

University of Groningen

Aansprakelijkheidsrisico's voor ondernemers prive

Wezeman, Jan Berend

Published in:
Onderneming en Financiering

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2000

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Wezeman, J. B. (2000). Aansprakelijkheidsrisico's voor ondernemers prive. *Onderneming en Financiering*, 2000(41), 54-61.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

MR. J.B. WEZEMAN

Aansprakelijkheidsrisico's voor ondernemers privé

De juridische gedaante van een onderneming varieert met het doel, de activiteiten en de omvang van de onderneming. Als meest eenvoudige verschijningsvorm wordt vaak de eenmanszaak genoemd. Houden twee of meer ondernemers gezamenlijk een onderneming in stand, dan kan sprake zijn van een maatschap (zonder gemeenschappelijke naam) of vennootschap onder firma (met gemeenschappelijke naam). Kenmerkend voor deze ondernemingsvormen is dat de ondernemer zijn volledige vermogen verbonden heeft aan het wel en wee van het bedrijf. Vooral bij het groter worden van de onderneming en het toenemen van de ondernemingsrisico's kan dit een groot nadeel zijn. Veel ondernemers kiezen er mede daarom voor hun onderneming onder te brengen in een rechtspersoon, in het bijzonder in een naamloze of besloten vennootschap. De persoonlijke aansprakelijkheidsrisico's van de eigenlijke ondernemers worden daardoor aanzienlijk verminderd. Aanzienlijk verminderd, maar zeker niet volledig. Zo kan naar Nederlands recht in nogal wat situaties een beroep worden gedaan op de persoonlijke aansprakelijkheid van degenen die de leiding hebben (gehad) over de ondernemingsactiviteiten van een besloten vennootschap. We kunnen zelfs zeggen dat de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders onder invloed van nieuwe wetgeving en een stroom aan jurisprudentie is uitgegroeid tot een kernthema van ons ondernemings- en faillissementsrecht. Daarbij gaat het in hoofdzaak om aansprakelijkheid krachtens een specifieke bepaling in Boek 2 BW, om aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) en om aansprakelijkheid krachtens de nogal specifieke Wet

bestuurdersaansprakelijkheid (WBA). Ik ga in deze bijdrage in op een aantal kwesties rondom deze aansprakelijkheden.¹

Aansprakelijkheid op grond van Boek 2 BW

Boek 2 BW bevat een zevental bepalingen waarop de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders van BV's kan worden gebaseerd. De in 1987 als onderdeel van de derde misbruikwet ingevoerde regeling van artikel 248 wordt daarvan het vaakst ingeroepen. Deze faillissementsaansprakelijkheid komt in een van de volgende paragrafen afzonderlijk aan de orde. Minder bedreigend maar in de praktijk ook belangrijk zijn de aansprakelijkheden van de artikelen 9, 180 en 249. De overige aansprakelijkheden blijven wegens hun meer uitzonderlijke karakter hierna onbesproken.²

Inschrijvings- en stortingsaansprakelijkheid (artikel 2:180 BW)

Een van de eerste aansprakelijkheden waarmee een bestuurder van een BV geconfronteerd kan worden is de inschrijvingsaansprakelijkheid van artikel 180. Totdat de verplichte inschrijving van de BV in het handelsregister heeft plaatsgevonden is ieder van de bestuurders voor elke tijdens hun bestuur verrichte rechtshandeling waardoor de vennootschap wordt verbonden persoonlijk aansprakelijk. Het gaat hier om een aansprakelijkheid die alleen door de derde, de wederpartij van de vennootschap, kan worden ingeroepen. In de praktijk zal de inschrijving van de BV dankzij de notariële begeleiding bij oprichting tijdig plaatsvinden. De inschrijvingsaansprakelijkheid

Aansprakelijkheidsrisico's voor ondernemers privé

van artikel 180 is daarom goed beheersbaar. Anders ligt dat met de eveneens in artikel 180 opgenomen stortingsaansprakelijkheid. De aansprakelijkheid van artikel 180 treedt ook in, indien komt vast te staan dat namens de BV rechtshandelingen zijn verricht in het tijdvak voordat *zowel* ten minste f 40.000 op de aandelen is gestort *en* ten minste 25% van het nominale bedrag van de bij oprichting geplaatste aandelen is gestort. Deze stortingsaansprakelijkheid, die uiteraard beoogt de belangen van de schuldeisers van de BV te beschermen, is verre van theoretisch. Zij speelt met name een rol indien de aandeelhouders niet storten in geld maar in natura. Inbreng anders dan in geld moet volledig en *onverwijld* geschieden na het nemen van het aandeel (artikel 2:191b, lid 2). Vertragingen of fouten in de overdracht van de in te brengen goederen kunnen echter gemakkelijk optreden, waardoor stortingsaansprakelijkheid dreigt. Ook kan achteraf blijken dat de accountant ten onrechte heeft verklaard dat de waarde van de goederen ten minste correspondeert met het bedrag van de wettelijk vereiste storting. Maar ook bij storting in contanten is waakzaamheid geboden. Zo kan de rechter een storting in contanten niet reëel achten indien het gestorte geld door middel van een lening direct is teruggesluisd naar de aandeelhouder.³ Voorts kan de bij storting in contanten vereiste bankverklaring achteraf onjuist blijken te zijn.⁴

De privé-aansprakelijkheid van artikel 180 geldt alleen voor rechtshandelingen en niet voor wettelijke verbintenissen zoals belastingschulden en verbintenissen uit onrechtmatige daad. Een tussencategorie zijn de *indirect* uit rechtshandelingen voortvloeiende verbintenissen, zoals de aan de contractuele loonverplichtingen van een werkgever-BV gerelateerde sociale premies die krachtens de werknemersverzekeringswetten moeten worden afgedragen. De Hoge Raad heeft beslist dat de aansprakelijkheid van artikel 180 zich niet tot deze verbintenissen uitstrekt.⁵ Voor deze terughoudende opstelling pleit dat niet in een disculpatiemogelijkheid is voorzien. De aansprakelijkheid van artikel 180 treedt in ongeacht de vraag of een bestuurder een verwijt kan worden gemaakt van de schending van de inschrijvings- of stortingsplicht bij oprichting.

Onbehoorlijke taakvervulling (artikel 2:9 BW)

Iedere vennootschapsbestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Schending van deze verplichting kan op grond van artikel 9 leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid voor de aan de vennootschap toegebrachte schade. Daarvoor is in

zijn algemeenheid vereist dat sprake is geweest van handelingen die door geen redelijk handelend bestuurder in dezelfde omstandigheden zouden zijn verricht. Of dat het geval is zal steeds van geval tot geval moeten worden beoordeeld, rekening houdend met alle omstandigheden. Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden behoren, zo besliste de Hoge Raad in 1997 in het arrest Van de Ven, onder meer:

'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, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult'.⁶

Bij onbehoorlijke taakvervulling moet niet alleen worden gedacht aan gevallen van fraude of persoonlijke bevoordeling, maar ook aan het maken van ernstige fouten. Gedacht kan met name worden aan handelen of nalaten in strijd met de wet of met de statuten, reglementen of besluiten van de vennootschap – zoals het schenden van de voor dividenduitkeringen geldende regels (artikel 2:216 BW) of het in strijd met interne instructies (onvoordelig) verbinden van de vennootschap aan derden – en vooral ook aan het nemen van onverantwoorde, onnodig grote financiële risico's. Onverantwoord kan zijn het na te laten gebruikelijke verzekeringen af te sluiten, het zonder behoorlijke voorbereiding nemen van beslissingen met grote (financiële) consequenties en het aangaan van transacties die de financiële spankracht van de vennootschap aanmerkelijk te boven gaan. Dergelijke gevallen van onbehoorlijk handelen leiden evenwel alleen tot aansprakelijkheid indien de bestuurders daarvan een *ernstig verwijt* kan worden gemaakt. Zie recentelijk Hoge Raad 10 december 1999, NJ 2000, 6. De bestuurdersaansprakelijkheid van artikel 9 is op dit punt sterk vergelijkbaar met de voor werknemers in het algemeen geldende aansprakelijkheidsregels. Een werknemer die bij de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst schade toebrengt aan zijn werkgever is daarvoor alleen aansprakelijk, zo bepaalt artikel 7:661 BW uitdrukkelijk, indien de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. Een belangrijk verschil is echter dat de bestuurstaak in beginsel een *collegiale* is. Dit brengt in het stelsel van artikel 9 mee dat bij een meerhoofdig bestuur in beginsel iedere bestuurder aansprakelijk is zodra ten aanzien van een van hen of het bestuur als zodanig ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur vaststaat. Een individuele bestuurder mag wel trach-

Aansprakelijkheidsrisico's voor ondernemers privé

ten zich te disculperen. Veel disculpatieruimte is er evenwel niet. De bestuurder zal aannemelijk moeten maken dat het onbehoorlijk bestuur niet aan hem is te wijten en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. De bestuurder kan daarbij met name niet volstaan met een enkel beroep op onbekendheid met wanbestuur van collega's.

Niet iedere onbehoorlijke taakvervulling leidt tot aansprakelijkstelling. Denkbaar is allereerst dat degenen⁷ die namens de vennootschap een bestuurder aansprakelijk zouden kunnen stellen dit niet opportuun achten, bijvoorbeeld omdat zij de interne verhoudingen niet (verder) willen verstoren of de 'vuile was' binnen willen houden. Met name minderheidsaandeelhouders van de vennootschap kunnen hierdoor worden gedupeerd. Minderheidsaandeelhouders kunnen niet afdwingen dat de vennootschap de vordering uit artikel 9 instelt en zij kunnen de bestuurders die door onbehoorlijk bestuur schade hebben toegebracht aan de vennootschap – en daarmee indirect aan de aandeelhouders – in beginsel niet zelf uit onrechtmatige daad aanspreken voor hun van de vennootschap afgeleide schade.⁸ In de tweede plaats kunnen er juridische belemmeringen zijn om de aansprakelijkheid van artikel 9 in te roepen. Zo zal de vordering afstuiten op een *achteraf* aan de bestuurders verleende decharge, zelfs indien de schade opzettelijk is veroorzaakt. Wel is de decharge soms aantastbaar, bijvoorbeeld als zij verleend is door misbruik van meerderheidsmacht en het belang van de rechtspersoon of van minderheidsaandeelhouders onevenredig schaadt. Het besluit tot decharge is dan vernietigbaar op grond van artikel 2:15 lid 1 sub b BW (strijd met de redelijkheid en billijkheid). Ook kan bij gebleken wanbeleid de Ondernemingskamer bij wijze van voorziening op grond van 2:356 BW een dechargebesluit vernietigen.⁹ Ten slotte heeft de Hoge Raad in het hiervoor genoemde arrest Van de Ven de reikwijdte van een expliciet verleende decharge aanzienlijk beperkt. Zo'n decharge strekt zich niet uit tot informatie waarover een individuele aandeelhouder uit anderen hoofde – buiten het verband van de algemene vergadering van aandeelhouders – de beschikking heeft gekregen en evenmin tot hetgeen de aandeelhouders redelijkerwijze konden weten of waarop zij bedacht konden zijn. Een expliciete decharge voor niet aan het dechargerende orgaan bekendgemaakte fouten houdt dus geen stand.

De vordering uit artikel 9 verjaart in beginsel door verloop van vijf jaren na het bekend worden van de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon (artikel 3:310 BW). Deze termijn wordt jegens aansprakelijke

bestuurders die in functie blijven echter verlengd. De verjaring wordt jegens deze bestuurders niet voltooid totdat een half jaar na hun aftreden is verstreken. Zie artikel 3:321 lid 1 sub d jo. 320 BW. Bovendien kan het laten verjaren van een vordering uit artikel 9 onder omstandigheden op zichzelf als onbehoorlijk bestuur worden aangemerkt.

Balansaansprakelijkheid (artikel 2:249 BW)

De meeste BV's dienen jaarlijks publiekelijk inzicht te verschaffen in en rekenschap af te leggen over hun financiële positie door openbaarmaking van de jaarrekening, het jaarverslag en een aantal overige gegevens (zie artikel 2:394 e.v. BW). Derden en bij de vennootschap betrokkenen kunnen zich zo een verantwoord oordeel vormen omtrent het vermogen, het resultaat, de solvabiliteit en de liquiditeit van de vennootschap. Om misleiding van derden tegen te gaan moet bij elke openbaarmaking in ieder geval een accountantsverklaring worden gevoegd (artikel 2:395 BW). Dit sluit echter niet uit dat publicatie van onjuiste gegevens tot civielrechtelijke aansprakelijkheid kan leiden. Indien door de jaarrekening, door het jaarverslag of door bekendmaking van tussentijdse cijfers (zoals kwartaalcijfers maar ook een emissieprospectus) een misleidende voorstelling wordt gegeven van de toestand van de vennootschap, zijn de bestuurders tegenover derden hoofdelijk aansprakelijk voor de schade, door deze derden dientengevolge geleden. Zie artikel 249 BW.

Van misleiding is sprake indien de door de vennootschap bekendgemaakte gegevens op onbehoorlijke wijze een te gunstige of te ongunstige voorstelling wekken, die aan een verantwoord oordeel omtrent vermogen en resultaat in de weg staat. De misleiding kan ontstaan indien financiële gegevens niet zijn opgemaakt of gepresenteerd overeenkomstig hetgeen in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar en gebruikelijk wordt beschouwd. We kunnen daarbij denken aan het toepassen van onjuiste waarderinggrondslagen, het verbloemen van verliezen, of aan het ten onrechte verwerken van een belangrijke omzet- en winstpost.

De balansaansprakelijkheid bestaat alleen tegenover derden, zoals schuldeisers, leveranciers en werknemers van de vennootschap die ten gevolge van de misleidende informatie vermogensschade lijden. In wezen is artikel 249 niet meer dan een uitwerking van de onrechtmatige-daadsaansprakelijkheid. Een bijzonderheid is wél dat de gelaedeerde niet hoeft te bewijzen dat de aangesproken bestuurder een verwijt van de misleiding kan worden gemaakt. De balansaansprakelijkheid treedt weliswaar alleen in bij

Aansprakelijkheidsrisico's voor ondernemers privé

verwijtbare onwaarheden in de verstrekte gegevens, maar die verwijtbaarheid wordt vermoed tenzij de aangesprokene aantoonde dat de misleiding niet aan hem te wijten is. Bestuurders, die nu eenmaal goed op de hoogte moeten zijn van de financiële positie van de rechtspersoon, zullen daarin niet snel slagen. Zo zullen zij zich niet snel achter een goedkeurende accountantsverklaring kunnen verschuilen. Wel is denkbaar dat de disculpatie slaagt indien de misleiding verband houdt met door de aandeelhoudersvergadering bij de vaststelling van de jaarrekening aangebrachte wijzigingen.

Derde misbruikwet: faillissementsaansprakelijkheid (artikel 2:248 BW)

De derde misbruikwet, ook wel genoemd Wet bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement (WBF) leidde op 1 januari 1987 tot invoering van artikel 248. Deze bepaling is nu dus ruim 13 jaar van kracht en wordt regelmatig toegepast. Zij kan leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid voor alle onbetaald gelaten schulden in geval van faillissement van de BV en vormt een aanmerkelijk aansprakelijkheidsrisico.¹¹ De reikwijdte van de WBF is sinds haar invoering afgetast in zo'n 125 gepubliceerde rechterlijke uitspraken, waaronder 9 van de Hoge Raad. Na een aanvankelijk terughoudende opstelling doen curatoren van gefailleerde vennootschappen de laatste jaren in toenemende mate een beroep op de WBF.

Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling

De bestuurdersaansprakelijkheid van de WBF treedt in, indien het faillissement van de vennootschap in belangrijke mate is veroorzaakt door kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement (artikel 248 lid 1 en lid 6). Van onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur is al sprake indien één van de bestuurders – of van daarmee gelijkgestelden (zie hierna) – onbehoorlijk heeft bestuurd. Het is uiteraard lastig vast te stellen of de bestuurders hun taak daadwerkelijk kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld. Deze sterk feitelijk gekleurde vraag zal door de rechter steeds van geval tot geval moeten worden beantwoord, waarbij hij in de praktijk sterk leunt op de tijdens de parlementaire behandeling van de WBF gegeven omschrijving en voorbeelden van kennelijk onbehoorlijk bestuur. De WBF-aansprakelijkheid is kort gezegd alleen aan de orde indien de schuldeisers van de vennootschap schade hebben geleden door verwijtbaar ernstig onverantwoordelijk of onbezonnen bestuur. Maatstaf daarbij is de vraag hoe een *redelijk denkend bestuurder* onder dezelfde omstandigheden

zou hebben gehandeld. Hoewel aan deze normering een (noodzakelijke) vaagheid niet kan worden ontzegd volgen als gezegd tot nu toe geen grote verrassingen uit de jurisprudentie over de aansprakelijkheidsgrondslag van artikel 248 lid 1. Ter illustratie: door de rechter is onder meer als kennelijk onbehoorlijk bestuur aangemerkt het door onderlinge twisten en tweespalt in de maanden voor het faillissement niet meer toekomen aan het besturen van de vennootschap, het met wetenschap van benadeling van schuldeisers uitvoering geven aan een financieel onvoldoende gedekt investeringsplan, het aannemen van een productieorder die door de vennootschap niet kan worden uitgevoerd, het uitvoeren van een nietig dividenduitkeringsbesluit.¹²

Behoudens in de gevallen van artikel 248 lid 2 (zie hierna) rust de bewijslast van de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door een of meer van de bestuurders in beginsel op de curator, die als enige bevoegd is de WBF-aansprakelijkheid ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde vennootschap in te roepen. Het kan de bewijs- en onderhandelingspositie van de curator ten goede komen indien het gewraakte bestuur in een tegen de vennootschap gerichte enquêteprocedure (zie artikel 2:344 e.v. BW) is onderzocht. De uitspraak van de OK dat sprake is geweest van wanbeleid van het bestuur kan als opstap dienen voor het aantonen van kennelijk onbehoorlijk bestuur, met name indien het wanbeleid verband houdt met benadeling van schuldeisers wegens belangenverstremming, publicatie van misleidende jaarrekeningen of onzorgvuldig voorbereide, onverantwoorde investeringen. De OK heeft onlangs aangenomen dat de curator, hoewel hij in de enquêteprocedure niet wordt genoemd, als representant van de gefailleerde vennootschap zelf om een enquête bij de vennootschap kan verzoeken.¹³

Wie is bestuurder?

De bestuurdersaansprakelijkheid van de WBF treft allereerst iedere bestuurder in formele zin van de gefailleerde BV, daaronder begrepen gewezen bestuurders (dat wil zeggen zij die in de periode van drie jaren onmiddellijk voorafgaande aan het faillissement op enig moment bestuurder zijn geweest maar voor het faillissement zijn gedefungeerd).

Is de bestuurder een rechtspersoon, dan kan de WBF-aansprakelijkheid van deze rechtspersoon op grond van artikel 2:11 BW worden 'doorgeschakeld' naar de uiteindelijke bestuurder/natuurlijk persoon. Voor de vraag wie bestuurder is zal de curator in eerste instantie te rade gaan bij het handelsregister. Beslissend is het handelsregister echter niet. Een aan-

Aansprakelijkheidsrisico's voor ondernemers privé

sprakelijk gestelde bestuurder kan de eventuele onjuistheid van de inschrijving aan de curator tegenwerpen indien hij die onjuistheid overtuigend kan bewijzen. De curator komt hier geen beroep toe op de bescherming van artikel 18 Handelsregisterwet. Deze bepaling beschermt immers alleen derden te goeder trouw bij vorderingen gegrond op aangegane rechtsbetrekkingen, niet bij vorderingen die hun grondslag vinden in de wet.¹⁴

Het zevende lid van artikel 248 stelt met bestuurders gelijk degenen die feitelijk als waren zij bestuurder het beleid van de vennootschap hebben (mede)bepaald. De rechter geeft aan het begrip (mede)beleidsbepaler een vrij enge invulling. Het moet gaan om een persoon die zich niet alleen vergaand met het beleid heeft bemoeid, maar tevens een of meer van de bestuurders in formele zin ter zijde heeft gesteld.¹⁵

De bijzondere bewijsregels van lid 2

Zodra vaststaat dat de vennootschap de administratie- of publicatieverplichtingen van de artikelen 2:10 en 394 BW heeft verwaarloosd mag allereerst zonder meer als *vaststaand* worden aangenomen dat ieder der bestuurders zijn taak ook voor het overige kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Bovendien geldt in dat geval het weerlegbare *vermoeden* dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Voor de slagkracht van de WBF blijken deze twee bewijsregels in de praktijk van groot belang. Het merendeel van de onder de WBF berechte zaken heeft betrekking op dit tweede lid. Zo is regelmatig de vraag in geding of het bestuur op juiste wijze aan zijn administratieverplichtingen heeft voldaan. Probleem hierbij is uiteraard dat de door artikel 2:10 BW aan de administratie gestelde eisen niet strak omlind zijn. Daar komt bij dat voor toepassing van de WBF onbelangrijke verzuimen niet in aanmerking mogen worden genomen (artikel 248 lid 2, laatste zin). Deze laatste tegemoetkoming aan de bestuurders speelt in rechte ook regelmatig een rol bij de vraag of de jaarrekening tijdig openbaar is gemaakt.

Voor toepassing van artikel 248 lid 2 hanteert de rechter de maatstaven waaraan een deugdelijke boekhouding dient te voldoen met enige soepelheid. Voldoende lijkt te zijn dat administratieve bescheiden zodanig zijn gearhiveerd dat – zij het met enige moeite – een redelijk inzicht in de ontwikkeling van het vermogen, in het totaalresultaat en in de debiteuren- en crediteurenpositie kan worden verkregen.¹⁶ Daarentegen is de rechter snel geneigd aan te nemen dat de boekhoudingsplicht is geschonden in geval er

aanwijzingen zijn voor 'zwarte' betalingen aan personeel, premie- en belastingontduiking of vervalste facturen etc.¹⁷

De vraag of de vennootschap al dan niet voldaan heeft aan de publicatieverplichting van artikel 2:394 BW levert minder problemen op. Lastig is hier eigenlijk alleen de vraag in hoeverre een te late openbaarmaking van de jaarrekening – dat wil zeggen na dertien maanden na het einde van het boekjaar – nog als onbelangrijk verzuim door de vingers mag worden gezien. Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat het tot ca. twee weken te laat publiceren mag worden afgedaan als een onbelangrijk verzuim. Of ook een langere termijnoverschrijding als een onbelangrijk verzuim kan gelden hangt in het bijzonder af van de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid.¹⁸

Staat vast dat de administratie- of publicatieverplichting is geschonden, dan kan een bestuurder de WBF-aansprakelijkheid alleen nog afwenden met een disculpatieverweer in de zin van het derde lid van artikel 248 (zie hierna) of door aannemelijk te maken dat het faillissement uitsluitend of althans in overwegende mate is veroorzaakt door (externe) omstandigheden, zoals onvoorziene omzetzalingen.¹⁹ Als externe omstandigheid kan niet gelden het insolvent worden van de moedervennootschap waarmee een gefailleerde dochtervennootschap (te) nauw was verweven.²⁰

Disculpatie niet eenvoudig

Niet aansprakelijk is de bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur af te wenden (artikel 248 lid 3). De rechter honoreert disculpatieverweeren slechts bij hoge uitzondering. Deze terughoudendheid uit zich met name ten aanzien van bestuurders die ter disculpatie een beroep doen op een binnen het bestuur gemaakte taakverdeling. De rechter gaat ervan uit dat een interne taakverdeling de algemene verantwoordelijkheid van iedere bestuurder voor het gevoerde bestuur in beginsel niet wegneemt. Meer kans op disculpatie maken aansprakelijk gestelde bestuurders die pas *na* de gemaakte bestuursfouten zijn aangetreden of juist al *voor* het onbehoorlijke bestuur zijn afgetreden. Dat geldt ook in lid 2-gevallen. Zo honoreerde het Hof Den Haag bij arrest van 28 september 1999²¹ het disculpatieverweer van een bestuurder die er geen verwijt van kon worden gemaakt dat de boekhoudingsplicht al voor zijn aantreden was geschonden. Ook het aanvaarden van een

Aansprakelijkheidsrisico's voor ondernemers privé

bestuursfunctie in de wetenschap dat er geen deugdelijke boekhouding was, merkte het hof in deze zaak niet als verwijtbaar aan.

Enkele effectueringskwesaties

Bij het geldend maken van de WBF-aansprakelijkheid kunnen verschillende complicaties rijzen. Een daarvan betreft de vaststelling van de omvang van de aansprakelijkheid. De bestuurders zijn in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort, dat wil zeggen voor het gehele bedrag van de schulden van de vennootschap voorzover deze niet uit de boedel kunnen worden voldaan. Ook de pas na het faillissement ontstane schulden van de vennootschap, zoals de algemene faillissementskosten, worden bij de berekening van dit tekort meegeteld. De rechter kan het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn echter matigen op de gronden genoemd in artikel 248 lid 4. Deze gronden zijn limitatief bedoeld. Matiging ten aanzien van het gehele bestuur is slechts mogelijk gelet op de aard en ernst van het onbehoorlijk bestuur of gelet op de wijze waarop de curator het faillissement heeft afgewikkeld. Matiging ten aanzien van een individuele bestuurder is slechts mogelijk gelet op de tijd waarin de bestuurder in functie is geweest. Naar mijn indruk maakt de rechter een royaal gebruik van deze matigingsbevoegdheid, met name in gevallen waarin de aansprakelijkheid is gebaseerd op de strenge bewijsregels van artikel 248 lid 2.²² Verrassend is het vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 26 juni 1997.²³ Ondanks het limitatieve karakter van de matigingsgronden genoemd in artikel 248 lid 4, matigde de rechter hier, buiten lid 4 om, op grond van overwegingen van redelijkheid en billijkheid.

Een andere complicatie die bij het geldend maken van de WBF-aansprakelijkheid kan rijzen is de vraag of de WBF-actie van de curator kan samengaan met een – veelal – op onrechtmatige daad gebaseerde actie van een individuele schuldeiser van de vennootschap tegen de bestuurders. De meningen hierover zijn verdeeld. Totdat de Hoge Raad over deze kwestie duidelijkheid heeft verschaft dient een bestuurder er daarom rekening mee te houden dat hij niet alleen door de curator maar ook – en wel op grond van artikel 6:162 BW – door een benadeelde vennootschaps-schuldeiser zelf kan worden aangesproken. Dat betekent ook dat een door de curator met de bestuurders getroffen schikking voor de laatsten geen garantie biedt dat zij verder uit de gevarenzone zijn.

Tweede misbruikwet: aansprakelijkheid voor premies en belastingen

Tegelijk met de WBF is op 1 januari 1987 de tweede misbruikwet of Wet bestuurdersaansprakelijkheid (WBA) ingevoerd. Deze wet wil voorkomen dat ondernemers bij liquiditeitsproblemen ongevraagd 'lenen' van de fiscus, het Landelijk instituut sociale verzekeringen (Lisv) of het bedrijfspensioenfonds door afdracht van ingehouden loonbelasting, sociale premies of pensioenbijdragen uit te stellen. De kernbepalingen van de WBA kunnen thans worden gevonden in artikel 36 Invorderingswet, artikel 16d Coördinatiewet sociale verzekering en in artikel 18b Wet verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds. Deze aansprakelijkheidsbepalingen zijn enerzijds nogal specifiek en vertonen anderzijds veel gelijkenis met de WBF-aansprakelijkheid. Ik vat de WBA-regeling daarom slechts kort samen.

De WBA-aansprakelijkheid treedt in, indien de vennootschap de genoemde premies, belasting of bijdragen uiteindelijk niet kan afdragen en deze betalingsonmacht *te wijten* is aan kennelijk onbehoorlijk bestuur. De bewijslast van het onbehoorlijke bestuur rust in beginsel op het uitvoeringsorgaan (de ontvanger, het Lisv en het bedrijfspensioenfonds). Dit is anders indien de bestuurders de zogenoemde meldingsplicht hebben geschonden. Deze meldingsplicht vervult in de WBA een sleutelrol. De WBA verplicht de bestuurders eventuele betalingsonmacht tijdig aan het uitvoeringsorgaan te melden. De daarvoor geldende regels zijn uitgewerkt in AMvB's. Bij schending van de meldingsplicht wordt vermoed dat de betalingsonmacht aan de bestuurders is te wijten. Een bestuurder kan dit vermoeden alleen weerleggen indien hij eerst aannemelijk weet te maken dat de schending van de meldingsplicht niet aan hem is te wijten. Deze op zich strenge regeling wordt in de praktijk aanmerkelijk verlicht doordat de rechter geen hoge eisen stelt aan de *vorm* van de melding. De rechter neemt veelal aan dat aan de meldingsplicht is voldaan zodra de bestuurders het uitvoeringsorgaan feitelijk van de betalingsproblemen op de hoogte hebben gesteld. Het faillissement van de vennootschap wordt zelfs aangemerkt als een 'openbare' melding waarvan het uitvoeringsorgaan geacht wordt op de hoogte te zijn.²⁴

Onrechtmatige daad

De gevallen waarin bestuurders van BV's persoonlijk aansprakelijk zijn te stellen uit hoofde van het algemene onrechtmatige-daadsartikel 6:162 BW zijn zeer gevarieerd. Globaal gesproken kunnen we echter drie categorieën aanwijzen.

Aansprakelijkheidsrisico's voor ondernemers privé

Allereerst kan sprake zijn van een eigen onrechtmatig handelen van een bestuurder in verband met door de BV gepleegde onrechtmatige daden. De bestuurder moet dan ernstig verwijtbaar hebben gehandeld in strijd met de zorgvuldigheid die hij zelf jegens de benadeelde in acht had moeten nemen. Deze aansprakelijkheid van bestuurders speelt tegenwoordig vooral een rol bij door de rechtspersoon veroorzaakte milieuschade. Functionarissen van vervuilende bedrijven kunnen op grond van artikel 75 Wet bodembescherming c.q. artikel 6:162 BW naast de rechtspersoon worden aangesproken indien zij (feitelijk) leiding hebben gegeven aan de vervuilende activiteiten of deze activiteiten hebben goedgevonden en tekort zijn geschoten in de zorg voor een goed bedrijfsmilieubeheer. De rechter merkt de bestuurders in formele zin snel aan als degenen die de feitelijke leiding hebben gehad. Bestuurders kunnen voorts op grond van een eigen onrechtmatige daad jegens derden aansprakelijk zijn voor door de rechtspersoon onbetaald gelaten schulden uit rechtshandelingen. Daarbij gaat het om gevallen waarin bestuurders als vertegenwoordigers van de rechtspersoon lichtvaardig ten name van de rechtspersoon schulden zijn aangegaan, ten onrechte kredietwaardigheid van de rechtspersoon hebben voorgewend of betaling van de schuldeisers hebben belemmerd, verhinderd of welbewust zonder noodzaak hebben geweigerd. Aansprakelijkheid wegens lichtvaardig contracteren treedt alleen in, indien de bestuurder bij het aangaan van de schuld al weet of redelijkerwijze behoort te begrijpen dat de rechtspersoon niet of niet binnen een redelijke termijn aan zijn verplichtingen zal kunnen voldoen en geen verhaal zal bieden voor de schade die de schuldeiser ten gevolge van die wanprestatie zal lijden.²⁵ Het bewijs daarvan moet in beginsel door de schuldeiser worden geleverd. De redelijkheid en billijkheid kan echter meebrengen dat de rechter de bewijslast anders verdeelt, met name

indien er aanwijzingen zijn voor betalingsonwil aan de zijde van de bestuurder die overheersende zeggenschap over de vennootschap heeft.²⁶

Een derde categorie wordt gevormd door de bestuurders die bewust de verhaalspositie van de schuldeisers van de rechtspersoon hebben benadeeld. Bestuurders van BV's maken zich in het algemeen nog niet persoonlijk schuldig aan een onrechtmatige daad tegenover een schuldeiser, wanneer zij er enkel niet op toezien dat de vennootschap tijdig haar financiële verplichtingen tegenover deze schuldeiser nakomt. Er zal sprake moeten zijn van bijkomende omstandigheden waaruit kan worden afgeleid dat aan de bestuurders zelf een voldoende ernstig verwijt²⁷ van de betalingsonmacht is maken, bijvoorbeeld doordat zij – al dan niet met het oogmerk van persoonlijke bevoordeling – de activa van de vennootschap hebben vervreemd zonder voldoende rekening te houden met de belangen van de schuldeisers. We kunnen daarbij denken aan gevallen van ongeoorloofde selectieve betaling.²⁸

Slot

Ondernemers die bestuursfuncties binnen vennootschappen vervullen dienen zich bewust te zijn van het gevaar persoonlijk aansprakelijk te zijn voor in hun functie veroorzaakte schade of voor de verbintenissen van de vennootschap. Overzien we de mogelijke aansprakelijkheidsgrondslagen, dan wordt duidelijk dat niet kan worden gesproken van risico-aansprakelijkheid. Privé-aansprakelijkheid kan slechts intreden indien de bestuurder een (ernstig) verwijt kan worden gemaakt. Opvallend is verder dat de strenge WBF- en WBA-aansprakelijkheden in de praktijk door de rechter ten gunste van de bestuurders met enige soepelheid worden toegepast. Per saldo kunnen we concluderen dat de mogelijkheden bestuurders van BV's persoonlijk aansprakelijk te houden binnen aanvaardbare grenzen blijven.

Aansprakelijkheidsrisico's voor ondernemers privé

- 1 Ik beperk me in deze bijdrage tot de aansprakelijkheid van bestuurders van besloten vennootschappen. Voor bestuurders van naamloze vennootschappen gelden in beginsel dezelfde regels.
- 2 Het gaat om de kapitaal aansprakelijkheden van de artikelen 207a en 207d en om de kostenveroordeling van artikel 354.
- 3 Rechtbank Den Haag 4 maart 1998, JOR 1998, 74.
- 4 Vergelijk Rechtbank Rotterdam 19 september 1996, JOR 1996, 117 en 118 en Rechtbank Arnhem 6 februari 1997, JOR 1997, 39.
- 5 Hoge Raad 4 oktober 1996, NJ 1997, 187 m.nt Ma (Likea).
- 6 Hoge Raad 10 januari 1997, NJ 1997, 360. Zie ook Hoge Raad 11 juni 1999, JOR 1999, 146 (Hendriks).
- 7 De vordering uit artikel 9 kan in beginsel door een of meer van de vertegenwoordigingsbevoegde bestuurders worden ingesteld. Bij aansprakelijkstelling van een zittende bestuurder kan de tegenstrijdig-belangregeling van artikel 2:256 BW meebrengen dat de vordering moet worden ingesteld door de commissarissen of door een bijzondere vertegenwoordiger, daartoe aangewezen door de aandeelhoudersvergadering. In geval van faillissement van de vennootschap kan alleen de curator ageren.
- 8 Zie met name Hoge Raad 2 december 1994, NJ 1995, 288 (Poot-ABP); Hoge Raad 29 november 1996, NJ 1997, 178 (Cri Cri) en Hoge Raad 2 mei 1997, NJ 1997, 662 (Kip&Sloetjes-Rabobank).
- 9 Zie o.a. Hoge Raad 4 juni 1997, NJ 1997, 671 (Text Lite).
- 10 Zie Hoge Raad 11 juni 1999, JOR 1999, 146 (Hendriks).
- 11 Eenzelfde aansprakelijkheid geldt krachtens de artikelen 50a, 53a, 138 en 300a voor bestuurders van NV's en voor bestuurders van vennootschapsbelastingplichtige verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen.
- 12 Vergelijk o.a. Rechtbank Utrecht 17 juli 1996, JOR 1997, 1; Rechtbank Maastricht 22 augustus 1996, JOR 1997, 2; Hof Amsterdam 4 september 1997, JOR 1997, 127; Rechtbank Utrecht 3 maart 1999, JOR 1999, 221; Rechtbank Rotterdam 15 april 1999, 168.
- 13 OK 4 november 1999, JOR 2000, 7 (Holding Agrarische Fossilisatie). Overigens moet in het oog worden gehouden dat de aansprakelijkheidsrechter niet gebonden is aan het oordeel van de OK. De bestuurder mag in de aansprakelijkheidsprocedure voor de gewone rechter nieuwe feiten aanvoeren of de door de OK vastgestelde feiten in een ander licht plaatsen.
- 14 Hoge Raad 28 juni 1996, NJ 1997, 58 (Bodam Jachtservice).
- 15 Zie ter illustratie Rechtbank Utrecht 3 februari 1999, JOR 1999, 220 en Hof Den Haag 28 september 1999, JOR 1999, 252.
- 16 Vergelijk Hoge Raad 11 juni 1993, NJ 1993, 713. Zie ter illustratie ook Rechtbank Zutphen 5 maart 1998, JOR 1998, 91.
- 17 Vergelijk Rechtbank Utrecht 3 februari 1999, JOR 1999, 220.
- 18 Vergelijk Hoge Raad 11 juni 1993, NJ 1993, 713 (Kempers en Sarper); Hoge Raad 2 februari 1996, NJ 1996, 406; Rechtbank Den Haag 18 maart 1998, JOR 1998, 759; Rechtbank Utrecht 3 februari 1999, JOR 1999, 220; Rechtbank Utrecht 3 maart 1999, 221.
- 19 Vergelijk Hoge Raad 5 juni 1998, JOR 1998, 106 en Hof Den Haag 28 september 1999, 252.
- 20 Rechtbank Arnhem 8 juli 1999, JOR 1999, 177.
- 21 JOR 1999, 251.
- 22 Vergelijk o.a. Rechtbank Breda 10 juni 1997, JOR 1997, 95 en Rechtbank Utrecht 17 juli 1996, JOR 1997, 1.
- 23 JOR 1997, 140.
- 24 Zie verder over de WBA: J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders*, diss. Groningen, Kluwer 1998, p. 129-271.
- 25 Vergelijk Hoge Raad 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 (Beklamel); Hoge Raad 20 november 1998, NJ 1999, 684 (Mokster Shipping-Wijsmuller); Hoge Raad 5 november 1999, NJ 2000, 35. Bij arrest van 8 januari 1999, RvdW 1999, 5 (Pelco-Sturkenboom) besliste de Hoge Raad dat ook de bestuurder die niet zelf namens de vennootschap de rechtshandeling pleegde maar daarbij wel nauw betrokken was, aansprakelijk kan worden gesteld.
- 26 Vergelijk Hoge Raad 3 april 1992, NJ 1992, 411 (Van Waning-Van der Vliet); Hoge Raad 10 juni 1994, NJ 1994, 766 (Romme-Bakker); Hoge Raad 20 november 1998, NJ 1999, 684 (Mokster Shipping-Wijsmuller).
- 27 Vergelijk Hoge Raad 18 februari 2000, RvdW 2000, 64C (New Holland Belgium).
- 28 Vergelijk Hoge Raad 12 juni 1998, NJ 1998, 727 (Coral-Stalt Holding).