

BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID

DE BESTE BESTUURDERS STAAN AAN WAL EN HOE ZIT HET MET CRUIJFF EN AJAX

(Lezing aan boord van 'DFDS Seaways')

Uitgangspunt voor deze inleiding is om een onderwerp aan de orde te stellen waar alle ondernemers mee te maken kunnen krijgen. Dat is niet zo moeilijk: bestuurdersaansprakelijkheid. Of, in het kader van ons bezoek aan dit schip: De beste bestuurders staan aan wal.



Wie bestuurt Ajax?

Wat is 'prikkelend' aan bestuurdersaansprakelijkheid? Bijvoorbeeld het 'gedoe' bij Ajax. Je kon er de laatste dagen niet omheen. De leden van de RvC buitelen over elkaar heen.

Wie heeft gelijk? En dan gaat het er niet om die gelijk heeft over het 'voetbal', maar om de vraag of de RvC, zonder dat Cruijff aanwezig was, een besluit kon nemen waarbij de directeur van Ajax werd benoemd.

Even een klein uitstapje naar de sport (wij hebben immers ook een praktijkgroep Sportrecht.) Hoe is Ajax georganiseerd?

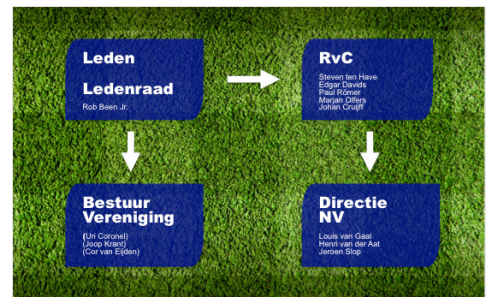
Wie is wie?

Er is een Vereniging en een Vennootschap (een NV). Sinds 1998 ging Ajax naar de beurs. Ajax haalde toen omgerekend € 54 miljoen op. Slechts 10% van de aandelen is vrij verhandelbaar, de rest is in handen van de Vereniging (73%), Delta Lloyd en beurshandelaar Strating.

De Vereniging heeft 850 leden, waarvan 650 stemgerechtigd zijn. Zij worden vertegenwoordigd door een Ledenraad van 24 personen. De Ledenraad kiest het bestuur bestaande uit 3 leden: voorzitter Uri Coronel, Joop Krant en Cor van Eijden. Zij zijn afgetreden per 21 november 2011. Er komt een interim bestuur en vanaf december een nieuw bestuur.

De NV heeft een RvC en een Directie. De aandeelhouders kiezen dat is in feite de Ledenraad, kiest de RvC. De RvC kiest de Directie van de NV.

De Directie van de NV bestaat nu uit commercieel directeur Henri van der Aat en financieel directeur Jeroen Slop. De laatste algemeen directeur was Rik van den Boog. Hij stapte op per 1 juni 2011 op aanhoudende kritiek van onder meer Cruijff. We weten inmiddels dat Louis van Gaal is benoemd per 1 juli 2012. Tot die tijd is Martin Sturkenboom interim bestuurder.



Cruijff was met De Telegraaf een fluwelen revolutie gestart en vond dat meer oud-voetballers bij de organisatie betrokken moesten worden. Hij wist Rik van den Boog weg te werken. Oud-voetballers werden in de Ledenraad gekozen en in een Bijzondere Algemene Vergadering van Aandeelhouders werd een nieuwe RvC benoemd, bestaande uit Steven ten Have, Paul Römer, Edgar David, Marjan Olfers en Johan Cruijff zelf.



De RvC moet een nieuwe algemeen directeur van de NV benoemen. Cruijff wil Ling, de andere leden van de RvC niet. De benoeming van een algemeen directeur moet plaatsvinden op een vergadering van de RvC. Hoe die bijeenroepen wordt staat in de statuten van de NV. Maar dat die vergadering behoorlijk bijeenroepen moet worden staat buiten kijf.

En het is de vraag of die vergadering behoorlijk is bijeenroepen. De verhalen daarover verschillen. Als Cruijff er wel zou zijn, zou de stemverhouding 4-1 zijn in het voordeel van Louis van Gaal, de kandidaat van

de andere leden, maar een vergadering over zo'n belangrijk onderwerp MOET behoorlijk zijn bijeenroepen en de leden MOETEN van te voren zijn geïnformeerd over de onderwerpen. Als Cruijff wel aanwezig zou zijn geweest, dan zou hij de andere leden misschien op andere gedachten hebben kunnen brengen.

Artikel 8 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek luidt:

- 1 - Een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, moeten zich als zodanig jegens elkander gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.
- 2 - Een tussen hen krachtens wet, gewoonte, statuten, reglementen of besluit geldende regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

DUS: het is de vraag of de benoeming van Louis van Gaal in strijd is met de redelijkheid en billijkheid die in acht had moeten worden genomen. De aandeelhouders zouden de nietigheid van het besluit kunnen inroepen. Inmiddels is de Ledenraad bijeengekomen. De Ledenraad had de RvC naar huis kunnen zenden, maar dat is niet gebeurd. Nu heeft Crujff gezegd dat hij niet in de RvC wil blijven. Het gaat om de macht van de sterkste. Maar het is de vraag of daarmee het belang van Ajax is gediend, ook al stelt iedereen dat zij handelen in het belang van Ajax. Wordt ongetwijfeld vervolgd.

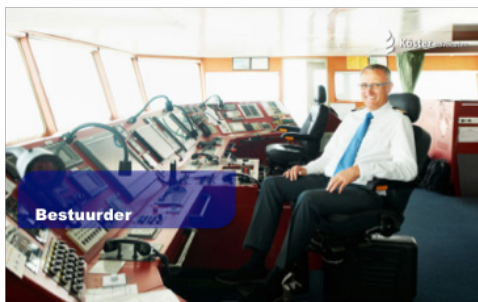


DFDS Seaways

Wat is het bruggetje van Ajax naar dit schip?

Wat zijn de verschillen tussen het besturen van een onderneming en het besturen van dit schip? In beide gevallen is sprake van leiding geven, richting geven, je houden aan regels. Ook wel het nemen van initiatief.

Het verschil is dat bij het besturen van een onderneming ook sprake is, moet zijn, van het najagen van kansen en het nemen van risico's. We willen niet dat een bestuurder van dit schip risico's neemt, maar we juichen toe dat een bestuurder van een onderneming wel risico's neemt, zij het tot een bepaalde hoogte.



Hoe komt dat verschil? Als een schip aan de grond loopt, is de kapitein al snel aansprakelijk.

Maar een bestuurder van een onderneming heeft een grotere mate van beleidsvrijheid. Als het met de onderneming niet goed gaat, zal dat de bestuurders niet snel kwalijk worden genomen. Maar er zijn grenzen. Bestuurders van ondernemingen moeten hun taak wel 'behoorlijk' vervullen. En of dat het geval is geweest, wordt veelal pas achteraf bepaald.

Als bestuurder of directeur van een onderneming geef je leiding aan die onderneming en je doet er alles aan om er een succes van te maken. Maar het gaat ook wel eens mis. Crediteuren willen persoonlijk van jou als bestuurder geld

hebben. Of de andere bestuurders of de andere aandeelhouders beschuldigen je van wanbeleid. Of het bedrijf gaat failliet en de curator klopt aan. Maar ja, daar heb je toch een besloten vennootschap voor? Om jouw persoonlijke vermogen te beschermen? Soms echter biedt de besloten vennootschap geen bescherming.

Doorbraak

Van doorbraak is sprake indien de rechtspersoon door de bestuurder wordt misbruikt, louter en alleen om persoonlijke aansprakelijkheid te voorkomen. De schuldeisers worden aldus benadeeld aangezien de rechtspersoon zelf geen verhaal biedt en de door hun geleverde prestatie ten goede komt aan de handelende persoon, c.q. bestuurder.

Van oneigenlijke doorbraak is sprake wanneer de handelende persoon/bestuurder wordt geacht verantwoordelijk te zijn voor het niet nakomen door de rechtspersoon van diens verplichtingen. Dit wordt de handelende bestuurder aangerekend als een onrechtmatige daad. De handelende persoon wordt hierbij dus niet gekwalificeerd als contractspartij.

Inleiding

Een vennootschap kan zelf geen beslissingen nemen, daarvoor is een bestuur of een bestuurder nodig. Of iemand die geen bestuurder is, maar die toch bestuurstaken verricht. Die bestuurder verbindt niet zichzelf, maar de vennootschap. Toch kan uit die handelingen een aansprakelijkheid van die bestuurder zelf voortvloeien.

Er is dan sprake van bestuurdersaansprakelijkheid.

Vormen van aansprakelijkheid

De term bestuurdersaansprakelijkheid wordt gebruikt voor twee, op zichzelf verschillende vormen van aansprakelijkheid, een interne en een externe aansprakelijkheid.

1. Die interne aansprakelijkheid vloeit voort uit de relatie tussen de bestuurder en de vennootschap en de verplichtingen die de bestuurder jegens de vennootschap heeft. Wanneer de bestuurder met zijn handelen de vennootschap schade berokkent, is hij daarvoor onder omstandigheden aansprakelijk.
2. Daarnaast is er een externe aansprakelijkheid. De bestuurder is dan naast de vennootschap aansprakelijk jegens derden voor schade die zij lijden als gevolg van het handelen van de bestuurder.

Maar de belangrijkste stappen 'tegen' een bestuurder kunnen worden genomen door de curator, als sprake is van faillissement van het bedrijf. Een bestuurder, eigenlijk het hele bestuur, is aansprakelijk voor de tekorten in het faillissement als het bestuur zijn taak "kennelijk onbehoorlijk" heeft vervuld en dat een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Interne aansprakelijkheid

De wet bepaalt (artikel 2:9 BW) dat een bestuurder zijn taken behoorlijk moet vervullen. Als hij dat niet doet, als sprake is van een "ernstig verwijtbaar onbehoorlijke taakvervulling", dan is de bestuurder aansprakelijk. Geen redelijk oordelend en verstandig bestuurder zou zo hebben gehandeld.

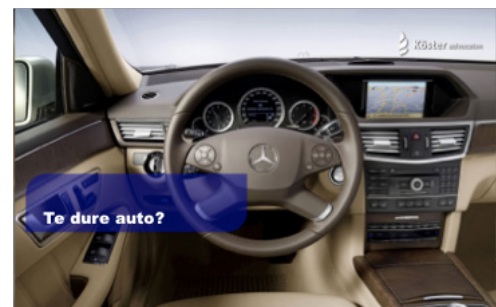
Het gaat volgens de Hoge Raad dus om een 'ernstig verwijt'. Er is sprake van een ernstig verwijt indien een redelijk handelend en ervaren bestuurder in dezelfde omstandigheden anders zou hebben gehandeld. van de gewraakte beslissing had afgezien.

Indien sprake is van onbehoorlijk bestuur, is de bestuurder jegens de vennootschap persoonlijk aansprakelijk voor de schade. De onderneming, vertegenwoordigd door de overige bestuurders, kan deze bestuurder aansprakelijk stellen. Overigens wordt wel rekening gehouden met de aard van de activiteiten en andere omstandigheden. In ieder geval leveren handelingen in strijd met de wet of de statuten vaak onbehoorlijke taakvervulling op.



Voorbeelden:

1. Het onttrekken van geld aan de vennootschap door er over te beschikken als was het privé vermogen;
2. Het vermengen van privé zaken met zaken van de vennootschap;
3. Het aandoen van concurrentie aan de vennootschap;
4. Het nemen van onnodig grote financiële risico's of het nemen van beslissingen met verre gaande financiële consequenties;
5. Het aangaan van transacties die de financiële mogelijkheden van de vennootschap aanmerkelijk te buiten gaan, bijvoorbeeld door onverantwoordelijke hoofdelijke aansprakelijkheidsstellingen;
6. Het verwaarlozen van de kredietbewaking;
7. Het niet afsluiten van de gebruikelijke verzekeringen;
8. Het plegen van fraude;
9. Wanneer het bedrijf onbevoegd aan derden wordt verbonden.



Vereniging en stichting

Bij een vereniging of een stichting is die vereniging of stichting in beginsel aansprakelijk voor de schulden die worden gemaakt. Uitgangspunt is dat de aansprakelijkheid voor bestuurders van profit en non-profit rechtspersonen gelijk is.

De anti-misbruikwetgeving, welke een verzwaring van de bestuurdersaansprakelijkheid met zich meebrengt, is echter niet van toepassing op niet-commerciële verenigingen en stichtingen. De grens tussen commerciële en niet-commerciële verenigingen en stichtingen wordt gevormd door de vennootschapsbelastingplicht.

Externe aansprakelijkheid

De externe aansprakelijkheid wordt geregeld in artikel 6:162 van het BW, de onrechtmatige daad. Derden die door het handelen van de bestuurder zijn gedupeerd, kunnen de geleden schade proberen te verhalen door het instellen van een vordering uit onrechtmatige daad.



De vennootschap moet aansprakelijk zijn, en onder omstandigheden kan de bestuurder zelf ook aansprakelijk worden gesteld. Hem moet zelf ook een ernstig verwijt van het onrechtmatig handelen van de rechtspersoon kunnen worden gemaakt. De bestuurder moet ook zelf hebben gehandeld in strijd met de zorgvuldigheid die hij persoonlijk jegens de derde in acht hadden moeten nemen.

Dat is het geval als de bestuurder bij het aangaan van de verplichting weet of moet begrijpen dat de vennootschap niet of niet binnen een redelijke termijn aan zijn verplichtingen zal kunnen voldoen en geen verhaal zal bieden voor de schade die de schuldeiser als gevolg van die wanprestatie zal leiden.

Voorbeelden:

1. Een lening sluiten terwijl je weet dat het bedrijf haar verplichtingen niet na kan komen, wegens de slechte financiële situatie waarin het bedrijf zich bevindt;
2. Een bestuurder doet namens de vennootschap betalingstoezeggingen (wekt de schijn van kredietwaardigheid), terwijl hij wist dat de vennootschap haar verplichtingen niet kon nakomen.

Aansprakelijkheid na faillissement

In geval van faillissement van een vennootschap is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap voor zover deze niet uit de overige baten kunnen worden voldaan ("tekort"), indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Van "kennelijk onbehoorlijke taakvervulling" is sprake als er geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – zo zou hebben gehandeld. De toevoeging van het woord "kennelijk" betekent dat niet elk gebrekkig bestuur zonder meer als onbehoorlijk bestuur moet worden beschouwd. Het onbehoorlijke van de taakvervulling moet onmiskenbaar zijn.

De rechter oordeelt of sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Daarbij moet hij naar zo objectief mogelijke maatstaven vaststellen of het gedrag in kwestie – bezien op het tijdstip van handelen of nalaten, en dus niet achteraf – als onbehoorlijk moet worden gekwalificeerd. Hoe zouden vakbekwame ondernemers in dezelfde branche handelen.

De bewijslast voor de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling ligt bij de curator.

De wet keert de bewijslast echter om in twee gevallen. Als er geen behoorlijke boekhouding is gevoerd of als het bestuur de jaarrekening te laat heeft gepubliceerd, dan wordt dit vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. Het bestuur mag nu bewijzen dat dit geen belangrijke oorzaak van het faillissement is. Lukt dat niet, dan is het bestuur hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort in het faillissement.

Overigens kunnen individuele crediteuren ook bestuurders aanspreken, ook al heeft de curator namens de gezamenlijke schuldeisers het bestuur aangesproken. Onder bepaalde omstandigheden kan deze gezamenlijke vordering van de curator echter voorgaan op de individuele vordering van de crediteur (groepsbelang gaat boven individueel belang).

Bijzondere gevallen

Toezichthouders

De aansprakelijkheid van toezichthouders vloeit voort uit hun hoofdtaken advisering en toezicht. Deze taken zijn de laatste jaren verschoven van een passieve rol naar een steeds actievare rol als betrokken en daadkrachtige adviseurs en toezichthouders van het bestuur.

Een toezichthouder is aansprakelijk als hij de schadeveroorzakende handeling had kunnen voorkomen én als hem valt aan te rekenen dat u dit niet heeft gedaan.

Beleidsbepalers

In sommige gevallen worden feitelijke beleidsbepalers gelijk gesteld aan bestuurders. In zo'n geval kan de curator de feitelijke beleidsbepaler op dezelfde gronden aansprakelijk stellen. De feitelijke beleidsbepaler (een pseudo bestuurder) kan een natuurlijke persoon zijn, die zich van een stroman als bestuurder bedient, maar kan ook de moedermaatschappij van een gefailleerde dochtervennootschap zijn. Indien de moedermaatschappij zich zodanig intensief met het beleid van de dochter bemoeit, kan deze dus aansprakelijk worden gehouden voor het tekort in het faillissement.

Aansprakelijkheid voor schulden ontstaan bij oprichting

Op grond van artikel 2:203 BW zijn de oprichters van de vennootschap aansprakelijk jegens individuele crediteuren voor schulden ontstaan gedurende de periode van oprichting, indien zij wisten of redelijkerwijs konden weten dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou nakomen. Als de vennootschap binnen een jaar na oprichting faillieert, dan wordt vermoed dat de oprichter wist dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou nakomen en zal de oprichter moeten aantonen dat dit niet het geval is geweest.

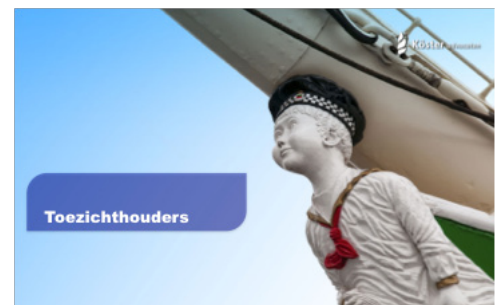
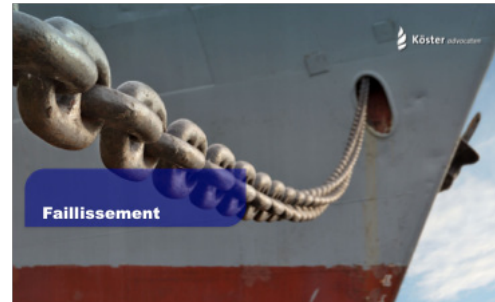
Fiscale aansprakelijkheid

Artikel 36 Invorderingswet bepaalt dat een bestuurder persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld voor bepaalde door de vennootschap verschuldigde belastingen. De bestuurder is aansprakelijk als niet tijdig melding is gemaakt van het feit dat de vennootschap haar belastingsschulden niet zal kunnen betalen. Om aansprakelijkheid te voorkomen moet binnen 14 dagen nadat de belasting verschuldigd is schriftelijk betalingsonmacht worden gemeld.

Deze vorm van aansprakelijkheid komt regelmatig voor na het faillissement van de vennootschap. De vennootschap is dan immers niet meer in staat om de belastingsschulden te voldoen en de schulden worden vervolgens verhaald op de bestuurder, tenzij de bestuurder kan aantonen dat het onbetaald laten van de belastingen niet aan hem te wijten is.

Hoofdelijk en collectief

Voor bestuurders geldt een collectieve verantwoordelijkheid en voor alle bestuurders een hoofdelijke aansprakelijkheid. Dat betekent dat u als individuele bestuurder aansprakelijk kunt worden gesteld voor de volledige schade die voortvloeit uit fouten van u én uw medebestuurders.



Disculpatie

Er kunnen verzachtende omstandigheden zijn, zoals de aard van de door de vennootschap uitgeoefende activiteiten en de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, en het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.

Uit de rechtspraak blijkt, dat handelen in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen in dit verband als een zwaarwegende omstandigheid wordt aangemerkt, die in beginsel de aansprakelijkheid van een bestuurder vestigt.

Een bestuurder kan, wanneer aansprakelijkheid op grond van onbehoorlijk bestuur is komen vast te staan, deze aansprakelijkheid ontlopen door aan te tonen dat de tekortkoming niet aan hem te wijten is, en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan te voorkomen. Ook kan een bestuurder aan aansprakelijkheid ontkomen door aan te tonen dat het een aangelegenheid betreft die niet tot zijn werkring behoort.

Décharge

Aan bestuurders kan door de aandeelhouders decharge worden verleend. Dat ontheft bestuurders van aansprakelijkheid jegens de vennootschap, niet jegens derden, en bovendien alleen ten aanzien van gegevens die uit de jaarrekening blijken of aan de aandeelhouders bekend zijn.

Voorbeelden:

1. Nalaten een behoorlijke boekhouding bij te houden;
2. Niet of te laat opmaken van de jaarrekening;
3. In het jaarverslag een misleidende voorstelling geven;
4. Het laten verdwijnen van vermogen;
5. Het zonder behoorlijke voorbereiding nemen van beslissingen met verregaande financiële consequenties;
6. Het aangaan van voor de rechtspersoon nadelige verplichtingen in het zicht van een faillissement;
7. Ongerechtvaardigde persoonlijke verrijking.
8. Het selectief betalen van crediteuren;
9. Onvoldoende deskundigheid of besluiteloosheid van bestuurders.
10. Het niet tijdig aanvragen van het eigen faillissement, terwijl duidelijk dat de verplichtingen niet meer kunnen worden nagekomen.



Tot slot

Persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders is eerder uitzondering dan regel.

En als het goed fout gaat is het wel een manier om in het nieuws te komen.

Rutger Middendorf
Praktijkgroep Ondernemingsrecht
Köster Advocaten

