



BEWARE
of DOG

BLAFFENDE HONDEN BIJTEN SOMS AANSPRAKELIJKHEID VAN BESTUURDERS EN COMMISSARISSEN GROEIT

Het faillissement van OAD kwam voor niet-insiders als een donderslag bij heldere hemel en heeft in de (social) media voor de nodige opschudding gezorgd. In eerste instantie werd aangegeven, dat het faillissement zou zijn veroorzaakt doordat de reizende consument in deze tijd de hand op de knip houdt. Niet veel later kwam naar buiten dat in de maanden voorafgaande aan het faillissement de commissarissen successievelijk zijn vertrokken. Hierdoor werd het vizier meer op de bestuurder gericht. Men is zich gaan afvragen of hier niet gewoon sprake zou kunnen zijn van onbehoorlijk bestuur.

Tekst: Mr. S.W. (Sebastiaan) Vos en Mr. R. (Ruurd) van Eck



“De tijd dat betrokken bestuurder en commissaris zich achter de rechtsvorm van de BV kon verschuilen, ligt ver achter ons.”

Als er in bedrijven iets mis gaat, wordt steeds vaker naar de mensen aan het roer gekeken. Niet alleen in morele zin maar ook om geld op tafel te krijgen en als het om afstraffen gaat. Dat vraagt van ondernemers, bestuurders, commissarissen maar ook leidinggevende werknemers, bijzondere oplettendheid ten opzichte van de nodige ‘blaffende honden’.

Dat bij een faillissement vaker naar het handelen van bestuurders en commissarissen wordt gekeken, komt door de toename van de lege boedels in faillissementen. Doordat de positie van de banken in de afgelopen decennia aanzienlijk is versterkt, valt er voor de andere schuldeisers weinig meer te halen in een faillissement. De banken worden dan sneller verlegd naar diegenen die verantwoordelijk zijn binnen een onderneming: de bestuurders en, als die er zijn, de commissarissen.

Het aantal aansprakelijkheidsprocedures neemt zenderogen toe. Deze over het algemeen omvangrijke en complexe procedures, hoeven lang niet altijd te leiden tot aansprakelijkheid van de

betrokken verantwoordelijken. In ieder geval bij de uitoefening van een onderneming van een besloten vennootschap staat immers als regel nog steeds voorop, dat de betrokken bestuurder of commissaris in beginsel niet aansprakelijk is. De tijd dat de betrokken bestuurder en commissaris zich altijd achter de rechtsvorm van de besloten vennootschap kon verschuilen, ligt echter al even achter ons.

Met welke aansprakelijkheid kunt u als ondernemer geconfronteerd raken? Civielrechtelijke aansprakelijkheid

Er zijn grofweg drie varianten. In de eerste plaats de aansprakelijkheid bij faillissement. Een cu-

urator kan van mening zijn dat een bestuurder de rechtspersoon kennelijk onbehoorlijk heeft bestuurd. Daarvan is in de regel sprake indien de betrokken bestuurder een beslissing heeft genomen die een redelijk handelend bestuurder onder dezelfde omstandigheden nooit zou hebben genomen. Het kopen van een pand zonder financieringsvoorbehoud, terwijl voor de aankoop een financiering nodig is, is een goed voorbeeld. Er zijn overigens omstandigheden waarbij de wet aangeeft dat het onbehoorlijk bestuur vaststaat, zonder dat de curator dat verder nog hoeft te bewijzen. Dit is het geval als - kortgezegd - de boekhouding niet op orde is of de jaarrekeningen niet tijdig zijn gepubliceerd. Dan

“Indien de curator in zijn aansprakelijkheidsstelling slaagt, is de sanctie zwaar. Alles wat de onderneming zou moeten maar niet kan betalen, moet de bestuurder in beginsel in privé ophoesten.”



“Ook de commissarissen blijven niet zonder meer buiten schot: een commissariaat is een serieuze aangelegenheid en niet alleen een leuk baantje voor een vriendje.”

Is het onbehoorlijk bestuur een feit en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Het is dan aan de bestuurder om te proberen dat vermoeden te ontkrachten. Indien de curator in zijn aansprakelijkheidsstelling slaagt, is de sanctie zwaar. Alles wat de onderneming zou moeten maar niet kan betalen, moet de bestuurder in beginsel in privé ophoesten.

De eventuele commissarissen blijven niet zonder meer buiten schot. Zij hebben weliswaar ‘slechts’ een toezichhoudende en geen bestuurende taak, maar als zij deze niet naar behoren uitoefenen, kunnen ook zij voor het totale tekort door de curator worden aangesproken. Recent is dit gebeurd in het faillissement van Landis. De Rechtbank oordeelde jongstleden 19 juni onder meer dat de boekhoudplicht door het bestuur niet was nagekomen en dat de commissarissen hun toezichhoudende taak hebben verzaakt door zich onvoldoende actief jegens het bestuur op te stellen en zich zo onvoldoende te laten inlichten door het bestuur over de nakoming van de boekhoudplicht. Het

aanvaarden en uitoefenen van een commissariaat is een serieuze aangelegenheid, en niet alleen een leuk baantje voor een vriendje.

Het risico van aansprakelijkstelling kan voor de meeste commissarissen bij OAD wellicht ook mede tot hun beslissing tot vertrek hebben geleid. Als immers een bestuurder of commissaris zich niet kan vinden in het te voeren beleid, moet hij in beginsel opstappen. Anders loopt hij of zij het risico verantwoordelijk te zijn voor een beleid waar hij of zij niet achterstaat.

De curator kan zijn vordering ook baseren op het feit dat de betrokkenen onrechtmatig hebben gehandeld ten opzichte van de gezamenlijke schuldeisers. Dit zijn voor een curator over het algemeen lastige procedures, omdat vaak de betreffende gedragingen alleen tot schade bij enkele en niet bij alle schuldeisers hebben geleid. In dat geval is de curator niet-ontvankelijk, omdat hij enkel het belang van de gezamenlijke crediteuren heeft te behartigen en niet dat van enkele.

Een gewone actie uit onrechtmatige daad staat niet alleen de curator, maar ook de individuele crediteur ten dienst. Zowel in als buiten faillissement. Voor een dergelijke aansprakelijkheid is vereist dat de bestuurder persoonlijk ten opzichte van de schuldeiser een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Dit moet beoordeeld worden aan de hand van alle omstandigheden van het geval.

Wanneer is daarvan nu sprake? Onder meer is dat aan de orde indien de bestuurder namens de vennootschap verplichtingen is aangegaan, terwijl hij wist, althans behoorde te weten, dat de vennootschap niet of niet binnen een redelijke termijn in staat zou zijn om die verplichtingen na te komen en evenmin verhaal zou bieden voor de schade die de andere partij hierdoor lijdt. Simpel gezegd: iets bestellen terwijl je weet dat je het niet gaat betalen.



“Het komt er op neer dat, als een bestuurder, toezichthouder of zelfs leidinggevend werknemer weet dat een wet of vergunning wordt overtreden maar daar niets tegen doet, hoewel hij intern daartoe bevoegd is, de overheid hem kan aanspreken.”

“Er is thans een wet in de maak die het voor de curator en het OM mogelijk moet maken om bij de rechter een civielrechtelijk bestuursverbod jegens de bestuurder van rechtspersonen te vorderen.”



Daarnaast zou een ernstig verwijt aan de orde kunnen zijn, als de bestuurder van een vennootschap heeft bewerkstelligd of toegelaten dat een door hem bestuurd vennootschap een eerder door haar aangegane overeenkomst niet nakomt en daardoor aan de wederpartij van de vennootschap schade berokkent. Denk daarbij aan een situatie waarin de bestuurder in een geleasede directewagen blijft rondrijden, terwijl hij weet of behoort te weten dat de daartegenover staande leasefacturen niet meer kunnen worden betaald. Een correct handelend bestuurder behoort de auto dan in te leveren, bij gebreke waarvan de bestuurder de niet betaalde leasetermijnen in privé mag voldoen.

Tot slot kunnen selectieve betalingen of winstuitkeringen in het zicht van faillissement leiden tot aansprakelijkheid. Met name als bestuurders aan hen gelleerde vennootschappen en personen in het zicht van het faillissement betalen, terwijl de overige crediteuren onbetaald worden gelaten, kan men zich voorstellen dat dit de nadrukkelijke aandacht van de curator of de individuele crediteuren zal hebben.

In sommige gevallen is ook gewoon persoonlijk verwijtbaar handelen voldoende. Dat was het geval met een bestuurder van een Nederlands makelaarskantoor dat in Spanje (tweede) woningen verkocht aan Nederlanders. De betreffende BV verkocht een echtpaar een huis dat,

naar later bleek, illegaal was gebouwd en moest worden afgebroken. Het echtpaar heeft de bestuurder met succes aansprakelijk gehouden tot terugbetaling van de betaalde koopsom. Cruciaal was hier dat de makelaar wist dat er sprake was van mogelijk illegale bouw en dat niet aan het echtpaar had meegedeeld. Sterker nog, de makelaar adviseerde zelfs om geen hypothecaire geldlening af te sluiten, maar - kortgezegd - opgebouwd pensioen voor de aankoop van de tweede woning te gebruiken.

Met het noodzakelijk afbreken van de woning, verdampte daarmee een substantieel deel van het door het echtpaar opgebouwde pensioen. In deze casus sanctioneerde de rechter niet zozeer het handelen van de betrokkene als bestuurder, maar als makelaar. Met andere woorden, de functie die iemand binnen een vennootschap vervult en de verantwoordelijkheid die daaraan gekoppeld is, kan maken dat ook een werknemer bij handelen namens de vennootschap persoonlijk aansprakelijk kan zijn. En niet alleen civielrechtelijk, zoals hieronder nog zal blijken, maar ook op basis van het bestuursrecht of zelfs het strafrecht.

Naast de aansprakelijkheid bij faillissement en de externe aansprakelijkheid ten opzichte van individuele schuldeisers, kunnen bestuurders en commissarissen in de derde plaats ook intern aansprakelijk worden gesteld door de vennootschap zelf. Dit kan door bestuurders en commissarissen worden ondervangen door de alge-

mene vergadering van aandeelhouders jaarlijks te verzoeken om decharge voor het gevoerde beleid. De aandeelhouders accorderen dan het gevoerde beleid en kunnen daar niet meer op terug komen. Wat niet altijd wordt onderkend, is dat een dergelijke decharge enkel geldt ten aanzien van die feiten en omstandigheden die uit de jaarrekening kenbaar zijn, dan wel anderszins aan de algemene vergadering van aandeelhouders bekend waren. Een bestuurder of een commissaris kan zich dus niet verschullen achter het feit dat bepaalde aandeelhouders zouden hebben geweten hoe het zat.

Voor de interne aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen geldt min of meer hetzelfde criterium als voor de externe aansprakelijkheid jegens crediteuren. Er moet sprake zijn van een voldoende ernstig verwijt dat aan hen persoonlijk kan worden gemaakt.

Strafrechtelijk aansprakelijkheid

Ook het plegen van schuldeisers benadelende rechtshandelingen in het zicht van het faillissement (zogenaamde paulianeuze rechtshandelingen) kan een bijdrage leveren aan het creëren van een ernstig verwijt aan het adres van de bestuurder en daarmee een succesvolle civiele aansprakelijkheidsprocedure voeren. Maar realiseert u zich dat feiten die tot civielrechtelijke aansprakelijkheid kunnen leiden, daarnaast ook strafrechtelijk verwijtbaar kunnen zijn?



“Ook de functie die iemand binnen een vennootschap vervult en de verantwoordelijkheid die daaraan gekoppeld is, kan maken dat ook een werknemer bij handelen namens de vennootschap persoonlijk aansprakelijk kan zijn. En niet alleen civielrechtelijk.”

Het niet voldoen aan de boekhoudplicht en het benadelen van schuldeisers in het zicht van en tijdens het faillissement, zijn in het Wetboek van Strafrecht strafbaar gesteld en zijn handelingen die vallen onder de meer omvattende term 'faillissementsfraude'.

Het gaat bij strafrechtelijke aansprakelijkheid uiteraard niet allen om faillissementsfraude. Reeds in de jaren tachtig is in de Slavenburg-affaire

strafrechtelijk opgetreden tegen bestuurders in persoon van de bank waar personeel strafbare handelingen verrichtte. Zij hadden moeten ingrijpen, maar hadden dat achterwege gelaten. Let wel, het bestuur had niet direct opdracht gegeven de wet te overtreden en dit zelf al helemaal niet rechtstreeks gedaan. De bestuurders sloten alleen de ogen.

De Minister van Veiligheid en Justitie heeft ge-

meend dat faillissementsfraude effectiever moet worden bestreden. Er is thans een wet in de maak die het voor de curator en het Openbaar Ministerie mogelijk moet maken om bij de rechter een civielrechtelijk bestuursverbod jegens de bestuurder van rechtspersonen te vorderen. Toewijzing van een dergelijk verbod houdt in dat de betreffende bestuurder gedurende een termijn van vijf jaar niet als bestuurder van een rechtspersoon mag fungeren. Dat betekent niet alleen

dat de betrokkene in de toekomst bij nieuw op te richten rechtspersonen geen bestuurder of commissaris mag zijn, maar ook dat de betrokkene zijn andere bestuurdersposities en zijn commissariaten per direct zal moeten neerleggen.

Wanneer dit voorstel kracht van wet krijgt, is uiteraard de volgende vraag hoe deze regel gehandhaafd kan worden. Een civielrechtelijk bestuursverbod en strafbaarstelling van bepaalde gedragingen hebben immers enkel zin, indien er voldoende capaciteit beschikbaar is om de regels daadwerkelijk te handhaven. Daarnaast zal het lastig zijn te bewijzen dat iemand, die niet formeel bestuurder is, praktisch gezien de baas is in een bedrijf.

Fiscaalrechtelijke aansprakelijkheid

De wet zegt dat een bestuurder aansprakelijk is voor een belastingschuld, als hij ten aanzien van die belastingschuld niet tijdig betalingsonmacht heeft gemeld, althans na een tijdige melding niet tijdig aanvullende gegevens aan de Belastingdienst heeft verstrekt. In beginsel dient een melding betalingsonmacht te gebeuren binnen 14 dagen nadat de betaling aan de Belastingdienst had moeten worden verricht. Het spreekt voor zich dat in geval van faillissement een melding betalingsonmacht niet meer noodzakelijk is.

Bestuursrechtelijke aansprakelijkheid

De overheid kijkt ook anderszins vaker door de vennootschappen heen. Sinds 2007 maakt de wet het mogelijk dat de Nederlandse Mededingingsautoriteit boetes oplegt aan bestuurders en toezichthouders. In 2009 is dit uitgebreid naar de hele overheid en naar alle soorten bedrijven. De overheid kan sindsdien voor veel overtredingen van regels een zogenaamde bestuurlijke boete opleggen. Ook daar waar het gewone strafrecht niet van toepassing is.

De overheid kan overtreders ook persoonlijk bevelen op straffe van dwangsommen overtredingen voort te zetten en kan opdragen de gevolgen daarvan ongedaan te maken. Het gaat zelfs zo ver dat de overheid ervoor kan kiezen, dit laatste zelf te doen op kosten van de overtreder.

De Algemene wet bestuursrecht definieert de overtreder als degene die de overtreding pleegt of medepleegt en verwijst naar hetzelfde begrip in het Strafrecht. Een overtreding is volgens hetzelfde artikel een handelen of nalaten in strijd met een wettelijk voorschrift.

Wanneer sprake is van plegen, spreekt eigenlijk voor zich. Van medeplegen is in geval van een samenwerking sprake. De medepleger hoeft dan niet de hele overtreding te plegen, maar voldoende is als hij daaraan meewerkt. Dit is al snel het geval omdat de relatie tussen bedrijf en bestuurder per definitie een bewuste samenwerking inhoudt. Als die samenwerking een overtreding betreft is de bestuurder vol aansprakelijk, ook zonder dat hij precies alle aspecten van de

overtreding kende of hierbij feitelijk betrokken was. Hetzelfde geldt als hij opdrachtgever voor de overtreding was.

Spannender wordt het, waar een bestuurder (of zelfs een leidinggevend personeelslid) al aansprakelijk is als hij wist dat een overtreding in het bedrijf voorkwam, maar - hoewel hij daartoe de bevoegdheid en de mogelijkheid had en daartoe redelijkerwijs gehouden was - niet ingreep. Voldoende is het, als die kennis soortgelijke overtredingen betreft. De bestuurder of het personeelslid hoeft dus niet volledig op de hoogte te zijn.

Als de directeur van een bedrijf weet dat het gebruikelijk is dat een bevroren ventiel van een leiding voor brandbare stoffen met een brander wordt ontdooid terwijl dit verboden is, maar niet ingrijpt, kan hij wel eens aansprakelijk zijn als bij het blussen van de vervolgens ontstane brand de sloten in de omgeving verontreinigd raken. De aansprakelijkheid vervalt als de betreffende persoon al het mogelijke heeft gedaan om de overtreding te voorkomen.

Het komt er dus op neer dat, als een bestuurder, toezichthouder of zelfs leidinggevend werknemer weet dat een wet of vergunning wordt overtreden maar daar niets tegen doet, hoewel hij wel intern daartoe bevoegd is, de overheid hem kan aanspreken. Dat kan zijn in de vorm van een boete of een andere straf, maar dat kan ook zijn met een bevel de overtreding en de gevolgen daarvan ongedaan te maken. Als dat niet gebeurt, kan de overheid de kosten van dit laatste op de overtreder, dus de betreffende persoon, verhalen. Dat kan aardig in de papieren lopen. Denkt u maar eens aan de kosten van zoets als de bodemsanering bij ChemiePack.

Nog bestuurder of commissaris willen zijn?

U zult zich wellicht na het lezen van het bovenstaande afvragen: moet ik wel bestuurder of commissaris willen zijn? Natuurlijk wel. Bij het aanvaarden van een bestuursfunctie of een commissariaat begint u aan een weliswaar prachtige, maar ook verantwoordelijke taak. U moet hier verstandig en fatsoenlijk mee omgaan, niet meer en niet minder. Ondernemen is een prachtige bezigheid, maar brengt verantwoordelijkheden met zich, waarvoor u niet moet weglomen. Gewoon uw gezond verstand volgen, helpt al veel. Let er ook op dat een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering met voldoende dekking wordt afgesloten. Hierbij moet u opletten dat deze meestal eindigt bij het faillissement van de vennootschap, juist als het erop aankomt. U moet dan de uitloop verzekeren. Mocht u twifelen, of onverhoopt toch worden aangesproken, schroom dan niet om contact op te nemen met een specialist om te voorkomen dat blaffende honden daadwerkelijk bijten.



Sebastiaan Vos



Ruurd van Eck

Over de auteurs:

Mr. S.W. (Sebastiaan) Vos is partner in de sectie ondernemingsrecht, vakgroep Insolventierecht bij JPR Advocaten. Hij is gespecialiseerd in civielrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid en staat met regelmaat bestuurders en commissarissen bij. E-mail: vos@jpr.nl

Mr. R. (Ruurd) van Eck is partner in de sectie vastgoed bij JPR advocaten en gespecialiseerd in het bestuursrecht. E-mail: vaneck@jpr.nl

JPR Advocaten is een gespecialiseerd advocatenkantoor met vestigingen in Deventer, Doetinchem en Enschede.