



Bestuurdersaansprakelijkheid bij een B.V.

Veel bestuurders van een B.V. maken zich – terecht – zorgen of zij aansprakelijk gesteld kunnen worden voor verplichtingen van de B.V. waarvan zij bestuurder (directeur) zijn. Zo'n aansprakelijkstelling heeft immers privé grote gevolgen.

Maar erg groot zijn de risico's voor een goedwillende bestuurder niet. In de wet en de rechtspraak is de lat bewust hoog gelegd. Uitgangspunt van ons rechtssysteem is dat alleen de vennootschap zelf aansprakelijk is voor de schulden die in haar naam zijn aangegaan. Niet voor niets heet de B.V. voluit 'besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid'. Slechts als de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt van handelen (of nalaten) waardoor schade is ontstaan, kan ruimte zijn voor persoonlijke aansprakelijkheid.

De Hoge Raad rechtvaardigt een hoge drempel voor persoonlijke aansprakelijkheid (bij herhaling) met de motivering dat dient te worden voorkomen dat bestuurders zich te defensief gaan opstellen omdat zij bang zijn voor aansprakelijkheid.

Die hoge lat zit vaak aardig in de weg bij schuldeisers die geen verhaal op de vennootschap kunnen halen. Zij willen doorpakken naar de bestuurder privé, maar vangen vaak bot. Ook kwaadwillende bestuurders ontspringen vaak de dans...

Verschillende vormen van bestuurdersaansprakelijkheid

Er bestaan in de praktijk meerdere grondslagen voor bestuurdersaansprakelijkheid bij de B.V., waarvan ik er drie zal uitwerken in dit artikel:

- Interne aansprakelijkheid voor schade die door de B.V. zelf wordt geleden;
- Aansprakelijkheid in faillissement, waarbij de curator namens de gezamenlijke schuldeisers de vordering instelt;
- Externe aansprakelijkheid tegenover derden (contractspartijen en/of schuldeisers van de vennootschap).

Daarnaast bestaan nog specifieke aansprakelijkheidsbepalingen, bijvoorbeeld in fiscale wetgeving, voor een misleidende jaarrekening, voor overtreding van milieuwetgeving of economische delicten etc. Die laat ik hier buiten beschouwing.

Interne bestuurdersaansprakelijkheid (artikel 2:9 BW)

Deze aansprakelijkheid is gebaseerd op artikel 2:9 BW dat bepaalt:

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 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.



De norm is dus 'een behoorlijke vervulling van de bestuurstaak'. De bestuurder wordt niet zozeer afgerekend op het resultaat van zijn handelen, maar op de vraag of hij behoorlijk zijn best doet (een inspanningsverplichting). Daarbij geldt volgens de Hoge Raad dat aan een bestuurder de eis kan worden gesteld dat hij beschikt over het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.

Als een bestuurder zijn taak niet behoorlijk vervult is hij nog niet meteen aansprakelijk. Volgens lid 2 is hij pas aansprakelijk als hem een *ernstig verwijt* kan worden gemaakt.

Of sprake is van een ernstig verwijt is afhankelijk van alle omstandigheden van de specifieke situatie. Voorbeelden van relevante omstandigheden zijn: de aard van de bedrijfsactiviteiten, de algemene risico's bij die activiteiten, de taakverdeling binnen het bestuur, de interne richtlijnen, en de informatie waarover de bestuurder beschikte of hoorde te beschikken. Zo zullen bij een onderneming met een werkplaats waarin gevaarlijke stoffen worden verwerkt hogere veiligheidseisen gelden dan bij een accountantskantoor, en zal dus eerder een ernstig verwijt kunnen worden gemaakt als door slordigheid brand ontstaat.

Daarnaast geldt dat een bestuurder in principe niet aansprakelijk kan worden gesteld op deze grond als aan hem décharge is verleend door de algemene vergadering. Decharge wordt meestal jaarlijks verleend, onmiddellijk na het vaststellen van de jaarrekening, en geldt dan voor de bestuursperiode die samenvalt met die jaarrekening. De reikwijdte van de (jaarlijkse) decharge is beperkt tot feiten die blijken uit de jaarrekening en feiten die op een andere wijze met de algemene vergadering zijn gedeeld. Met andere woorden: als zaken voor de algemene vergadering worden verzwegen, vallen deze niet onder de verstrekte decharge. Decharge wordt meestal ook verleend als de bestuurder aftreedt.

De interne aansprakelijkheid van artikel 2:9 BW geldt in principe voor het hele bestuur gezamenlijk. Het behoorlijk besturen is een 'collegiale verantwoordelijkheid' van alle bestuurders samen. Als vaststaat dat schade is ontstaan door onbehoorlijk bestuur, dan zijn in principe alle bestuurders daarvoor individueel en geheel aansprakelijk. De vennootschap kan zich verhalen op de bestuurder die het meeste verhaal biedt, ongeacht of hem het meeste schuld treft. De bestuurders moeten vervolgens onderling op elkaar verhaal halen om de schade te verdelen.

Een individuele bestuurder kan proberen onder de aansprakelijkheid uit te komen door aan te tonen dat hem geen verwijt kan worden gemaakt omdat het handelen niet onder zijn taak/verantwoordelijkheid viel. Dan moet hij ook aantonen dat hij voldoende heeft gedaan om de schade van het onbehoorlijk bestuur te voorkomen.

Maar een taakverdeling kan een bestuurder lang niet altijd helpen. Formeel moet het gaan om een taakverdeling op basis van de wet of statuten. Maar los daarvan geldt dat alle bestuurders verantwoordelijk zijn voor de algemene gang van zaken, waaronder de strategie, financiën, ingrijpende besluiten e.d. Die onderwerpen behoren dus tot eenieders taak en verantwoordelijkheid, zodat iedere bestuurder daarvoor altijd verantwoordelijkheid draagt.

Een vordering wegens interne bestuurdersaansprakelijkheid (artikel 2:9 BW) kan alleen worden ingesteld door de vennootschap zelf, of door de curator namens de vennootschap (na faillissement). Daarbij kan dan schadevergoeding worden gevorderd voor de schade die is ontstaan door de onbehoorlijke taakvervulling.



Aansprakelijkheid in faillissement (artikel 2:248 BW)

Deze aansprakelijkheid is gebaseerd op artikel 2:248 BW, waarvan de voornaamste artikelliden als volgt luiden:

1. In geval van faillissement van de 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. (...)
3. 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 daarvan af te wenden.
(...)
6. De vordering kan slechts worden ingesteld op grond van onbehoorlijke taakvervulling in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement. Een aan de bestuurder verleende kwijting staat aan het instellen van de vordering niet in de weg.
7. Met een bestuurder wordt voor de toepassing van dit artikel gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder. De vordering kan niet worden ingesteld tegen de door de rechter benoemde bewindvoerder.

Deze aansprakelijkheid kan alleen worden ingeroepen door de curator in een faillissement van de vennootschap, namens de gezamenlijke schuldeisers. Het moet daarbij gaan om onbehoorlijk handelen in de drie jaar voorafgaand aan het faillissement.

Naast bestuurders kunnen (op grond van lid 7) ook feitelijk beleidsbepalers aansprakelijk worden gesteld (ook wel genoemd 'pseudo-bestuurders'). Het moet dan gaan om personen die zich zo intensief met de vennootschap hebben bemoeid dat zij in feite hebben gehandeld alsof zij bestuurder zijn. Dat kan zich voordoen wanneer de bestuurder feitelijk een 'vooruitgeschoven post' is die zich geheel door een ander laat instrueren, maar ook wanneer aandeelhouders, commissarissen etc. de bestuurders feitelijk overvleugelen en ter zijde schuiven.

De grondslag voor deze aansprakelijkheid is formeel:

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

Wanneer is nu sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur als bedoeld onder (a)? Niet voor niets wordt het woord 'kennelijk' gebruikt. Het bestuur moet *kennelijk* (evident) onbehoorlijk zijn. Bestuurders zijn niet aansprakelijk voor verkeerde inschattingen, onjuist beleid of onopzettelijke domheden. Door de Hoge Raad is als norm gesteld dat geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden op deze manier gehandeld zou hebben. Daarbij is bovendien vereist is dat het bestuur op dat moment wist of behoorde te weten dat de schuldeisers door het handelen (of nalaten) zouden worden benadeeld.

De norm ligt in feite dichtbij de norm voor interne aansprakelijkheid (zoals hiervoor beschreven): het ernstig verwijt.

De curator krijgt daarbij twee extra tools: (1) als de administratie van de vennootschap niet op orde is of (2) als de jaarrekeningen niet tijdig zijn gedeponeerd bij het Handelsregister geldt dat vaststaat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur, en dat dus voldaan is aan het vereiste onder (a). Daartegen kan de bestuurder dan niets meer inbrengen.



Maar ook het verweer tegen het vereiste onder (b) wordt in deze gevallen bemoeilijkt. Aangenomen wordt dat in principe voldaan is aan het vereiste onder (b), dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De bewijslast draait daardoor om: bestuurders moeten dan aannemelijk maken dat hun (onbehoorlijk) handelen *niet* de oorzaak is van het faillissement. Ze moeten in dat geval concreet stellen en aannemelijk maken welke externe oorzaken zijn aan te wijzen voor het faillissement. Daarvoor volstaat niet om algemeenheden aan te voeren, zoals een tegenzittende markt (recessie), de sterke concurrentie in het algemeen etc..

Als een of meer bestuurders hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld, leidt dit in principe tot aansprakelijkheid van het hele bestuur. Het bestuur is collegiaal / collectief aansprakelijk voor het gevoerde bestuur. Daarbij biedt de wet wel een escape voor de bestuurder die kan bewijzen dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem te wijten was en dat hij niet nalatig was om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur af te wenden. Dat is een pittige bewijslast.

De inzet is hoog: een bestuurder die op basis van dit artikel wordt veroordeeld is in principe aansprakelijk voor het gehele tekort in het faillissement. De wet biedt daarbij aan de rechter de bevoegdheid om de aansprakelijkheid te matigen:

- hij kan de aansprakelijkheid van het hele bestuur beperken als het bedrag van de aansprakelijkheid hem 'bovenmatig' voorkomt, gelet op de aard en ernst van het handelen of nalaten, andere oorzaken van het faillissement en de manier waarop het faillissement is afgewikkeld, en;
- hij kan de aansprakelijkheid voor een individuele bestuurder beperken omdat die bestuurder maar tijdens een deel van het onbehoorlijk bestuur in functie was.

Aansprakelijkheid jegens individuele schuldeisers (artikel 6:162 BW)

Naast bovenstaande vormen van bestuurdersaansprakelijkheid – jegens de vennootschap en jegens de curator – kan een bestuurder ook aansprakelijk worden gesteld door een of meer individuele schuldeisers van de vennootschap. Die schuldeisers kunnen zich daarvoor dan baseren op de algemene grondslag van de onrechtmatige daad. Vereist is dan dat de bestuurder persoonlijk onrechtmatig heeft gehandeld, dat betekent dat de bestuurder persoonlijk een voldoende ernstig verwijt moet kunnen worden gemaakt.

Het wetsartikel voor de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) luidt als volgt:

1. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.
2. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.
3. Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.

Niet alleen individuele schuldeisers kunnen een bestuurder op grond van dit artikel aanspreken. Ook de curator in faillissement kan dit artikel gebruiken, mits hij dit doet namens de gezamenlijke schuldeisers (dus niet ten behoeve van één specifieke crediteur).



In de rechtspraak van de Hoge Raad is bij herhaling vastgelegd dat ook voor deze vorm van aansprakelijkheid een hoge drempel moet gelden. De Hoge Raad stelt dan voorop dat het uitgangspunt moet zijn dat partijen hebben gehandeld met een besloten vennootschap en dat naar zijn aard dus alleen die besloten vennootschap is gebonden aan de verrichte rechtshandeling, en niet de achterliggende aandeelhouders en bestuurders. Daarbij merkt de Hoge Raad dat moet worden voorkomen dat bestuurders te gemakkelijk persoonlijk aansprakelijk worden – naast de vennootschap – omdat die bestuurders dan “hun handelen in onwenselijke mate laten bepalen door defensieve overwegingen”. Bedoeld wordt dat het bestuur dan te voorzichtig wordt en niet meer daadkrachtig durft te besturen en te ondernemen.

In de rechtspraak worden twee situaties onderscheiden waarop bestuurders wegens onrechtmatige daad aansprakelijk kunnen worden gesteld wanneer de vennootschap niet nakomt:

1. Als de bestuurder bij het aangaan van de verplichtingen al wist of behoorde te weten dat de vennootschap die verplichtingen niet zou kunnen nakomen en ook niet in staat zou zijn om schadevergoeding te betalen wegens dat niet-nakomen. Dit wordt ook wel de Beklamel-norm genoemd, naar het betreffende arrest van de Hoge Raad.
Deze situatie doet zich bijv. voor als de bestuurder bij het aangaan van een verplichting al weet dat de financiering van de vennootschap is stopgezet en dat de vennootschap niet meer kan worden voortgezet. Maar ook hier houdt de bestuurder nog beoordelingsvrijheid. Een bestuurder mag optimistisch zijn en mag blijven proberen om de vennootschap nog te ‘redden’, zolang zijn inschattingen wel realistisch blijven.
2. Als de bestuurder bewerkstelligt of actief toelaat dat de vennootschap haar verplichtingen niet nakomt en daarmee een schuldeiser benadeelt (ook wel aangeduid als ‘betalingsonwil’, of frustratie van de nakoming).
Als een vennootschap onvoldoende mogelijkheden heeft om al haar schuldeisers te betalen, mag zij in principe kiezen welke schuldeisers zij wel en niet voldoet. Daarbij zal de bestuurder veelal voorrang geven aan schuldeisers waar de vennootschap nog van afhankelijk is voor de toekomst. Hier is sprake van *betalingsonmacht*, waarbij het bestuur het recht behoudt om keuzes te maken.
Daar tegenover staat *betalingsonwil*, waar de bestuurder bewust een bepaalde schuldeiser of schuld onbetaald laat. Dit doet zich vaak voor na een juridisch geschil, waarbij de vennootschap tegen zijn zin tot betaling wordt veroordeeld.
Tot slot valt hieronder de situatie dat een bestuurder (vaak tevens aandeelhouder) wel zijn eigen vorderingen op de vennootschap nog laat voldoen, maar andere schuldeisers onbetaald laat.

Bij aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad wordt het handelen van de betreffende bestuurder individueel beoordeeld. Hier geldt niet zonder meer dat alle bestuurders (collectief) aansprakelijk zijn als er onrechtmatig is gehandeld, maar wordt per bestuurder beoordeeld of hij onrechtmatig heeft gehandeld.

Daarbij is vereist dat hem persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt van het handelen namens de vennootschap. Door dat persoonlijk ernstige verwijt kan de stap worden gemaakt van aansprakelijkheid van de vennootschap naar persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder.



Conclusie

De drempel voor persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder ligt erg hoog. De meeste procedures wegens bestuurdersaansprakelijkheid worden dan ook verloren door de eisende partij. Alleen in geval van duidelijke en ernstige verwijten heeft een procedure reële kans van slagen.

Dat is goed nieuws voor bestuurders. Zo lang zij maar handelen zoals redelijk denkende bestuurders zouden doen, zitten zij meestal wel aan de goede kant. Daarbij past een behoorlijke zorgvuldigheid en voorzichtigheid: wanneer een bestuurder zich op een terrein begeeft waar hij onvoldoende vanaf weet, past het om op tijd behoorlijk advies in te winnen.

Maar het is slecht nieuws voor partijen die (ernstig) zijn benadeeld door een vennootschap die het 'niet zo nauw neemt' met het aangaan en nakomen van verplichtingen. Procederen is in dat geval vaak een moeizaam pad.

In mijn praktijk treed ik op voor beide kanten. Mijn ervaring is dat het juist in zaken van bestuurdersaansprakelijkheid vaak loont om – op basis van een heldere aansprakelijkstelling – het gesprek aan te gaan en te proberen om een regeling te treffen. Ook curatoren kiezen in het algemeen voor die insteek in plaats van het voeren van een procedure.

De belangen liggen hoog – zeker ook aan de kant van de bestuurder, die bang is dat zijn privé vermogen wordt geraakt door zijn zakelijk handelen. Een procedure kan lang duren (met eventueel hoger beroep) en brengt voor beide partijen dus een lange periode van onzekerheid met zich.

Deze elementen maken dat bestuurdersaansprakelijkheidszaken zich ook bij uitstek lenen voor mediation. In mediation kan zo'n zaak binnen enkele weken of maanden zijn afgehandeld, en houden partijen de uitkomst in eigen hand...

Bilthoven, 12 februari 2019

Mr. Annette van Vught
Advocaat en Mfn-mediator

