolg van een genomen risico zijn dat de vennootschap haar verplichtingen niet kan nakomen. Moet dan de bestuurder zijn portemonnee trekken?

Nee, gelukkig niet. Althans, in de meeste gevallen niet. In het Nederlands rechtstelsel is gewaarborgd dat via rechtspersonen kan en mag worden deelgenomen aan het rechtsverkeer. Juist ook om privéaansprakelijkheid



Marlies Siegers

te voorkomen. Om die reden is het zo dat, als de vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt en geen verhaal biedt, alleen de vennootschap aansprakelijk is voor daaruit voortvloeiende schade. De bestuurder staat niet met zijn privévermogen in voor die schade.

Alleen onder bijzondere omstandigheden is er ruimte voor aansprakelijkheid van een bestuurder. De curator, schuldeisers, de Ontvanger en in uitzonderingssituaties ook aandeelhouders kunnen de bestuurder dan persoonlijk aansprakelijk houden voor de schade die de bestuurder hen heeft berokkend. In een notendop de belangrijkste kenmerken en situaties:

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad	
Individuele aansprakelijkheid bestuurder	Geen collectieve aansprakelijkheid van het gehele bestuur: per aangesproken bestuurder moet worden gesteld en bewezen dat de betreffende bestuurder persoonlijk onrechtmatig heeft gehandeld. De individuele aansprakelijkheid moet dus per bestuurder worden vastgesteld.
Voorbeeld I: aangaan van een verbintenis door de bestuurder namens de vennootschap	Aansprakelijkheid van de bestuurder bij wetenschap bestuurder dat vennootschap niet aan verplichtingen zal kunnen voldoen en geen verhaal zal bieden voor schade.
Voorbeeld II: gevallen van frustratie door de bestuurder ten aanzien van een bestaande verbintenis van de vennootschap	Aansprakelijkheid van de bestuurder bij wetenschap bestuurder dat de door bestuurder bewerkstelligde of toegelaten handelwijze tot gevolg zou hebben dat vennootschap niet aan een bestaande contractuele of wettelijke verplichting kan voldoen en geen verhaal biedt voor schade, of als handelen/nalaten (anderszins) onzorgvuldig ten opzichte van derde is (bijvoorbeeld door het doen van betalingstoezeggingen).
Voldoende ernstig persoonlijk verwijt	Het verwijt moet voldoende ernstig zijn, mede gelet op de verplichting van de bestuurder tot een behoorlijke taakuitoefening, de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. Het verwijt moet ook aan de bestuurder zelf kunnen worden gemaakt.

Met name in het zicht van faillissement of in geval van voorzienbare betalingsmoeilijkheden is de grens tussen toelaatbaar en ontoelaatbaar bestuurshandelen soms lastig te trekken. Ook zakelijke inschattingsfouten behoeven zeker niet tot persoonlijke aansprakelijkheid te leiden, maar een fout die persoonlijk ernstig verwijtbaar is kan dat wel zijn. Mag een bestuurder bijvoorbeeld kiezen welke crediteur wel en niet van de vennootschap betaald krijgt? Vaak wel, de vrijheid van het bestuur staat voorop. Maar, in situaties waarin het besluit is genomen dat de vennootschap de activiteiten gaat beëindigen en er niet genoeg geld is om alle schuldeisers te voldoen, geldt dat gelieerde schuldeisers (denk bijvoorbeeld aan een groepsvennootschap) niet met voorrang mogen worden voldaan. Dat geldt ook voor betalingen waarbij de bestuurder een persoonlijk belang heeft (een bestuurder kan bijvoorbeeld een persoonlijke borgstelling hebben afgegeven). De grens tussen toelaatbare en ontoelaatbare betalingen is in de praktijk niet altijd scherp. Richtsnoer blijft of de bestuurder in de gegeven omstandigheden dusdanig onzorgvuldig handelt ten opzichte van een schuldeiser dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt valt te maken.

Interessant is de situatie waarin getwijfeld moet worden of er wel een 'schuldeiser' is. Zo horen wij in de praktijk

bestuurders vaak zeggen: "Er is helemaal geen vordering, de schuldeiser heeft geen poot om op te staan." Of: "De zaak is onder de rechter, dus er is geen vordering". Of: "We hebben een tegenvordering die vele malen groter is". Is dat houdbaar? Soms. Als leidraad geldt dat bestuurders vanaf het moment dat zij 'ernstig rekening' moeten houden met het bestaan van de vordering, maatregelen moeten treffen. Dat moment kan bijvoorbeeld aanbreken bij een negatief vonnis van een rechter – ook als de bestuurders het al dan niet terecht hartgrondig oneens zijn met de uitspraak. Bij 'maatregelen' kan worden gedacht aan het treffen van voorzieningen of het onthouden van medewerking aan dividendbesluiten – ook als het dividendbesluit op zichzelf zou voldoen aan de vereisten van het vennootschapsrecht. Ook hier blijft de beste tip: documenteer dat en waarom bepaalde maatregelen al dan niet worden getroffen.

Bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement

In geval van een faillissement van de vennootschap, heeft de curator een extra instrument in handen om bestuurders in privé aansprakelijk te houden voor het gehele tekort in de boedel. Belangrijke aandachtspunten:

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens kennelijk onbehoorlijke taakvervulling	
Collectieve aansprakelijkheid bestuur	Het gehele bestuur is hoofdelijk aansprakelijk voor het gehele tekort in de boedel. Disculpatie van een individuele bestuurder is soms mogelijk op grond dat onbehoorlijke taakvervulling niet aan de bestuurder te wijten is en de bestuurder niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen, en ook kan de rechter het bedrag waarvoor aansprakelijkheid bestaat matigen.
Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in drie jaren voorafgaand aan faillissement is belangrijke oorzaak faillissement	Het criterium is dat geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden gehandeld zou hebben als de bestuurder in kwestie heeft gedaan.
Schending boekhoudplicht (2:10 BW) of publicatieplicht (2:394 BW): bewijsvermoedens	Bij schending van de boekhoudplicht of de plicht tot tijdige deponering van de jaarrekening staat de onbehoorlijke taakvervulling vast (het bestuur kan dat niet meer weerleggen) en wordt tevens vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het bestuur kan dat laatste vermoeden ontzenuwen door aannemelijk te maken dat andere factoren (dan de onbehoorlijke taakvervulling) een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement.

In faillissementssituaties is dit niet het enige gevaar dat op bestuurders kan afkomen: de curator kan ook een vordering instellen wegens onrechtmatig handelen (waarbij bijvoorbeeld ook mogelijk paulianeuze transacties aan de orde kunnen worden gesteld) of wegens onbehoorlijke taakvervulling. Vaak combineert de curator de verschillende mogelijkheden in één aansprakelijkheidsprocedure. Ook schuldeisers kunnen bij faillissement een vordering uit onrechtmatige daad tegen de bestuurder instellen.

10 tips voor bescherming tegen bestuurdersaansprakelijkheid

Deze *tour d'horizon* laat zien dat juridische grenzen in de praktijk niet altijd scherp te trekken zijn. Het risico van bestuurdersaansprakelijkheid kan niet altijd worden voorkomen of weggenomen. Daarom geven wij graag de volgende praktische tips.

1	Handel in overeenstemming met het belang van de vennootschap, de wet, de statuten en eventuele aandeelhouderovereenkomst – ken de inhoud van deze voorschriften en vraag bij twijfel advies.
2	Zorg voor een zorgvuldige besluitvorming en documenteer de feiten en omstandigheden op basis waarvan bestuurshandelingen worden verricht. Vraag bij twijfel advies.
3	Grijp actief in als bestuurstaken niet behoorlijk worden vervuld. Neem maatregelen om negatieve gevolgen zo veel mogelijk te voorkomen of te beperken.
4	Zorg dat sprake is van een behoorlijke boekhouding.
5	Maak jaarrekeningen tijdig op en publiceer deze tijdig. Zorg dat deze geen misleidende voorstelling van zaken geven.
6	Ga geen verplichtingen aan die de vennootschap waarschijnlijk niet zal kunnen nakomen.
7	Neem maatregelen als ernstig rekening gehouden moet worden met het bestaan van een verplichting van de vennootschap, ook als die verplichting door het bestuur wordt betwist.

8	Wees alert in tijden van financieel zwaar weer, vooral bij betalingen aan gelieerde vennootschappen of bij betalingen waarbij het bestuur een persoonlijk belang heeft. Doe tijdig een melding betalingsonmacht bij de Belastingdienst, (bedrijfs-)pensioenfonds, UWV.
9	Vraag jaarlijks om decharge door de algemene vergadering, en beding finale kwijting van vennootschap en aandeelhouders bij ontslag/afreden.
10	Sluit een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering af. Een vrijwaring of garantie door de vennootschap of een ander kan eveneens uitkomst bieden, maar is niet altijd een zekerheid.

Onze beste allesomvattende tip is dan ook, zoals het begincitaat maar ook een Latijns gezegde aangeeft: **Bene agere et nil timere** ('Goed doen en niets vrezen').

Heeft u zorgen over uw mogelijke bestuurdersaansprakelijkheid, heeft u behoefte aan ruggespraak in een concrete situatie, of wilt u weten of u als onbetaald gelaten schuldeiser de bestuurder kunt aanspreken? Wij wisselen graag met u van gedachten.

Neem contact op met **Marlies Siegers** :
siegers@dvdw.nl

De sectie Corporate Litigation & Dispute Resolution kent diverse specialisten op dit gebied. Kijk op de **website** voor meer informatie.