

Bestuurdersaansprakelijkheid

DOOR MR. JAN DOP

Inleiding

Op 17 mei 2000 werd het handelshuis Ceteco, dat voornamelijk in wit- en bruingoed voor de Zuid Amerikaanse markt handelde, failliet verklaard. Al een jaar eerder had het bedrijf voor veel opschudding gezorgd toen bleek dat een ambtenaar van de provincie Zuid-Holland 47,5 miljoen gulden aan Ceteco had geleend, die niet meer teruggevorderd konden worden. Het bleek het topje van de ijsberg. Met medeweten van Gedeputeerde Staten hadden ambtenaren overtollig kasgeld van de provincie uitgeleend om daarmee winst te maken. De overheid was bankier gaan spelen met desastreuze gevolgen. Uiteindelijk leidde deze Ceteco-affaire tot het aftreden van commissaris der koningin Leemhuis-Stout ook al had zij zich uitgesproken tegen het voorstel om te gaan bankieren.¹

Het faillissement van Ceteco had niet alleen politieke gevolgen. Op 12 december 2007 stelde de rechtbank Utrecht dat het moederbedrijf Hagemeyer en negen bestuurders en commissarissen van Ceteco aansprakelijk zijn voor de schade die het faillissement veroorzaakt heeft. Zij moeten een hoge schadevergoeding betalen, waarvan het voorschot is vastgesteld op € 50 miljoen. De reden voor de aansprakelijkstelling is dat de bestuurders en commissarissen vooral gericht waren op de groei van de onderneming terwijl zij onvoldoende grip hadden op de organisatie en wisten dat zij niet beschikten over de informatie die nodig was om de juistheid van het gevoerde beleid te toetsen. Deze onbehoorlijke taakvervulling is de reden voor de aansprakelijkstelling. Hagemeyer is aansprakelijk gesteld omdat de falende commissarissen in dienst waren van dit bedrijf. De bestuurders en commissarissen hebben al aangekondigd dat zij in hoger beroep zullen gaan.²

De aansprakelijkheid van bestuurders kan verstrekkende gevolgen hebben. Niet alleen bestuurders die verwijtbaar handelen, kunnen aansprakelijk worden gesteld, ook bestuurders die meenden hun taak zorgvuldig te hebben vervuld, kunnen met bestuurdersaansprakelijkheid worden geconfronteerd, bijvoorbeeld als medebestuurders fouten hebben gemaakt, of indien zij keurig de instructies van de moedervenootschap hebben gevolgd en daarmee de belangen van de dochtervenootschap schaden. Bestuurders moeten zowel tegenover de vennootschap (intern) waarvan zij deel uitmaken als tegenover derden (extern) de aan hen opgedragen taak behoorlijk

¹ <http://nl.wikipedia.org/wiki/Ceteco-affaire>.

² LJN: BB9709; *Het Financieele Dagblad*, 13 december 2007.

vervullen.³ Indien zij hun taak niet behoorlijk vervullen, kunnen zij (individueel en persoonlijk) aansprakelijk worden gesteld.

In dit artikel zal zowel op de interne als op de externe aansprakelijkheid van de bestuurder worden ingegaan. Daarbij wordt aandacht besteed aan verschillende situaties waarbij bestuurdersaansprakelijkheid zich kan voordoen, zoals bij onbehoorlijk bestuur, faillissement, onrechtmatige daad, in de oprichtingsfase en na décharge van het beleid. Fiscale en strafrechtelijke aansprakelijkheid worden in dit artikel buiten beschouwing gelaten.

Bestuurders

Als eerste dient vastgesteld te worden op wie de regels over bestuurdersaansprakelijkheid van toepassing zijn. Bestuurders zijn zij die conform de statuten (meestal door de AVA en bij grote vennootschappen door de RvC) als zodanig benoemd zijn. Zowel huidige als voormalige bestuurders kunnen voor in hun bestuursperiode genomen besluiten aansprakelijk worden gesteld. Verder vallen onder het begrip bestuurder ook beleidsbepalers, ook wel feitelijk bestuurders genoemd. Feitelijk bestuurder is hij die als ware hij bestuurder, aan de formele bestuurder opdrachten geeft die door deze zonder meer worden opgevolgd, en hij die met terzijdeschuiving van de officiële bestuurder bestuursdaden verricht. De wetgever bepaalt dat commissarissen en anderen die daden van bestuur verrichten zonder deel uit te maken van het bestuur van de vennootschap, wat hun rechten en plichten ten opzichte van de vennootschap en van derden betreft als bestuurders worden aangemerkt.⁴

Interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid

Bestuurdersaansprakelijkheid wordt onderverdeeld in interne en externe aansprakelijkheid. Interne aansprakelijkheid is de aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover de vennootschap zelf, meestal ten gevolge van een onbehoorlijke taakvervulling. Externe aansprakelijkheid is de aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover derden die schade lijden als gevolg van het handelen van de bestuurder.

Interne aansprakelijkheid

Interne aansprakelijkheid ontstaat in het algemeen door kennelijk onbehoorlijk bestuur dan wel wanprestatie.

³ Artikel 2:9 BW waarin de interne bestuurdersaansprakelijkheid geregeld wordt, is de algemene norm waarmee bestuurdersaansprakelijkheid bepaald wordt.

⁴ Artikelen 2:151 jo. 261 BW en H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid* [Recht en praktijk 67], Deventer 2006⁴, p. 17-18.

Kennelijk onbehoorlijk bestuur

In de wet is bepaald dat iedere bestuurder tegenover de vennootschap is gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak.⁵ Als er sprake is van een tekortkoming in een situatie of aangelegenheid die tot de taak van twee of meer bestuurders behoort, dan is ieder van hen voor het geheel aansprakelijk ter zake van deze tekortkoming, tenzij deze tekortkoming niet aan de betreffende bestuurder is te wijten, en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

Bestuurders die de eindverantwoordelijkheid (aan de AVA of de RvC) dragen voor het beleid kunnen zich niet snel op persoonlijk onvermogen beroepen. De bestuurder zal de hem opgedragen taak met gepaste ijver en nauwgezetheid dienen te vervullen en het doel en het belang van de vennootschap loyaal moeten dienen. De bestuurder mag zijn privébelang niet stellen boven het belang van de vennootschap, en mag evenmin misbruik maken van de informatie en kennis die hij alleen dankzij zijn functie heeft. Dat bestuurders soms toch de verleiding niet kunnen weerstaan om hun persoonlijke belangen te laten meewegen, bewijzen talloze affaires over bijvoorbeeld het gebruik van voorwetenschap bij de handel in effecten. Wanneer sprake is van onbehoorlijk bestuur, kan interne bestuurdersaansprakelijkheid worden aangenomen.

Waar de grens ligt tussen behoorlijke en onbehoorlijke taakvervulling, is niet altijd vooraf duidelijk aan te geven. De rechter zal bij zijn oordeel alle omstandigheden van het geval mee laten wegen. Wel kan worden opgemerkt dat handelen in strijd met de statuten door de Hoge Raad in het algemeen als onbehoorlijk wordt beschouwd.⁶ In 1997 besliste de Hoge Raad, dat bestuurders door de vennootschap aansprakelijk kunnen worden gesteld als hun een ernstig verwijt kan worden gemaakt ter zake van hun functie-uitoefening.⁷ Hiervan kan onder meer sprake zijn wanneer de financiële controle niet op orde is en ontvangen rekeningen niet worden betaald of de schulden aan de onderneming niet worden ingevorderd. Ook het nemen van onnodig grote financiële risico's of het aangaan van verplichtingen tegenover derden terwijl een bestuurder daartoe niet bevoegd is wordt beschouwd als onbehoorlijke taakvervulling. Uiteraard vallen ook het vermengen van privé zaken met de belangen van de onderneming en het onttrekken van middelen aan de onderneming voor privédoeleinden hieronder.

Of dergelijke fouten inderdaad redenen zijn voor het maken van een ernstig verwijt, hangt af van de omstandigheden waaronder zij zijn gemaakt. De rechter zal deze dus goed moeten onderzoeken voordat hij zijn oordeel kan uitspreken. Onder andere zal hij kijken naar de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten en de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's.

5 Artikel 2:9 BW.

6 HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 en HR 22 maart 2006, JOR 2006, 148.

7 HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360.

Daarnaast spelen een belangrijke rol de taakverdeling binnen het bestuur en de voor het bestuur geldende richtlijnen, terwijl bovendien gekeken moet worden naar de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen.⁸

Kan een bestuurder ook aansprakelijk zijn wanneer hij uitvoering heeft gegeven aan een besluit van een ander orgaan (AVA of RvC) of wanneer hij heeft tegengestemd? In het eerste geval spelen de interpretatie van het besluit en de wijze van uitvoering een belangrijke rol bij de beantwoording van de vraag of hier sprake is van een behoorlijke taakvervulling door het bestuur. In het laatste geval is het van belang of alle bestuurders voor het omstreden besluit aansprakelijk kunnen worden gesteld. Veelal zal tegenstemmen niet voldoende zijn om zich te vrijwaren en zal een meer actieve houding - bijvoorbeeld besluit en uitvoering trachten terug te draaien - vereist zijn. Het is voor besturen met meerdere bestuurders (en soms feitelijke beleidsbepalers) veelal moeilijk vast te stellen wie daadwerkelijk beslist en wie reële invloed heeft op de besluitvorming. Wanneer sprake is van onbehoorlijk bestuur kan de taakverdeling tussen bestuurders voor individuele bestuurders een grond voor verontschuldiging opleveren tegenover de rechtspersoon, zodat zij niet persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld.⁹

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van wanprestatie

De bestuurder zal doorgaans niet alleen een vennootschapsrechtelijke maar ook een arbeidsrechtelijke relatie met de vennootschap hebben.¹⁰ Bestuurders die hun taak zodanig slecht vervullen dat men kan spreken van arbeidsrechtelijke contractbreuk, kunnen door de vennootschap persoonlijk aansprakelijk worden gesteld voor de schade die zij hebben veroorzaakt.

Externe aansprakelijkheid

In een aantal gevallen kunnen bestuurders aansprakelijk zijn tegenover derden. In het onderstaande zal ten eerste de aansprakelijkheid bij faillissement worden behandeld. Deze vorm van externe aansprakelijkheid komt veruit het meeste voor. Vervolgens komen de aansprakelijkheid in de oprichtingsfase, de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, de doorbraak van aansprakelijkheid en de aansprakelijkheid na décharge aan de orde.¹¹

Aansprakelijkheid bij faillissement

Voor bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement stelt de wet als vereisten dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld én dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het

⁸ Zie in dit verband ook HR 29 november 2002, NJ 2003, 455.

⁹ De Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, p. 31v.

¹⁰ Zie in dit verband ook hoofdstuk 3 'De statutair bestuurder'.

¹¹ Onder andere HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 en HR 18 februari 2000, NJ 2000, 295.

faillissement is.¹² In de praktijk valt moeilijk vast te stellen wanneer sprake is van ‘onbehoorlijke taakvervulling’ en wanneer dit een ‘belangrijke oorzaak’ van het faillissement is. De wet bepaalt dat onbehoorlijke taakvervulling aanwezig wordt geacht als er geen boekhouding is bijgehouden of als de jaarrekening niet tijdig is gepubliceerd.¹³ Deze onbehoorlijke taakvervulling wordt vervolgens vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. Dit heeft tot gevolg dat de bewijslast omgedraaid wordt en de aangesproken bestuurder zal het vermoeden moeten weerleggen, bijvoorbeeld door aannemelijk te maken dat de aangelegenheid niet tot zijn verantwoordelijkheid behoorde, dat andere feiten of omstandigheden dan het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest en/of dat hij maatregelen heeft getroffen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling tegen te gaan. Onbelangrijke verzuimen mogen niet leiden tot de conclusie dat sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling. Zo moet overschrijding van de termijn voor publicatie van de jaarrekening buiten beschouwing blijven voorzover die overschrijding het gevolg is van het niet tijdig nemen van een verlengingsbesluit.¹⁴ Naarmate de termijnoverschrijding langer is zal minder snel worden aangenomen dat sprake is van een gering verzuim.¹⁵ Voor de beantwoording van de vraag of een bestuurder aansprakelijk is bij faillissement op grond van een onbehoorlijke taakvervulling zal de rechter dus steeds naar het concrete geval kijken.¹⁶

In de wet is uitdrukkelijk bepaald dat de bepalingen over de aansprakelijkheid van bestuurders bij faillissement ook van toepassing zijn op feitelijke beleidsbepalers. Onder omstandigheden zal ook de moeder vennootschap van een gefailleerde dochter vennootschap als bestuurder aansprakelijk kunnen worden gesteld.¹⁷ Dit was aan de orde in een belangwekkend arrest van de Hoge Raad uit 2004, *Reinders Didam/Gunning*. In deze zaak ging het om de uitkering van een fors dividend door een dochter vennootschap, LIR, die kort daarna failliet werd verklaard. Enig aandeelhouder en bestuurder van LIR was moeder vennootschap RDB. RDB werd bestuurd door de heer Reinders. Reinders nam het besluit tot uitkering van dividend aan zichzelf, dat RDB als bestuurder van LIR vervolgens uitvoerde. De curator in het faillissement van LIR sprak RDB als bestuurder van LIR aan op grond van onbehoorlijk bestuur en op grond van onrechtmatig handelen en kreeg van de Hoge Raad gelijk.¹⁸ De uitvoering van het besluit tot uitkering van dividend, hoewel genomen door de moeder vennootschap, kan dus onrechtmatig handelen opleveren van de bestuurder van de dochter vennootschap.

¹² Artikelen 2:138 en 2:248 BW, deze artikelen zijn een uitvloeisel van de op Europees niveau bestaande derde Misbruikwet (WBF).

¹³ Artikel 2:138 lid 2 en 248 lid 2 BW.

¹⁴ Artikel 2:210 lid 1 BW en HR 11 juni 1993, *NJ* 1993, 713.

¹⁵ HR 2 februari 1996, *NJ* 1996, 406; HR 26 juni 1996, *NJ* 1996, 730 en HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 58.

¹⁶ HR 14 oktober 2005, *JOR* 2006, 61.

¹⁷ HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 95 (Mefigro).

¹⁸ HR 6 februari 2004, *JOR* 2004, 67 (Reinders Didam c.s./Gunning q.q.). Zie ook HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 (Nimox-arrest) en HR 16 september 2005, *NJ* 2006, 311.

Aansprakelijkheid in oprichtingsfase

Uitgangspunt van de wetgeving die van toepassing is op de oprichtingsfase van een vennootschap is, dat de op te richten vennootschap moet worden beschermd. De vennootschap is daarom pas gebonden aan rechtshandelingen van bestuurders als de vennootschap zelf deze rechtshandelingen ná de oprichting (en nadat de vennootschap in het Handelsregister is ingeschreven) uitdrukkelijk of stilzwijgend bekrachtigt. Als dit de enige regel zou zijn, zou de wederpartij van de vennootschap met lege handen komen te staan wanneer een bestuurder namens een op te richten vennootschap handelingen verricht en de vennootschap vervolgens weigert die te bekrachtigen. Daarom bepaalt de wet dat bestuurders in deze situatie hoofdelijk aansprakelijk zijn totdat de vennootschap de rechtshandeling heeft bekrachtigd, tenzij met betrekking tot de betreffende rechtshandeling uitdrukkelijk anders is overeengekomen.¹⁹ *Alle* bestuurders zijn hoofdelijk aansprakelijk en niet alleen de bestuurder die de rechtshandeling in kwestie heeft verricht. Hierdoor wordt aan derden (crediteuren) extra verhaal geboden in de onzekere fase van de oprichting. Voor bestuurders is dit echter een extra risico.²⁰

Aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad

Bestuurders zullen niet snel aansprakelijk worden gesteld op grond van onrechtmatige daad, omdat hiervoor is vereist dat de aansprakelijk gestelde bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt moet kunnen worden gemaakt van het onrechtmatig handelen van de onderneming. De bestuurders moeten ook zelf hebben gehandeld in strijd met de zorgvuldigheid die zij naar de geldende normen persoonlijk jegens de benadeelde in acht hadden moeten nemen.²¹ Toch kan dit in bepaalde situaties worden aangenomen indien de bestuurder bijvoorbeeld lichtvaardig schulden aangaat namens de onderneming, omdat hij ten onrechte de indruk wekt dat deze haar schulden kan voldoen of zelfs de betaling aan een schuldeiser belemmert of weigert.²² De feiten en omstandigheden van het geval zijn ook hier doorslaggevend. De bestuurder moet bij het aangaan van de schuld of verplichting al weten of behoren te weten dat de vennootschap niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zal kunnen voldoen en geen verhaal zal kunnen bieden jegens de schuldeiser. Dit is moeilijk aan te tonen.

Doorbraak van aansprakelijkheid

Er wordt over (directe) doorbraak van aansprakelijkheid gesproken als de handelende bestuurder met de rechtspersoon gelijk wordt gesteld. De bestuurder wordt dan zelf contractspartij. Strikt genomen is hier geen sprake van bestuurdersaansprakelijkheid, omdat de rechter het verschil tussen de bestuurder en de rechtspersoon negeert. Doorbraak van aansprakelijkheid zal alleen in

¹⁹ Art. 2:203 lid 1 en 2 BW, P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, p. 48-49, en HR 28 maart 1997, NJ 1997, 582 (Hoekstra/Holma BV).

²⁰ De Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, p. 36v.

²¹ Art. 6:162 BW.

²² Zie onder meer HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 en HR 24 januari 1992, TVVS 1992, 70.

uitzonderlijke gevallen kunnen worden aangenomen, vooral wanneer de vennootschap door de bestuurder wordt misbruikt om persoonlijke aansprakelijkheid te voorkomen.

De Hoge Raad heeft vanwege de vergaande gevolgen (vereenzelviging met de vennootschap) slechts in enkele arresten vereenzelviging aanvaard.²³ Tot op heden heeft zich echter nog geen zaak voorgedaan waarbij de Hoge Raad een bestuurder aansprakelijk achtte op grond van directe doorbraak van aansprakelijkheid. De Hoge Raad veroordeelt verantwoordelijke bestuurders in deze situatie doorgaans op grond van onrechtmatige daad. Deze constructie wordt ook wel met 'oneigenlijke doorbraak' aangeduid. De handelende persoon wordt dan dus niet gekwalificeerd als contractspartij. Het resultaat zal niettemin veelal hetzelfde zijn.

Aansprakelijkheid na décharge

Het verlenen van kwijting van aansprakelijkheid, (décharge), voor het gevoerde beleid door de AVA, beschermt de bestuurder slechts tegen interne aansprakelijkheid. Door derden kan de bestuurder nog steeds aansprakelijk worden gesteld. Décharge voor het door het bestuur gevoerde beleid wordt nergens in de wet geregeld. Meestal zijn hierover echter in de statuten bepalingen opgenomen. De décharge strekt niet verder dan tot de jaarstukken. Is de décharge gebaseerd op onjuiste door het bestuur verstrekte informatie, dan brengen de redelijkheid en billijkheid met zich dat een bestuurder geen beroep op de aan hem verleende décharge kan doen. Ook kan de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure,²⁴ nadat zij geconstateerd heeft dat er sprake is van wanbeleid, bij wijze van voorziening een déchargebesluit vernietigen.²⁵

Aanbevelingen voor bestuurders

Indien een bestuurder persoonlijk aansprakelijk wordt gesteld, heeft dit niet alleen financiële gevolgen, maar kan ook zijn reputatie ernstige schade oplopen. Geen enkele bestuurder zit hierop te wachten. Het is echter wel mogelijk om de kans dat men als bestuurder aansprakelijk gesteld kan worden aanzienlijk te beperken. Het belangrijkste middel is om de taken van het bestuur en de bevoegdheden van bestuurders helder en duidelijk schriftelijk vast te leggen. De rechtspersoon dient ingeschreven te zijn bij de Kamer van Koophandel en de statuten behoren in een notariële akte te worden vastgelegd. De procedures voor het doen van uitgaven, de tekenbevoegdheid, het kasbeheer en budgetbeheer moeten goed beschreven worden, waarbij tevens een duidelijk onderscheid dient te zijn tussen uitvoerder en controleur. Zo mag bijvoorbeeld de penningmeester niet zelf in de kascontrolecommissie zitten. Begrotingen en jaarverslagen moeten door de AVA worden goedgekeurd en ondertekend. Van iedere bestuursvergadering behoren notulen gemaakt te worden die alle bestuurders dienen te ondertekenen. Mocht men onverhoopt toch aansprakelijk zijn dan is

23 HR 26 januari 1994, NJ 1994, 545 en HR 9 juni 1995, NJ 1996, 213.

24 Zie hoofdstuk 10 'Enquêteprocedure'.

25 De Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, p. 30v.

het van groot belang om een aansprakelijkheidsverzekering te hebben die het schadevergoedingsbedrag dekt dat betaald moet worden als gevolg van een rechterlijke uitspraak of minnelijke schikking.²⁶

De vraag of bestuurders zich vooraf in een overeenkomst kunnen vrijtekenen, wordt in het algemeen ontkennend beantwoord. Het gaat immers om een handelen of nalaten dat uiteindelijk gekwalificeerd kan worden als ernstig verwijtbaar gedrag. Een dergelijke vrijwaring zou in strijd zijn met de goede zeden of de openbare orde.²⁷

Conclusie

Bestuurders die conform de statuten als zodanig zijn benoemd alsmede ook feitelijke beleidsbepalers kunnen in die hoedanigheid aansprakelijk zijn indien zij de hun opgedragen taak onbehoorlijk vervullen. Zij kunnen zowel intern aansprakelijk zijn tegenover de onderneming waar zij in dienst zijn als extern tegenover derden.. Interne bestuurdersaansprakelijkheid kan worden aangenomen bij onbehoorlijke taakvervulling en bij wanprestatie. Aansprakelijkheid bij faillissement is de meest voorkomende vorm van externe bestuurdersaansprakelijkheid. Algemeen wordt aangenomen dat bestuurders zich niet vooraf kunnen vrijtekenen om aanneming van aansprakelijkheid te voorkomen. Wel kunnen bestuurders zich in geval van een onbehoorlijke taakvervulling (in de situatie van kennelijk onbehoorlijk bestuur of bij faillissement) met succes verontschuldigen indien zij aannemelijk maken dat de aangelegenheid waarin de tekortkoming zich voordeed niet tot hun verantwoordelijkheid behoorde, hun geen verwijt te maken valt en/of zij maatregelen hebben getroffen om de gevolgen van een onbehoorlijke taakvervulling af te wenden. Om bestuurdersaansprakelijkheid zoveel mogelijk te voorkomen, is van belang dat de bestuurstaken vooraf duidelijk zijn afgebakend en vastgelegd en dat de te volgen procedures naar medebestuurders en crediteuren helder en kenbaar zijn. Een goede aansprakelijkheidsverzekering kan de negatieve gevolgen van het als bestuurder aansprakelijk zijn beperken.

²⁶ <http://www.civiq.nl>, Wet & Regelgeving bestuurdersaansprakelijkheid.

²⁷ De Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, p. 31.