

DE 6 RISICO'S VAN B.V.-BESTUURDERS

Met tips om persoonlijke
aansprakelijkheid te voorkomen



GMW
advocaten



GMW
advocaten

Inhoud

Inleiding & informatie over de auteurs	2
Algemene uitgangspunten voor bestuurdersaansprakelijkheid	3
1. Risico's in de opstartfase	6
2. Risico's bij het sluiten en (niet-) nakomen van overeenkomsten	8
3. Risico's bij dividenduitkering	11
4. Risico's omtrent de jaarrekening	13
5. Risico's rondom fiscaliteit	15
6. Risico's bij faillissement	17

Inleiding & over de auteurs



Christiaan Mensink
+31 (0)70 3615048
c.mensink@gmw.nl

Vennootschappen hebben een van de aandeelhouders en bestuurders afgescheiden vermogen. Met dat eigen vermogen staan vennootschappen in voor betaling van de vennootschapsschulden. Als een B.V. haar schulden niet kan betalen, volgt een faillissement en krijgt de crediteur haar vordering meestal niet betaald. In beginsel zijn de bestuurders in privé niet aansprakelijk voor de schulden van hun B.V.

Een vennootschap kan zelf feitelijk geen handelingen verrichten. Om die reden worden bestuurders aangesteld om namens de B.V. te handelen. Deze bestuurders moeten hun bestuurstaak 'behoorlijk' vervullen. Daarbij moeten zij de belangen van de vennootschap zelf in acht nemen, maar ook die van andere betrokkenen zoals werknemers, leveranciers of afnemers. Doen de bestuurders dat niet? Dan is er mogelijk sprake van een onbehoorlijke taakvervulling en kan de vennootschap zelf, haar schuldeisers of een faillissementscurator de bestuurder hiervoor persoonlijk aansprakelijk stellen.

De voorwaarden die gelden voor persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders worden in deze whitepaper uiteengezet. De auteurs geven daarbij ook enkele eenvoudige, praktische tips om persoonlijke aansprakelijkheid te voorkomen.

Over de auteurs

Deze whitepaper is geschreven door Christiaan Mensink en Joris Groeneveld. Christiaan en Joris hebben samen meer dan 25 jaar advies- en proceservaring met het ondernemings- en faillissementsrecht.

Christiaan, Joris en hun collega's van de sectie Ondernemingsrecht & Insolventie helpen ondernemers met alle vraagstukken van (dreigende) aansprakelijkheidsclaims, financiering, herstructurering onder de WHOA, insolventie en geschillen. U kunt bij hen terecht voor al uw vragen over bestuursaansprakelijkheid.



Joris Groeneveld
+31 (0)70 3615048
j.groeneveld@gmw.nl

Algemene uitgangspunten voor bestuurdersaansprakelijkheid



Interne aansprakelijkheid kan niet vooraf worden uitgesloten. Wel is het mogelijk om u voor bestuurdersaansprakelijkheid te verzekeren.

Net als natuurlijke personen hebben vennootschappen schulden. Die schulden kunnen voortvloeien uit een overeenkomst, onrechtmatige daad of bijvoorbeeld uit een onverschuldigde betaling. In het ondernemingsrecht is het uitgangspunt dat alleen de vennootschap zelf aansprakelijk is voor haar schulden, ongeacht hoe die ontstaan zijn. De vennootschap heeft in die zin een van de bestuurders afgescheiden vermogen. Onbetaald gebleven ondernemingsschuldeisers kunnen zich in beginsel niet verhalen op het privévermogen van de bestuurder van de vennootschap.

Dit uitgangspunt geldt ook voor die gevallen waarin de bestuurder een risicovolle ondernemingsbeslissing heeft genomen, die – achteraf bezien – verkeerd heeft uitgepakt en tot schade voor de vennootschap zelf of anderen heeft geleid. Het is immers de taak van een bestuurder een (mede) op de toekomst gericht beleid te voeren en dat impliceert nu eenmaal het nemen van risico's. Daarom kan men het de bestuurders ook niet aanrekenen als hun beleid tegen de verwachting in uitloopt op mislukkingen en schade, zoals onbetaald gebleven leveranciers. Bij het beoordelen van de door het bestuur genomen beleids- en bestuursbeslissingen zal de rechter terughoudendheid moeten betrachten: een bestuurder mag niet (te) snel persoonlijk aansprakelijk worden gehouden.



Leg bestuursbesluiten schriftelijk vast, zeker als het gaat om transacties tussen de vennootschap en de bestuurder zelf. Noteer ook de gemaakte afwegingen bij het nemen van risico.

Voor persoonlijke aansprakelijkheid is dus meer nodig dan beslissingen die verkeerd aflopen. Een bestuurder is alleen persoonlijk aansprakelijk als hem een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Interne aansprakelijkheid

Bestuurdersaansprakelijkheid bestaat in twee vormen: externe aansprakelijkheid jegens derden, zoals onbetaald gebleven leveranciers, en interne aansprakelijkheid. Interne aansprakelijkheid houdt in dat een bestuurder onder omstandigheden jegens de vennootschap zelf aansprakelijk kan zijn. De door de wetgever geformuleerde rechtsregel voor interne bestuurdersaansprakelijkheid is vastgelegd in artikel 2:9, Burgerlijk Wetboek. Dit is een open norm die - kort gezegd - erop neerkomt dat een bestuurder tegenover de vennootschap verplicht is tot "een behoorlijke vervulling van zijn bestuurstaak".

Toetsing

De toets of een bestuurder al dan niet tekort is geschoten in de nakoming van deze verplichting vergt een objectieve benadering. Het handelen van de bestuurder moet worden beoordeeld naar het moment van handelen, niet naar de omstandigheden en kennis achteraf. Het handelen van een bestuurder in het concrete geval wordt vergeleken met een maatman-bestuurder, die handelt zoals redelijkerwijs mag worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekenend is en deze taak nauwgezet vervult. Als het handelen van een bestuurder hieraan voldoet, dan kan de bestuurder geen verwijt van onbehoorlijke taakvervulling worden gemaakt en is de bestuurder niet aansprakelijk.

De bestuurder dient te beschikken over voldoende inzicht en zorgvuldigheid, welke mogen worden verwacht van een bestuurder die zijn taak nauwgezet verricht. Er geldt ook een inspanningsverplichting: de bestuurder moet zich voldoende inzetten voor een behoorlijke taakuitoefening. Een bestuurder is pas aansprakelijk tegenover de rechtspersoon als hij deze norm overtreedt én hem bovendien een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Enkele voorbeelden van onbehoorlijke taakvervulling door een bestuurder die tot persoonlijke aansprakelijkheid kunnen leiden zijn:

- a. Het onttrekken van gelden aan de vennootschap;
- b. Het vermengen van privé zaken met zaken van de vennootschap;
- c. Het aandoen van ongeoorloofde concurrentie aan de vennootschap;
- d. Het nemen van onnodig grote, onverantwoorde financiële risico's;
- e. Het niet afsluiten van gebruikelijke verzekeringen;
- f. Het verkrijgen van een krediet tegen het stellen van onevenredige grote zekerheden.



Meestal regelen de statuten de wijze waarop de decharge wordt verleend.

Decharge volgt niet automatisch bij vaststelling van de jaarrekening, maar moet afzonderlijk op de aandeelhoudersvergadering worden geagendeerd.

Handelingen van de bestuurder in strijd met wettelijke of statutaire regels die de rechtspersoon bedoelen te beschermen zullen in het algemeen altijd tot aansprakelijkheid leiden. Denk daarbij aan procedurele voorschriften over voorafgaande goedkeuring van specifieke bestuursbesluiten door commissarissen, de aandeelhoudersvergadering, ondernemingsraad of andere organen

Décharge

De bestuurder kan na een geldig verleend décharge door de algemene vergadering van aandeelhouders niet meer door de B.V. worden aangesproken. Dit geldt ook als de vordering na faillissement wordt ingesteld door de curator van de vennootschap. Een décharge biedt niet in alle gevallen bescherming tegen interne aansprakelijkheid. Zo geldt décharge niet voor feiten of fouten waarvan de bestuurder de aandeelhoudersvergadering niet op de hoogte heeft gesteld.

Externe aansprakelijkheid

Naast de aansprakelijkheid van de bestuurder tegenover de vennootschap zelf, kan een bestuurder ook aansprakelijk zijn tegenover derden. Deze externe aansprakelijkheid is gebaseerd op de onrechtmatige daad. Degene die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, die hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander daardoor lijdt te vergoeden. Voor bestuurdersaansprakelijkheid geldt echter een extra vereiste, te weten dat aan de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt.

In de volgende hoofdstukken gaan wij nader in op de verschillende verschijningsvormen van interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid. In dit hoofdstuk willen wij alvast opmerken dat bestuurders in beginsel niet privé aansprakelijk zijn jegens aandeelhouders voor waardevermindering van aandelen als door hun onzorgvuldig handelen de vennootschap zelf schade heeft geleden. Het is immers in eerste instantie de vennootschap zelf die deze schade kan (proberen te) verhalen op de bestuurder. De aandeelhouder kan alleen dan een claim tegen de bestuurder instellen als de bestuurder een jegens die aandeelhouder zelf in acht te nemen specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden. Bij schending van de specifieke zorgvuldigheidsnorm kunt u denken aan het vooropgezette doel om in het bijzonder ook de belangen van de aandeelhouder(s) zelf te schaden, en aan de aansprakelijkheid voor de misleidende jaarrekening. Dat onderwerp bespreken we afzonderlijk in hoofdstuk 4.

1. Risico's in de opstartfase



Sluit voor zoveel mogelijk pas overeenkomsten namens de vennootschap nadat die daadwerkelijk is opgericht en is ingeschreven in het Handelsregister.

De oprichting van een vennootschap heeft mede tot doel de persoonlijke aansprakelijkheid voor de ondernemingsactiviteiten van de bestuurder uit te sluiten. Het komt regelmatig voor dat de (toekomstige) bestuurder al vóór het moment van de formele oprichting van de vennootschap door de notaris al rechtshandelingen verricht voor de nog op te richten B.V. Denk hierbij bijvoorbeeld aan het sluiten van een huurovereenkomst, het verkrijgen van financiering, het in dienst nemen van de eerste werknemers en het sluiten van leveringscontracten met afnemers. Dit is niet zonder gevaren.

Ondoordachte bekrachtiging van een rechtshandeling

Het verrichten van een rechtshandeling voor een nog niet opgerichte vennootschap is weliswaar geen rechtshandeling van de bestuurder in privé, maar de bestuurder kan wel voor alle gevolgen van die rechtshandeling persoonlijk aansprakelijk gehouden worden, ook als hij daarbij nadrukkelijk vermeldt dat het gaat om een handeling namens de 'B.V. in oprichting'.



Bekrachtig de in de opstartfase verrichte rechtshandeling zo veel mogelijk schriftelijk (of per e-mail). Zo voorkom je misverstanden achteraf.

De vennootschap moet rechtshandelingen die de bestuurder in naam van de nog op te richten B.V. heeft verricht ná het moment van formele oprichting nog bekrachtigen. Die bekrachtiging moet zorgvuldig gebeuren. Een onjuiste, ondoordachte bekrachtiging van een rechtshandeling in de fase van oprichting kan het effect van het beperken van persoonlijke aansprakelijkheid teniet doen.

Bekrachtiging van rechtshandelingen

De wet bepaalt dat uit rechtshandelingen die zijn verricht namens een op te richten vennootschap slechts rechten en verplichtingen voor de vennootschap ontstaan, als de vennootschap die rechtshandelingen na de oprichting uitdrukkelijk of stilzwijgend bekrachtigt. Een bekrachtiging is niet meer dan een kort bericht of mededeling aan de wederpartij dat de vennootschap is opgericht en de overeenkomst erkent. Tot het moment waarop de vennootschap na haar oprichting de rechtshandeling heeft bekrachtigd, is degene die de rechtshandeling namens de vennootschap in oprichting heeft verricht in privé hoofdelijk aansprakelijk. Na bekrachtiging eindigt de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder.



Rechtshandelingen verricht tussen het moment van oprichting en het moment van inschrijving bij de KvK zijn niet te bekrachtigen. Handel pas (weer) na ontvangst van de KvK-inschrijving.

Let op deze uitzondering

Er geldt echter een uitzondering: ook ná bekrachtiging van de rechtshandelingen door de intussen opgerichte vennootschap blijft de bestuurder hoofdelijk aansprakelijk voor in de opstartfase verrichte rechtshandelingen, in het geval dat de bestuurder bij het aangaan van de verplichting wist dat de nog op te richten vennootschap de verbintenis niet na zou kunnen komen. Als de vennootschap binnen één jaar na oprichting failliet wordt verklaard, geldt een wettelijk vermoeden dat de bestuurder die wetenschap had, en dus persoonlijk aansprakelijk is.

Als bestuurder is het dus belangrijk om voorzichtig om te gaan met het aangaan van rechtshandelingen namens een vennootschap in oprichting. Ook als rechtshandelingen worden bekrachtigd, betekent dit niet automatisch dat u als bestuurder niet langer hoofdelijk aansprakelijk bent. Ondoordacht en lichtvaardig handelen kan grote gevolgen hebben.

2. Risico's bij het sluiten en (niet-) nakomen van overeenkomsten



Ga bij het sluiten van overeenkomsten altijd na of de B.V. in staat is die na te komen. Bij grotere investeringen kan een liquiditeits-prognose daarbij helpen. Leg de gemaakte afwegingen schriftelijk vast.

Behalve tegenover de vennootschap zelf, kan een bestuurder ook tegenover derden aansprakelijk zijn. De grondslag is dan altijd onrechtmatige daad. Beslissend is, of de bestuurder persoonlijk kan worden verweten dat hij jegens de derde onrechtmatig heeft gehandeld. Ook hier geldt dat niet iedere door de bestuurder gemaakte fout kan leiden tot aansprakelijkheid; daarvoor is steeds nodig dat de bestuurder persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Eerste categorie externe aansprakelijkheid

Uit vaste rechtspraak volgt dat er twee categorieën van externe aansprakelijkheid van bestuurders bestaan. De eerste categorie betreft de situatie dat de bestuurder bij het aangaan van een overeenkomst wist of behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet (binnen een redelijk termijn) aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen, én dat de vennootschap geen verhaal zou bieden voor de schade die de wederpartij ten gevolge van die wanprestatie zou lijden.

Dit is de zogenaamde *Beklamel*-norm. De wetenschap van de bestuurder dient te worden geobjectiveerd en te worden getoetst op het moment van handelen zelf. Niet met de wetenschap achteraf.



Als de vennootschap (tijdelijk) niet in staat is om aan al haar verplichtingen te voldoen, raadpleeg een adviseur over de te nemen stappen en de keuze welke schulden eerst betaald worden.

Tweede categorie externe aansprakelijkheid

De tweede categorie voor externe bestuurdersaansprakelijkheid betreft het geval dat de bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap een eerder aangegane verplichting niet nakomt. Het kan dan gaan om contractuele en wettelijke verplichtingen, waaronder de verplichting belastingen te betalen. Het gaat bij deze categorie kort gezegd om frustratie van betaling en verhaalsmogelijkheden.

Voorzienbaarheid

Als de vennootschap (tijdelijk) niet in staat is om aan al haar verplichtingen te voldoen, raadpleeg dan een adviseur over de te nemen stappen en de keuze welke schulden eerst betaald worden. Bij de bepaling of er sprake is van een aan de bestuurder te maken ernstig persoonlijk verwijt, speelt bij beide categorieën de voorzienbaarheid van schadelijke gevolgen van de bestuurshandeling een cruciale rol. Ontbreekt die voorzienbaarheid, dan kan de bestuurder sowieso geen persoonlijk verwijt worden gemaakt, en komt daarmee de grondslag aan een eventuele aansprakelijkheid van de bestuurder te vervallen.

Daarnaast speelt ook de vraag of er nog andere omstandigheden zijn op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat de bestuurder terzake van de benadeling (toch) geen persoonlijk verwijt wordt gemaakt. Denk bijvoorbeeld aan betalingsonwil, selectieve betaling of het opwekken van een schijn van (niet bestaande) kredietwaardigheid.

Selectieve (wan)betaling

Een bijzonder risico zit in het selectief betalen, of juist selectief niet-betalen, van vennootschapsschulden. Bestuurders van ondernemingen met een krappe liquiditeit moeten keuzes maken in de volgorde waarin zij crediteuren betalen. Als vervolgens bij faillissement van de vennootschap bepaalde crediteuren onbetaald achterblijven, kunnen zij onder omstandigheden de bestuurder aanspreken wegens selectieve (wan)betaling. Immers, het geld dat eerder nog beschikbaar was, is terechtgekomen bij enkele crediteuren en daardoor juist niet beschikbaar voor de onbetaald gebleven schuldeisers.



Als een faillissement onvermijdelijk of al aangevraagd is, betaal dan alleen nog schulden die nodig zijn voor de continuïteit of waardebehoud van de onderneming.

Selectieve betaling is op zich geoorloofd, maar bijzondere omstandigheden kunnen dat anders maken. Het komt regelmatig voor dat een bestuurder van een vennootschap in zwaar weer prioriteiten stelt en op grond van die keuzevrijheid geselecteerde schuldeisers betaalt teneinde een (prematuur) faillissement te vermijden. Maar onder bijzondere omstandigheden verdwijnt die keuzevrijheid. Dit speelt met name bij betalingen die de wettelijke rangorde doorkruisen, waarbij een aan de vennootschap gelieerde persoon of partij (een groepsvennootschap) wel betaald krijgt, maar anderen niet, of wanneer de bestuurder om wat voor reden dan ook een persoonlijk belang heeft bij de betaling van die specifieke schuldeiser. Denk bijvoorbeeld aan het afbetalen van een financiering waarvoor de bestuurder persoonlijk borg staat. Daarbij blijft steeds de vraag relevant of de bestuurder jegens de onbetaald gebleven crediteur een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt.



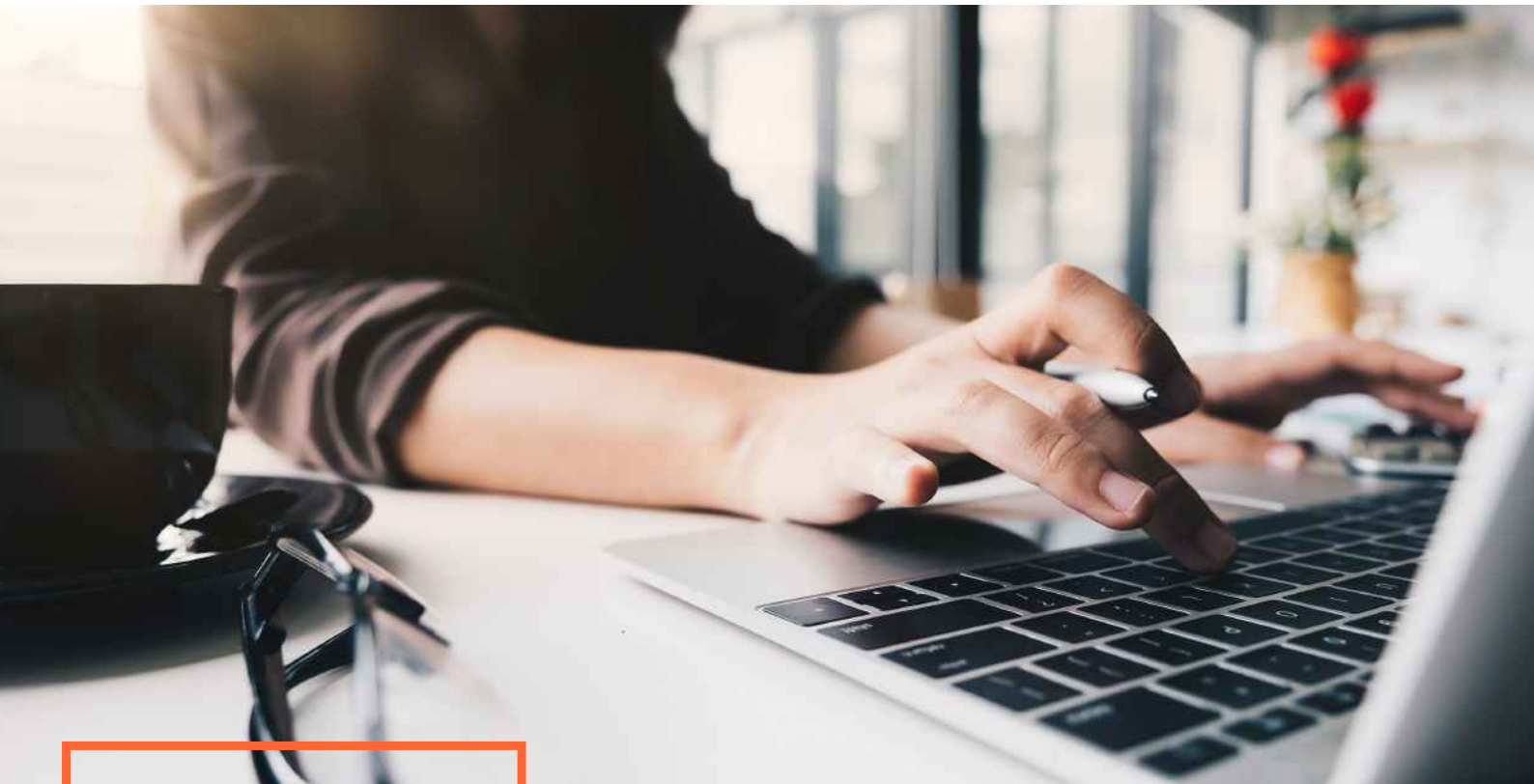
Houd goed in de gaten op welk moment de vennootschap (waarschijnlijk) niet meer te redden is. Vanaf dit peilmoment moet extra zorgvuldig omgegaan worden met het betalen van schuldeisers.

Deze vrijheid van een bestuurder om zelf te bepalen welke schuldeisers zullen worden voldaan, is in elk geval beperkter als de vennootschap heeft besloten haar activiteiten te beëindigen en niet over voldoende middelen beschikt om al haar schuldeisers te voldoen. Extra voorzichtigheid is dan geboden. Maar een bestuurder is niet reeds persoonlijk aansprakelijk jegens een vennootschaps schuldeiser op de enkele grond dat die bestuurder het faillissement van de vennootschap heeft aangevraagd en daarna sommige schuldeisers nog wel betaalt maar andere niet. Ook dan is de bestuurder pas persoonlijk aansprakelijk als de gedupeerde schuldeiser aantoonbaar dat die bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Zeker als de aangesproken bestuurder aantoonbaar dat betalingen plaats vonden in een poging de onderneming alsnog voor faillissement te behoeden, zoals de betaling aan dwangcrediteuren of aan financiers van een reddingsplan, zal aansprakelijkheid moeilijk aan te tonen zijn.

Betalingsonwil

Van selectieve wanbetaling is sprake als een vennootschap al haar crediteuren betaalt, op één na. In die gevallen zal er vaak sprake zijn van betalingsonwil van de bestuurder, bijvoorbeeld uit rancune tegen deze specifieke schuldeiser. Betalingsonwil kan tot aansprakelijkheid leiden op basis van de hiervoor besproken Beklamel-norm.

3. Risico's bij dividenduitkering



Het is van belang dat de bestuurder op de hoogte is van de financiële positie van de vennootschap voordat hij goedkeuring verleent aan het besluit tot uitkering.

Over de bestemming van de door de vennootschap behaalde winst beslist de aandeelhoudersvergadering. Vaak wordt besloten (een deel van) de winst als dividend uit te keren aan de aandeelhouders. De wetgever heeft echter een grote verantwoordelijkheid gelegd bij de bestuurders, die de dividenduitkering aan de aandeelhouders moeten goedkeuren en uitvoeren.

Goedkeuring

Bij een voorgenomen besluit van de aandeelhouders tot uitkering van dividend, moet de bestuurder toetsen of hij daar wel zijn goedkeuring aan kan geven. De zogenaamde uitkeringstoets. De bestuurder mag – en moet! – die goedkeuring alleen dan weigeren, als hij voorziet dat de vennootschap na die dividenduitkering niet langer in staat is haar opeisbare schulden te betalen. Maakt de bestuurder daarbij een verwijtbare beoordelingsfout, dan is hij aansprakelijk voor het tekort dat als gevolg van de uitkering ontstaat.



Leg de uitwerking van de balans- en uitkeringstoets schriftelijk vast. Dit hoeft geen uitvoerige berekening te zijn.

De balans- en uitkeringstoets

De algemene vergadering van aandeelhouders mag alleen een besluit tot uitkering van dividend nemen, voor zover het eigen vermogen groter is dan de wettelijke of statutaire reserves. Men noemt dit de balansstoets. Ten tweede geldt het vereiste van de genoemde uitkeringstoets. Als de vennootschap, ondanks een negatieve uitkomst van de balans- en/of uitkeringstoets, toch tot uitkering overgaat, en de onderneming na de uitkering insolvent blijkt te zijn, dan kan de bestuurder hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor het gehele tekort dat door de uitkering is ontstaan. Aandeelhouders kunnen op hun beurt aansprakelijk worden gesteld voor het aan hen uitgekeerde bedrag, en dus gedwongen worden om het betreffende dividend terug te betalen.

4. Risico's omtrent de jaarrekening



Termijnen bij de
jaarrekening:

Opmaken
maximaal 10 maanden na
einde boekjaar

**Vaststellen door
aandeelhouders**
maximaal 12 maanden na
einde boekjaar

Deponeren
maximaal 8 dagen na
vaststelling

Een afzonderlijke categorie van bestuurdersaansprakelijkheid is de aansprakelijkheid voor een onjuiste of misleidende jaarrekening. De wet bepaalt dat vennootschappen een jaarrekening tijdig moeten opmaken, en tijdig publiceren in het Handelsregister. De jaarrekening moet een zo getrouw mogelijk beeld geven van het vermogen en het resultaat van de B.V. De openbaarmaking van de jaarrekening dient ertoe dat zowel derden als bij de vennootschap betrokkenen zich een verantwoord oordeel kunnen vormen over het vermogen, het resultaat en - zo mogelijk - de solvabiliteit en liquiditeit van de vennootschap. Daarmee kunnen ze een geïnformeerde beslissing nemen om al dan niet zaken te doen met de B.V. Om te voorkomen dat vennootschappen in hun jaarrekening een gunstiger beeld van de onderneming proberen te schetsen, kunnen bestuurders aansprakelijk worden gesteld voor een misleidende jaarrekening.

Misleidende voorstelling

Artikel 2:249 Burgerlijk Wetboek bepaalt dat, als de jaarrekening, de tussentijdse cijfers of het bestuursverslag van een besloten vennootschap een misleidende voorstelling van de toestand van die vennootschap weergeeft, de bestuurders tegenover derden aansprakelijk zijn voor de schade die zij daardoor lijden.



Als alle aandeelhouders ook bestuurder zijn, geldt ondertekening van de jaarrekening als vaststelling en décharge. Ook zonder formele aandeelhoudersvergadering.



Is de jaarrekening niet tijdig vastgesteld, deponeer dan tijdig een voorlopige jaarrekening.

Derden die een beroep op deze bepaling kunnen doen zijn bijvoorbeeld aandeelhouders die voor een te hoge prijs aandelen hebben gekocht gebaseerd op onderliggende cijfers die achteraf onjuist blijken, werknemers of andere crediteuren, zoals leveranciers.

Het gaat erom dat er door de genoemde stukken en cijfers een scheve voorstelling geeft van de toestand van de vennootschap op de datum waarop die stukken en cijfers betrekking hebben. Van misleiding is sprake als de openbaar gemaakte jaarrekening op onbehoorlijke wijze een te gunstige of juist te ongunstige voorstelling geven, die aan de vorming van een verantwoord oordeel omtrent vermogen en resultaat in de weg staat. Bijvoorbeeld indien financiële gegevens niet zijn opgemaakt of gepresenteerd als voorgeschreven, het toepassen van onjuiste waarderingsgrondslagen, het onjuist verwerken van intra-groepstransacties, het verdoezelen van verliezen of aan het onvoldoende toelichten van incidentele en ongebruikelijke baten, afschrijvingen of voorzieningen.

Bestuurdersaansprakelijkheid door een misleidende jaarrekening

Voor bestuurdersaansprakelijkheid bij een misleidende jaarrekening is niet vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt gemaakt kan worden. Het enkele feit dat de jaarrekening misleidend is, is reeds verwijtbaar aan het bestuur. Als de jaarrekening misleidend is, staat de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder dus in beginsel vast. Natuurlijk zal de gedupeerde wel moeten bewijzen dat zijn schade is ontstaan als direct gevolg van de misleidende voorstelling van zaken in de jaarrekening. Het leveren van dit bewijs blijkt in de praktijk erg moeilijk.

Aansprakelijkheid afwenden

Een individuele bestuurder kan aansprakelijkheid afwenden door te bewijzen dat de misleiding of onjuistheden in de jaarrekening niet aan hem te wijten zijn. Dat bewijs zal in de regel niet of nauwelijks te leveren zijn. Het financiële beleid, en daarmee de inhoud van de jaarrekening, is immers een collectieve verantwoordelijkheid van het gehele bestuur. Disculpatie is eigenlijk alleen voor te stellen voor:

- 1) Een bestuurder die geweigerd heeft de jaarrekening mede te ondertekenen omdat die op bepaalde punten een misleidende voorstelling van zaken geeft;
- 2) Wanneer de misleidende voorstelling het gevolg is van een wijziging die de algemene vergadering van aandeelhouders bij vaststelling van de jaarrekening heeft aangebracht.

N.B.: Een goedkeurende accountantsverklaring heft de eigen verantwoordelijkheid en daaruit eventueel voortvloeiende aansprakelijkheid van de bestuurder niet op.

5. Risico's rondom fiscaliteit



Een gedane melding van betalingsonmacht ontslaat de vennootschap niet van de verplichting aangiftes te blijven doen over nieuwe tijdvakken. Blijf dat steeds tijdig doen.

De Staat zorgt in de regel goed voor zichzelf. Het is daarom geen verrassing dat in de wet enkele specifieke bepalingen zijn opgenomen, waarmee de bestuurder persoonlijk aansprakelijk wordt gehouden als de door hem bestuurde vennootschap belastingen of (cao-) pensioenpremies niet betaalt.

Melding van betalingsonmacht

De bestuurder van een vennootschap is verplicht om pro-actief aan de Belastingdienst te melden wanneer de door hem bestuurde vennootschap niet op tijd de verschuldigde belastingen kan betalen. Dezelfde meldingsplicht geldt jegens de bedrijfstakpensioenfondsen voor niet / niet-tijdige betaling van pensioenpremies. Meldt de bestuurder de betalingsonmogelijkheid niet of niet op tijd, dan loopt hij het risico hoofdelijk aansprakelijk gesteld te worden voor de niet-betaalde belastingschulden of premies. De fiscale meldingsplicht geldt alleen voor loonbelasting, omzetbelasting, accijnzen, verbruiksbelastingen van alcoholische dranken, kansspelbelasting en milieubelasting. Voor onder meer de vennootschapsbelasting geldt de meldingsplicht en de daarmee verbonden persoonlijke aansprakelijkheid niet.



Een gedane melding van betalingsonmacht betekent geen kwijtschelding van de belasting of pensioenpremie. Deze zal nog wel betaald moeten worden.

De melding dient onverwijld te worden gedaan, dat wil zeggen binnen twee weken nadat de betreffende belasting en/of premie betaald had moeten zijn. De melding gaat via een schriftelijk formulier van de Belastingdienst, waarop ook de reden van niet-betaling vermeld moet worden. Ook een tijdelijke betalingsonmacht dient te worden gemeld.

Vermoeden van onbehoorlijk bestuur

Wanneer de bestuurder verzuimt om (tijdig) melding te doen van betalingsonmacht, dan wordt wettelijk vermoed dat de niet-betaling van de belastingen het gevolg is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Voor het kennelijk onbehoorlijk bestuur wordt gekeken naar de drievooraafgaande jaren, gerekend vanaf het tijdstip dat de rechtspersoon in gebreke is de belastingen te voldoen. Wel kan de bestuurder dit vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur weerleggen, door aannemelijk te maken:

- 1) dat het hem niet kan worden verweten dat de betalingsonmacht niet tijdig is gemeld, en:
- 2) dat verder ook geen sprake is geweest van onbehoorlijk bestuur in de drie jaren voorafgaand aan het in gebreke zijn van de vennootschap.

Deze bewijslast is erg zwaar, waardoor in de meeste gevallen van niet - of te late - melding de bestuurder niet aan aansprakelijkheid ontkomt.

Anders gesteld: meldt de bestuurder niet of niet tijdig de onmacht van de vennootschap om belasting of pensioenpremie te betalen, dan is de bestuurder persoonlijk aansprakelijk voor die niet betaalde belastingen of premies. Dit kan snel om hele hoge bedragen gaan. Heeft de rechtspersoon meerdere bestuurders, dan is ieder van hen hoofdelijk aansprakelijk.

6. Risico's bij faillissement



Je weet nooit of op enig moment een faillissement dreigt. Zorg er dus in elk geval voor dat de wettelijke vermoedens nooit kunnen opgaan, en deponer altijd tijdig de jaarrekening.

Bij het faillissement van de vennootschap gelden specifieke regels over persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder. Een bestuurder is aansprakelijk tegenover de failliete boedel als er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur in een periode van drie jaren vóór de faillietverklaring. Daarbij dient er een causaal verband te zijn tussen dit kennelijk onbehoorlijk bestuur en het faillissement van de vennootschap. Als hiervan sprake is, dan is de bestuurder aansprakelijk voor het volledige tekort in het faillissement. Het risico is dus heel groot.

Kennelijk onbehoorlijk bestuur

Van kennelijk onbehoorlijk bestuur is sprake als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden op deze wijze zou hebben gehandeld. Zie wat wij hierover bij de algemene uitgangspunten hebben geschreven over de maatman-bestuurder. Of daarvan sprake is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en zal telkens door de rechter moeten worden bepaald.



Zorg
steeds voor een goed
bijgewerkte administratie,
waaruit de rechten en
verplichtingen van de
vennootschap makkelijk
kunnen worden gekend.

Uit de rechtspraak volgt dat kennelijk onbehoorlijke taakvervulling zich steeds uit in ernstige onverantwoordelijkheid, verwijtbare nalatigheid, onbezonnenheid, roekeloosheid, schrijnende onbekwaamheid, of in duidelijk anders handelen dan van verstandige bestuurders in een vergelijkbare situatie mag worden verwacht. Hiervan kan, naast fraude, bijvoorbeeld sprake zijn als de vennootschap in de problemen komt door onverantwoorde dividenduitkeringen, of erg nadelige activa-transacties (verkoop van activa tegen een veel te lage prijs) ten gunste van een groepsvennootschap. In elk geval zal vast moeten komen te staan dat het bestuur zijn taak heeft vervuld met de objectief te bepalen wetenschap dat de schuldeisers van de vennootschap door het bestuurshandelen zouden worden benadeeld. Kort gezegd: het komt ook bij ook deze vorm van bestuurders-aansprakelijkheid aan op de vraag of aan de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt gemaakt kan worden.

Feitelijk beleidsbepaler

Het voorgaande geldt ook voor een persoon die weliswaar formeel geen bestuurder is van de vennootschap, maar wel het beleid van de vennootschap (mede) heeft bepaald als ware hij bestuurder. Zo'n persoon wordt aangeduid als "feitelijk beleidsbepaler" of "feitelijk leidinggever", en wordt voor deze vorm van aansprakelijkheid in faillissement dus aan een bestuurder gelijkgesteld.

De wetgever heeft met deze gelijkschakeling (met name) geprobeerd te voorkomen dat malafide ondernemers aan bestuurdersaansprakelijkheid ontkomen door stromannen als formeel bestuurder te laten optreden terwijl zij in feite zelf – op de achtergrond – de touwtjes binnen de vennootschap in handen hebben. Volgens recente jurisprudentie kan een feitelijk beleidsbepaler ook aansprakelijk gehouden worden wanneer hij naast actieve formele bestuurders leiding zich tenminste een deel van de bestuursbevoegdheid heeft toegeëigend, en op die manier het beleid (mede) heeft bepaald als ware hij zelf bestuurder; 'terzijdestelling' van de statutaire bestuurder(s) is géén vereiste voor aansprakelijkheid van een feitelijk leidinggevende.



De
taak van een bestuurder is
serieus, en kent vele
verantwoordelijkheden.
Neem deze niet te
lichtvaardig op.

Causaal verband

Voor wat betreft het causaal verband is niet vereist dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling de enige oorzaak van het faillissement is. Het is voldoende dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling hieraan in belangrijke mate heeft bijgedragen.

Bijzondere risico's

Het bestuur van een vennootschap is onder meer verplicht tot het voeren van een deugdelijke administratie, en tijdige openbaarmaking van de jaarrekening door deze te deponeren bij het Handelsregister. Deponering moet uiterlijk plaatsvinden binnen acht dagen na vaststelling van de jaarrekening door de aandeelhoudersvergadering, en in elk geval binnen twaalf maanden na afloop van het boekjaar.

Matiging

De rechter heeft de mogelijkheid om het bedrag waarvoor het bestuur bij faillissement aansprakelijk is te verminderen, als het bedrag van het gehele boedel tekort de rechter bovenmatig voorkomt. De hoofdregel dat het bestuur voor het gehele faillissementstekort aansprakelijk is, doet soms geen recht aan de realiteit. De rechter mag dan rekening houden met de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling, ander oorzaken van het faillissement en de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld. Dit geldt vooral indien de aansprakelijkheid louter is gebaseerd op formaliteiten (zoals het niet op tijd deponeren van de jaarrekening), maar er geen harde verwijten van onbehoorlijke taakvervulling te maken zijn aan het bestuur.

Voor afzonderlijke bestuurders kan de rechter ten slotte rekening houden met de tijd dat de bestuurder in functie is geweest gedurende de onbehoorlijke taakvervulling. De rechter mag naast de genoemde gronden de aansprakelijkheid niet om andere redenen matigen. De hoofdregel blijft dan dus gelden.



GMW
advocaten

GMW advocaten staat voor u klaar

Of het nu gaat om het verwerpen tegen claims voor aansprakelijkheid, wanpresterende contractspartijen, dreigende insolventie of als u meent benadeeld te zijn door een bestuurder, GMW-advocaten kan u helpen. Wij kunnen u bovendien ook advies geven over onder andere ondernemingsrechtelijke onderwerpen zoals commerciële contracten, aandeelhouders-geschillen, algemene voorwaarden, financiering en zekerheden, herstructurering op grond van de WHOA, faillissementsrecht en intellectuele eigendommen. Mocht u of uw bedrijf failliet zijn en dreigt er een discussie met de curator? Neem ook in dat geval gerust contact met ons op voor advies.

Heeft u een vraag? Wij helpen u graag. Onze ondernemingsrechtadvocaten staan voor u klaar. Neem gerust contact met ons op.

 Scheveningseweg 52, Den Haag

 070-3615048

 info@gmw.nl

 www.gmw.nl