



Onderzoeksrapport

*Bestuurdersaansprakelijkheid na
faillissement bij de vereniging*

**Toetsing van:
Afstudeeronderzoek
RE441C**

Hogeschool Leiden

HBO-Rechten

Lex Bremer – s1074508

Mr. I.J.S van Mierlo-Groot

Jaar 4, blok 3 en 4

Inhoudsopgave

Afkortingen en begrippen	1
Samenvatting	2
 Hoofdstuk 1: Inleiding.....	4
1.1 Probleemanalyse	4
1.2 Juridisch kader	6
1.3 Doelstelling, centrale vraag en deelvragen	8
1.4 Methoden van onderzoek	8
 Hoofdstuk 2: De taken van het bestuur	11
2.1 Inleiding	11
2.2 Redelijkheid en billijkheid.....	11
2.3 Het besturen van de rechtspersoon.....	11
2.4 Algemene gang van zaken en taakverdeling.....	12
2.5 Behoorlijke taakvervulling en onbehoorlijk bestuur.....	14
2.6 Verband tussen interne en externe aansprakelijkheid	16
2.7 Administratie- en publicatieplicht.....	17
2.8 Conclusie	20
 Hoofdstuk 3: Het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen	21
3.1 Inleiding	21
3.2 Aanleiding en doel wetsvoorstel	21
3.3 Inhoud wetsvoorstel.....	22
3.3.1 Belang van de rechtspersoon	22
3.3.2 Aansprakelijkheid na faillissement	22
3.3.3 Vrijstelling onbezoldigde bestuurders art. 2:9c lid 2 BW	22
3.3.4 Instelling raad van commissarissen	23
3.4 Conclusie	24

Hoofdstuk 4: Bestuurdersaansprakelijkheid na faillissement bij de BV:

de theorie.....	25
4.1 Inleiding	25
4.2 Kennelijk onbehoorlijk bestuur art. 2:248 lid 1 BW	25
4.3 Voorbeelden van kennelijk onbehoorlijk bestuur.....	27
4.4 Administratie- en publicatieplicht art. 2:248 lid 2 BW	29
4.5 Conclusie	31

Hoofdstuk 5: Bestuurdersaansprakelijkheid na faillissement bij de BV:

de praktijk	32
5.1 Inleiding	32
5.2 Checklist van de rechter	32
5.3 Invulling door de rechter	33
5.3.1 Wel aansprakelijk op grond van art. 2:248 BW	33
5.3.1.1 Administratie- en publicatieplicht	33
5.3.1.2 Ondernemingsbelang en financiële positie	36
5.3.1.3 Verwaarlozing en onzorgvuldigheid.....	38
5.3.2 Niet aansprakelijk op grond van art. 2:248 BW.....	39
5.3.2.1 Administratie- en publicatieplicht	39
5.3.2.2 Marktomstandigheden en financiële positie	40
5.3.2.3 Voldoende maatregelen en andere voorbeelden.....	42
5.4 Conclusie	43

Hoofdstuk 6: Conclusie en aanbevelingen

6.1 Inleiding	44
6.2 Conclusie	44
6.3 Aanbevelingen	45

Literatuurlijst.....

Jurisprudentielijst

<i>Geanalyseerde jurisprudentie deelvraag 2 en 3.....</i>	<i>50</i>
<i>Geanalyseerde jurisprudentie deelvraag 4.....</i>	<i>51</i>

Bijlage 1: Jurisprudentietabel

Bijlage 2: Beknopte weergave jurisprudentie

Afkortingen en begrippen

ALV	Algemene Ledenvergadering (Vereniging)
AVA	Algemene vergadering van Aandeelhouders (BV)
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
NMa	De Nederlandse Mededingingsautoriteit

Wet Bestuur en toezicht rechtspersonen	Wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met de uniformering en de verduidelijking van enkele bepalingen omtrent het bestuur en de raad van commissarissen van rechtspersonen ¹
Derde Anti-Misbruikwet	Wetsvoorstel Wijziging van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen ²
De Minister	De Minister van Veiligheid en Justitie
Slotuitdelingslijst	Lijst met de bedragen die de erkende crediteuren in een faillissement zullen ontvangen
Liquiditeiten	Direct ter beschikking staande geldmiddelen van een onderneming of organisatie
Administratie	Een meer modernere verwoording van het woord 'boekhouding' ³

¹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491.

² *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631,

³ Slagter 2013, p. 287.

Samenvatting

De aanleiding van dit onderzoek is de onrust van verenigingsbestuurders aan de tafel van advocatenkantoor SwitchLegal. Na inwerkingtreding van het Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen kunnen bestuurders van verenigingen namelijk makkelijker aansprakelijk worden gesteld voor een faillissementstekort. Door in opspraak geraakte faillissementen van grote organisaties in de semipublieke sector ontstond de wens om de wetgeving rond bestuur en toezicht bij onder andere verenigingen aan te scherpen. Ook uit het juridische werkveld en de rechtspraak volgt dat behoefte bestaat aan deze aanscherping. De Minister van Veiligheid en Justitie van der Steur beoogt met het wetsvoorstel de rechtszekerheid te bevorderen door onnodige verschillen tussen rechtsvormen weg te nemen. De regels voor de BV en de NV zijn namelijk vollediger en duidelijker dan voor andere rechtsvormen. De hoofdvraag van dit onderzoek luidt dan ook: Wat kan advocatenkantoor SwitchLegal haar cliënten adviseren over de vraag wanneer een bestuurder van een vereniging aansprakelijk zal zijn voor onbehoorlijk bestuur na faillissement op grond van de verwachte invoering van art. 2:9c BW blijkens bronnen-, literatuur- en jurisprudentieonderzoek? Voor dit onderzoek is van belang dat voor de vereniging verandert dat de bestuurders zich bij hun taken moeten richten naar het belang van de rechtspersoon, er een wettelijke grondslag komt voor het instellen van een raad van commissarissen en dat bestuurders aansprakelijk zijn voor een faillissementstekort wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het bestuur dient zich ten eerste te gedragen naar het belang van de vereniging en alle betrokkenen. Het bestuur vertegenwoordigt de vereniging en is verantwoordelijk voor de strategie en het dagelijks en financieel beleid. Er dient een deugdelijke, systematische administratie te worden gevoerd die te allen tijde een inzicht geeft in de debiteuren- en crediteurenpositie, het vermogen en de stand van de liquiditeiten. Belangrijke financiële transacties moeten op juistheid kunnen worden gecontroleerd en deze controle dient dan ook plaats te vinden door een accountant of een aangestelde commissie. Verenigingen die een onderneming in stand houden of met een notariële akte zijn opgericht moeten tevens een jaarrekening publiceren die bestaat uit de balans en de winst- en verliesrekening met toelichting. Er dient aan de bestuurstaken voldoende tijd te worden besteed en er moet professioneel en zorgvuldig worden gehandeld. Risico's die de continuïteit van de onderneming kunnen schaden moeten worden vermeden. Als er sprake is van onbehoorlijk bestuur is iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk jegens de rechtspersoon als de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Hiervan is met name sprake indien de bestuurstaak is verwaarloosd en er onverantwoord is gehandeld. Het bestuur blijft collectief verantwoordelijk voor de genomen besluiten, maar een bestuurder kan zich wel disculperen door te stellen dat de gedraging zijn taak niet was en dat voldoende maatregelen zijn genomen om de gedraging te voorkomen. De voorgenoemde interne bestuurdersaansprakelijkheid houdt verband met de bestuurdersaansprakelijkheid na faillissement, waarvoor het vereiste van kennelijk onbehoorlijk bestuur geldt. Het criterium ernstig verwijt is namelijk een indicatie voor kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin dat er in beide gevallen onbezonnen en roekeloos moet zijn gehandeld. Aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon wordt dan ook nog al eens als subsidiaire vordering ingezet om de bestuurder aansprakelijk te stellen voor het tekort in het faillissement. Bestuurdersaansprakelijkheid na faillissement zal echter voornamelijk gegrond worden op art. 2:9c BW. Hierbij moet sprake zijn van kennelijk onbehoorlijk bestuur, dat tevens een belangrijke oorzaak moet zijn van het faillissement. Van kennelijk

onbehoorlijk bestuur is sprake als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden op dezelfde manier gehandeld zou hebben, waarbij essentieel is te melden dat alle omstandigheden in samenhang worden gezien. Het gaat om misbruik en structurele misstappen. Uitgangspunt is dat het crediteurenbelang boven het privé belang van de bestuurder staat, aangezien het vaak de crediteuren zijn die in een faillissement met hoog opgelopen vorderingen blijven zitten. Vooral het onverantwoord nemen van grote financiële beslissingen zonder voorbereiding is als kennelijk onbehoorlijk bestuur aan te merken, zeker als de bestuurder wist dat dit de financiële positie van de onderneming zou schaden en hierdoor de crediteuren zouden worden benadeeld. Hieraan alle medewerking verlenen en het nalaten dergelijke acties van medebestuurders te voorkomen wordt als zwaarwegende omstandigheid gezien. Als niet voldaan is aan de administratie- of publicatieplicht uit art. 2:10 of 2:394 BW staat kennelijk onbehoorlijk bestuur vast. Het is namelijk een indicatie dat het bestuur ook voor het overige zijn taken onbehoorlijk vervuld heeft en het getuigt van weinig serieus en betrouwbaar ondernemingschap. Wat betreft de publicatieplicht kan de bestuurder naar voren brengen dat voor de schending ervan een aanvaardbare verklaring bestaat, zoals een overschrijding van enkele dagen of een langdurige computerstoring, zolang de bestuurder maar een bonafide instelling heeft. Het deponeren van de jaarrekening blijft echter de verantwoordelijkheid van de bestuurder en niet van de accountant. De bestuurder kan ook andere feiten en omstandigheden aannemelijk maken die het faillissement hebben veroorzaakt. Dit kan onder meer liggen in economische tegenslag en misrekeningen van andere bestuurders, zolang maar een redelijk denkend bestuurder in hetzelfde geval ook zo gehandeld zou hebben. Uit het jurisprudentieonderzoek is gebleken dat ten eerste het voeren van een deugdelijke administratie en het tijdig deponeren van de jaarrekening belangrijk is, aangezien kennelijk onbehoorlijk bestuur na schending van deze twee wettelijke verplichtingen vaststaat. Er moet in elk geval een administratie zijn en er mogen geen substantiële documenten ontbreken, zoals een correct debiteuren- en crediteurenoverzicht. Ook moet aan de curator medewerking worden gegeven om tot de administratie toegang te krijgen. Onbehoorlijke administratie blijkt verder uit ongecontroleerd beheer en rommelige indrukken. Overschrijding van de publicatieplicht vindt plaats als dit meer dan enkele dagen is, er geen enkele verklaring voor wordt gegeven en het bestuur geen goede voortgang heeft gemaakt hier verbetering in te brengen. Verder is van aansprakelijkheid na faillissement sprake als in strijd is gehandeld met het ondernemingsbelang. Dit gebeurt als de bestuurder externe verplichtingen aangaat waarvan hij weet dat de financiële positie van de onderneming hierdoor in gevaar wordt gebracht en dat de crediteuren worden benadeeld. Daarnaast acht de rechter de bestuurder aansprakelijk als hij de onderneming overdraagt aan malafide of onverantwoordelijke bestuurders die geen belang zien in de continuïteit van de onderneming. Dit geldt ook voor de bestuurder die heeft nagelaten te voorkomen dat de solvabiliteit van de onderneming door de andere bestuurder in gevaar werd gebracht. Overduidelijk aansprakelijk is de bestuurder die Europese voorschriften overtreedt en niets doet om aanzienlijke en structurele wantoestanden in de onderneming tegen te gaan. Tegen het verwijt dat geen goede administratie is gevoerd kan de bestuurder inbrengen dat de administratie was voorzien van goedkeurende verklaringen van de accountant. Een aanvaardbare verklaring kan liggen in het feit dat dit in het belang was van de continuïteit van de onderneming. Ook de kredietcrisis met een teruglopende omzet tot gevolg kan meespelen om niet aansprakelijk te zijn. Daarbij kan het van belang zijn dat de financiering door de bank is stopgezet en voldoende maatregelen zijn getroffen om het faillissement tegen te gaan.

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Probleemanalyse

Advocatenkantoor SwitchLegal is een advocatenkantoor in het centrum van Amsterdam dat zich richt op de algemene rechtspraktijk, waaronder het ondernemingsrecht. Het valt de advocaten van SwitchLegal op dat er de laatste tijd regelmatig vragen worden gesteld over de aansprakelijkheid van bestuurders van verenigingen. De bestuurders van deze rechtspersonen vragen zich met betrekking tot het uitvoeren van hun bestuurstaken af welk risico zij lopen om aansprakelijk gesteld te worden voor het (kennelijk) onbehoorlijk besturen van de vereniging in het geval van faillissement.

Aanleiding voor deze ongerustheid is het op 8 juni 2016 ingediende Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen.⁴ Dit wetsvoorstel heeft als doel onnodige verschillen tussen de rechtsvormen weg te nemen⁵ en beoogt voornamelijk het wettelijke kader voor de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting te verbeteren. Hiermee wordt volgens de Minister voorzien in een behoefte van de praktijk.⁶ Uit een internetconsultatie is namelijk gebleken dat er brede steun bestaat voor het streven naar verbetering van de kwaliteit van het bestuur en toezicht bij deze rechtspersonen.⁷ Meer concreet uniformeert het voorstel de regels voor de taken en de aansprakelijkstelling van bestuurders in geval van faillissement; de regels die over deze onderwerpen gelden voor de BV en de NV zullen straks ook gelden voor de vereniging.⁸

In opspraak geraakte organisaties

De wens tot het aanscherpen van de wetgeving is mede het gevolg van de in opspraak geraakte (bijna-)faillissementen van organisaties in de non-profit sector de afgelopen jaren, zoals die van Vestia, Meavita en Amarantis. Met de indiening van het wetsvoorstel wordt gehoor gegeven aan deze wens.⁹

Dat er grote financiële belangen kunnen spelen bij verenigingen blijkt uit een recent schandaal rond de partijvoorzitter van de VVD Henry Keizer.¹⁰ In april 2017 publiceerde Follow The Money, een digitaal platform voor onderzoeksjournalistiek, een rapport waarin gesteld werd dat Keizer in 2012, destijds adviseur en nu voorzitter van de Koninklijke Vereniging voor Facultatieve Crematie, een bedenkelijke rol speelde bij de overname van De Facultatieve Groep B.V., een beheermaatschappij met een omzet van 106 miljoen euro die eerst in het bezit was van voornoemde vereniging.¹¹

⁴ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491.

⁵ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, 3, p. 3 (MvT).

⁶ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, 3, p. 1 (MvT).

⁷ *Wet bestuur en toezicht rechtspersonen*, 6 februari 2014. Bekeken nop 2 juni 2017 www.internetconsultatie.nl (zoek op: bestuur en toezicht rechtspersonen); *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, 3, p. 9 (MvT).

⁸ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, 3, p. 4 en 6 (MvT).

⁹ Kluiver, *Nederlands Juristenblad* 2017, afl. 15, p. 1060.

¹⁰ *Waarom is er ophef over de VVD-preses?*, 27 april 2017. Bekeken op 13 mei 2017 www.nrc.nl (zoek op: ophef VVD-preses).

¹¹ *De 'rücksichtslose zelfverrijking' van een politiek zwaargewicht*, 22 april 2017. Bekeken op 13 mei 2017 www.ftm.nl (zoek op: zelfverrijking zwaargewicht).

Ook bij verenigingen maken de grote financiële belangen dat het bestuur zijn taken serieus moet nemen. Indien een vereniging van dergelijke omvang failliet gaat, moeten er voldoende middelen beschikbaar zijn om het bestuur aansprakelijk te stellen voor het tekort in de faillissementsboedel.

De Landelijke Huisartsen Vereniging stond er in 2011 zo slecht voor dat de vereniging vanwege een negatief eigen vermogen bijna failliet ging. De vereniging kreeg een boete van de NMa van 7,7 miljoen euro wegens verboden vestigingsafspraken.¹² Deze boete is inmiddels succesvol bestreden¹³, maar geeft wel aan dat bestuurders behoed moeten zijn op het nemen van besluiten. Op 4 april 2017 is ook voetbalvereniging Haaglandia vanwege betalingsachterstanden failliet gegaan.¹⁴

Het belang voor de opdrachtgever

Voor de bestuurders van verenigingen heeft het wetsvoorstel gevolgen: in geval van faillissement van de vereniging wordt het risico om als bestuurder aansprakelijk te worden gesteld vergroot. Dit is een probleem voor de cliënten van SwitchLegal die verenigingen besturen. Hoofdelijke aansprakelijkheid betekent immers dat zij in hun privévermogen kunnen worden aangetast. Deze aansprakelijkheid is weliswaar al mogelijk op grond van het huidige art. 2:9 BW, maar uit het onderzoek zal blijken dat met dit wetsartikel er nog een causaal verband moet worden aangetoond tussen de schade en het onbehoorlijk bestuur. Na faillissementsaansprakelijkheid is de bestuurder direct aansprakelijk voor het gehele boedeltekort in het faillissement. Aangezien dit tekort aardig kan oplopen en daarom de financiële gevolgen voor bestuurders aanzienlijk zijn, moet voorkomen worden dat deze aansprakelijkheidstelling plaatsvindt. Dit is mede van belang gezien het feit dat het besturen van een vereniging, vaker dan het besturen van een BV, een vrijwillige of deeltijdfunctie betreft die naast de reguliere baan wordt vervuld. Het is de advocaten van SwitchLegal opgevallen dat hun cliënten zich nog niet helemaal bewust zijn van de gevolgen die bestuurdersaansprakelijkheid met zich mee kunnen brengen.

Voor de advocaten van SwitchLegal is het van belang deze cliënten goed te kunnen adviseren over de vraag wanneer een bestuurder van een vereniging hoofdelijk aansprakelijk kan zijn voor het tekort in de faillissementsboedel. Ook is het zo dat door de algemene rechtspraktijk niet iedereen even goed op de hoogte is van de huidige en toekomstige wetgeving. Daarom zal een beschrijving van de wet, de jurisprudentie en de literatuur bruikbaar zijn voor de advocaten die zich niet bezig houden met het ondernemingsrecht. Tezamen met een jurisprudentieonderzoek zal dit onderzoek uiteindelijk een aanbeveling opleveren met een gedragscode die de advocaten van SwitchLegal kunnen gebruiken bij het adviseren van hun cliënten.

¹² Bohn Stafleu Van Loghum, *Zorg en Financiering* 2012, volume 11, afl. 7, p. 75-76.

¹³ Rb Rotterdam 17 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9352.

¹⁴ *Zoeken in Centraal Insolventieregister*, insolventies.rechtspraak.nl (zoek op Rechtspersoon/handelsnaam, Haaglandia).

1.2 Juridisch kader

Art. 2:9c BW

De huidige wetgeving regelt de aansprakelijkheid na faillissement in art. 2:138 BW (voor de NV) en art. 2:248 BW (voor de BV).¹⁵ Deze artikelen zijn ingevoerd omdat het regelmatig voorkomt dat vennootschappen door onbehoorlijk bestuur failleren en dat de schuldeisers dan worden opgezadeld met hoog opgelopen vorderingen.¹⁶

Het toekomstige art. 2:9c BW zal deze wetsartikelen vervangen en zal komen te staan in het algemene deel van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, waardoor deze regeling dus ook zal gaan gelden voor verenigingen.¹⁷

Dit is volgens de memorie van toelichting bij het genoemde wetsvoorstel van belang omdat het ook bij die rechtspersonen kan voorkomen dat bestuurders frauderen of op andere wijzen hun bestuurstaak ernstig verzuimen. De curator moet dan de middelen hebben om de schade te verhalen op de bestuurders.¹⁸

Een recente uitspraak van de rechtbank Den Haag illustreert de wens om de aansprakelijkstelling na faillissement te gronden op het toekomstige art. 2:9c BW. In deze uitspraak was sprake van een bestuurder van zowel een failliete stichting als een failliete BV, waarbij de stichting werd aangesproken op grond van art. 2:9 BW (het nieuwe art. 2:9b lid 1 BW) en de BV op grond van art. 2:248 BW. Na aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW moet het causaal verband worden aangetoond tussen de schade en de onbehoorlijke taakvervulling, terwijl de bestuurder na aansprakelijkheid op grond van art. 2:248 BW aansprakelijk zal zijn voor het gehele boedeltekort.¹⁹

Aansprakelijkheidstelling

Om een bestuurder aansprakelijk te stellen op grond van art. 2:9c lid 1 BW moet de curator aantonen dat de bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Vervolgens moet hij aantonen dat dit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement.²⁰

De omstandigheden bepalen in hoeverre het kennelijk onbehoorlijk bestuur aan het faillissement heeft bijgedragen.²¹

Het criterium “kennelijk onbehoorlijk bestuur”

De bestuurdersaansprakelijkheid na faillissement is te vergelijken met de algemene bestuurdersaansprakelijkheid, namelijk een gehoudenheid van het bestuur tegenover de rechtspersoon tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak.²²

Het woord “kennelijk” betekent dat beleidsfouten die per ongeluk zijn gemaakt niet worden bestraft, maar dat echt sprake moet zijn een in het oog springende onbehoorlijkheid van de taakvervulling.²³

¹⁵ Ik spreek verder alleen nog van art. 2:248 BW.

¹⁶ *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, 3, p. 3-4 (MvT).

¹⁷ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, 3, p. 7 (MvT).

¹⁸ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, 3, p. 7 (MvT).

¹⁹ Rb. Den Haag 28 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:16211, *RO* 2017/35 (Wenk); HR 8 juni 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AB2053, *NJ* 2001/454, r.o. 4.2.3.1.

²⁰ HR 8 juni 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AB2053, *NJ* 2001, 454, r.o. 4.2.3.1.

²¹ HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:153, *NJ* 2014/177, ro. 4.3.

²² *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, nr. 3, p. 3-4 (MvT).

Hoge Raad

In een arrest uit 2001 stelt de Hoge Raad dat van onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:248 BW slechts kan worden gesproken als geen redelijk denkend bestuurder - onder dezelfde omstandigheden - aldus gehandeld zou hebben.²⁴

De Hoge Raad heeft tevens gesteld dat kennelijk onbehoorlijk bestuur aanwezig is als sprake is van laakbaar gedrag, oftewel grove schuld, grove nalatigheid en aan opzet grenzende onachtzaamheid.²⁵

Administratie- en publicatieplicht

De wet geeft in lid 2 van art. 2:248 BW (lid 2 van het toekomstige art. 2:9c BW) twee gevallen die automatisch leiden tot onbehoorlijke taakvervulling waarvan vermoed wordt dat deze een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement: als het bestuur niet voldaan heeft aan zijn verplichting de jaarrekening tijdig openbaar te maken en als het bestuur niet heeft voldaan aan de administratieplicht (art 2:394 BW en art. 2:10 BW).²⁶

Als er sprake is van lid 2 van art. 2:248 BW, kan de aangesproken bestuurder aannemelijk maken dat andere feiten of omstandigheden dan zijn kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest of dat het nalaten hiervan geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert.²⁷ De bestuurder kan zich ook vrijpleiten door te stellen dat schending van de administratie- of publicatieplicht een onbelangrijk verzuim is. Hier moet dan wel een aanvaardbare verklaring voor zijn.²⁸

Uitzondering van art. 2:9c lid 2 BW

Het vaststaan van kennelijk onbehoorlijk bestuur na schending van de administratie-of publicatieplicht geldt volgens art. 2:9c lid 2 BW niet voor onbezoldigde bestuurders van verenigingen die geen vennootschapsbelasting hoeven te betalen en verenigingen die niet bij notariële akte zijn opgericht. Dit betekent dat dit artikel wel geldt voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij. Dit zijn namelijk verenigingen die met een notariële akte moeten worden opgericht en vennootschapsbelasting moeten betalen.²⁹ Sommige andere verenigingen moeten ook vennootschapsbelasting betalen als zij een onderneming drijven.³⁰ Dit is bijvoorbeeld het geval als een amateur sportvereniging een kantine exploiteert en deze kantine-exploitatie als aparte activiteit wordt beschouwd.³¹

Art. 2:9 BW en art. 6:162 BW

De curator kan de bestuurder na faillissement ook aansprakelijk stellen op grond van het huidige art. 2:9 BW³², dat vervangen zal worden door art. 2:9b BW, en art. 6:162 BW. Deze artikelen betreffen respectievelijk de interne aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon en de onrechtmatige daad.

²³ Lennarts, in: *T&C BW 2016*, art. 2:248 BW, aant. 3 (online, laatst bijgewerkt op 1 september 2016).

²⁴ HR 8 juni 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AB2053, *NJ* 2001, 454, r.o. 3.7.

²⁵ HR 8 juni 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AB2053, *NJ* 2001, 454, r.o. 4.2.3.2.

²⁶ Schild, *Bb* 2007/16.

²⁷ HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773, *NJ* 2008, 91, r.o. 3.4.

²⁸ HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1079, *NJ* 2014/7, r.o. 3.6.2.

²⁹ Art. 2:53 lid 1 en 2 BW jo. art. 2 lid 1 sub b en c Wet Vpb 1969.

³⁰ Art. 2 lid 1 sub e Wet Vpb 1969.

³¹ Art. 3.2.3 Besluit Vennootschapsbelasting, belastingplicht van verenigingen en stichtingen, *Stcrt.* 2006, 9.

³² Art. 2:248 lid 8 BW.

1.3 Doelstelling, centrale vraag en deelvragen

Doelstelling

Het doel van dit onderzoek is advocatenkantoor SwitchLegal te adviseren over de aansprakelijkheid van bestuurders van verenigingen na faillissement op grond van het in te voeren wetsartikel 2:9c BW. Dit advies zal bestaan uit een gedragscode die deze bestuurders kunnen gebruiken bij het handelen als bestuurder en zal tot stand komen door te onderzoeken hoe er in de vakliteratuur en de rechtspraak de afgelopen jaren is geoordeeld over het criterium kennelijk onbehoorlijk bestuur op grond van art. 2:248 BW.

Centrale Vraag

Wat kan advocatenkantoor SwitchLegal haar cliënten adviseren over de vraag wanneer een bestuurder van een vereniging aansprakelijk zal zijn voor onbehoorlijk bestuur na faillissement op grond van de verwachte invoering van art. 2:9c BW blijkens bronnen-, literatuur- en jurisprudentieonderzoek?

Deelvragen

1. Wat zijn de taken van het bestuur volgens de wet, de jurisprudentie en de vakliteratuur?
2. Wat is volgens kamerstukken, jurisprudentie en vakliteratuur de reden om tot invoering van art. 2:9c BW over te gaan?
3. Wanneer is een bestuurder aansprakelijk voor onbehoorlijk bestuur na faillissement op grond van art. 2:248 BW volgens de wet, de jurisprudentie en de vakliteratuur?
4. Onder welke feiten en omstandigheden is een bestuurder van een BV volgens de jurisprudentie aansprakelijk voor onbehoorlijk bestuur na faillissement op grond van art. 2:248 BW?

1.4 Methoden van onderzoek

Voor het beantwoorden van de deelvragen maak ik gebruik van de volgende onderzoeksmethoden.

Deelvraag 1 – wetsanalyse en literatuuronderzoek

Voor deze deelvraag maak ik gebruik van de memorie van toelichting bij het voorstel van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.³³ Deze memorie is immers een toelichting bij het wetsvoorstel en is geschreven door de minister van Veiligheid en Justitie die het wetsvoorstel heeft gemaakt. De minister geeft in de memorie aan waarom er behoefte bestaat aan een wijziging in de wettelijke regels die gelden voor bestuurders van rechtspersonen en hoe dit wettelijk wordt vastgelegd. Het is hierbij van belang niet alleen in te gaan op de invoering van art. 2:9c BW, maar ook op een aantal andere onderwerpen in het wetsvoorstel die hiermee te maken hebben. Naast de toelichting van de minister zelf wordt er in de vakliteratuur ook een mening gegeven over het wetsvoorstel. De artikelen die ik gebruikt heb, zijn afkomstig van bedrijfsjuridische vakbladen en geschreven door bijvoorbeeld prof. mr. S.M. Bartman en prof. dr. H.J. de Kluiver, beiden hoogleraar aan een universitaire faculteit rechten. Mr. J. Müller is kandidaat-notaris bij Stibbe Amsterdam. Het is altijd interessant om artikelen van juristen in het werkveld te betrekken bij het onderzoek.

³³ Kamerstukken II 2015/16, 34 491, 3.

De antwoorden van de internetconsultatie die heeft plaatsgevonden naar aanleiding van het wetsvoorstel zijn tevens afkomstig van bedrijven en organisaties uit het juridische werkveld. Ook uitspraken van het gerechtshof waarin het wetsvoorstel ter sprake kwam, heb ik in deze deelvraag betrokken. Door bronnen te gebruiken op verschillende niveaus geeft dit hoofdstuk duidelijk weer hoe er over het wetsvoorstel wordt gedacht.

Deelvraag 2 en 3 – wetsanalyse, literatuur- en jurisprudentieonderzoek

Voor deze deelvragen ben ik de literatuur in gedoken. Ik heb hierbij zowel boeken van juridische auteurs als tijdschriftartikelen uit juridische vakbladen gebruikt. Hieruit bleek ook welke wetsartikelen van belang zijn. Deze wetsartikelen bespreek ik, met daarbij ook de relevante kamerstukken die bij de verschillende wetten horen. Ook betrek ik hierbij het commentaar van autoriteiten op het rechtsgebied, zoals het commentaar uit de boekenserie Tekst & Commentaar, de Groene Serie en de Asser-serie. De boeken die ik heb gebruikt gaan over de vereniging, de rechtspersoon en bestuurdersaansprakelijkheid. Ook gebruik ik belangrijke passages en voorbeelden uit uitspraken van rechtbanken, gerechtshoven en de Hoge Raad van de afgelopen decennia. Zo wordt duidelijk in kaart gebracht hoe er in de praktijk over de theorie wordt geoordeeld en hoe zich dit heeft ontwikkeld. Deelvragen 2 en 3 bevat dus ook deels een jurisprudentieonderzoek.

Deelvraag 2 is van belang om aan te geven wat in het algemeen de taken zijn van het bestuur. Hoofdstuk 3 gaat in op de algemene regels die gelden voor iedere rechtspersoon en op de regels die specifiek voor de vereniging gelden. Zodra duidelijk is wat de taken zijn van het bestuur, kan het kennelijk onbehoorlijk bestuur criterium uit art. 2:9c BW beter worden begrepen; dit criterium wordt immers door de rechter ingevuld door na te gaan in hoeverre de bestuurstaken onbehoorlijk zijn vervuld. Wat precies de taken zijn van het bestuur staat in de wet en wordt verduidelijkt door het commentaar van autoriteiten.

Deelvraag 4 – jurisprudentieonderzoek

In dit hoofdstuk zal ik ingaan op de feiten en omstandigheden die de rechter van belang acht om een bestuurder wel of niet aansprakelijk te stellen voor onbehoorlijk bestuur op grond van art. 2:248 lid 1 of 2 BW. Inhoudelijk verschilt dit wetsartikel niet van art. 2:9c lid 1 en 2 BW, behalve voor wat betreft de uitzondering die geldt in art. 2:9c lid 2 BW voor onbezoldigde bestuurders van informele en niet-commerciële verenigingen. Voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij zullen er meer overeenkomsten zijn dan voor een kleine informele vereniging, aangezien de eerste twee genoemde verenigingen opgericht moeten zijn bij notariële akte en dus registergoederen kunnen verkrijgen.³⁴ Echter ook bij die verenigingen zijn er kasgelden en kunnen er verplichtingen worden aangegaan waarbij schulden kunnen ontstaan. Verenigingen die vennootschapsbelasting moeten betalen, kunnen een restaurant uitbuiten waarbij personeel in dienst is en waarvoor producten en machines moeten worden ingekocht. Verder kunnen verenigingen die opgericht zijn bij notariële akte registergoederen in bezit krijgen. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat ten behoeve van het voortbestaan van de vereniging het bestuur investeert in vastgoed. Als een bestuurder na een succesvolle investering de smaak te pakken krijgt en op een gegeven moment de mist in gaat, kan dit grote financiële consequenties hebben met eventueel een faillissement tot gevolg.

³⁴ Art. 2:30 lid 1 jo. art. 2:53 lid 1 en 2 jo. art. 2:53a BW.

Ik heb de uitspraken onderverdeeld in de volgende categorieën:

Wel aansprakelijk		Niet aansprakelijk	
1. Administratie- en publicatieplicht	a. Administratie	1. Administratie- en publicatieplicht	
	b. Jaarrekening		
2. Ondernemingsbelang en financiële positie		2. Externe omstandigheden	a. Slechte marktomstandigheden en hoge schulden
			b. Voldoende maatregelen en persoonlijke omstandigheden
3. Verwaarlozing en onzorgvuldigheid			

Figuur 1: categorieën uitspraken art. 2:248 BW

Ik heb dertig uitspraken geanalyseerd uit de periode 2014 – 2017 met uitspraken van de Hoge Raad, het Hof en de Rechtbank. Deze uitspraken, die ik met behulp van Kluwer Navigator heb gevonden, betreffen de dertig meest recente uitspraken waarin sprake was van een aansprakelijkheidsvordering op grond van art. 2:248 BW.

Ik heb uitspraken meegenomen waarbij zowel sprake was van het eerste lid van dit wetsartikel (kennelijk onbehoorlijke taakvervulling) als het tweede lid (schending administratie/boekhoudplicht).

Als er sprake was van het eerste lid, heb ik in het geval dat er sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur gekeken of dit een belangrijke oorzaak van het faillissement was. Als er sprake was van het tweede lid, heb ik gekeken of er een externe oorzaak van het faillissement is geweest.

Deze uitspraken waren relevant omdat in elke uitspraak werd geoordeeld over kennelijk onbehoorlijk bestuur als oorzaak van het faillissement, hetzelfde criterium uit art. 2:9c BW. Een andere optie was geweest precies evenveel vorderingen te behandelen die zijn toegekend en afgekeurd. Recente oordelen van de rechter vond ik echter belangrijker en uiteindelijk is het ongeveer gelijk verdeeld. Ook zitten er uitspraken bij van zowel rechtbanken, gerechtshoven en de Hoge Raad, waardoor een breder beeld wordt gegeven van de criteria uit art. 2:248 BW dan als alleen uitspraken van rechtbanken waren meegenomen in het jurisprudentieonderzoek.

Gezien de overeenkomst tussen art. 2:248 BW en art. 2:9c BW acht ik het nuttig te onderzoeken hoe de rechter de afgelopen jaren art. 2:248 BW voor de BV heeft getoetst. Dit kan een graadmeter zijn voor hoe de rechter art. 2:9c zal gaan toetsen voor de vereniging.

Hoofdstuk 2: De taken van het bestuur

2.1 Inleiding

Bij het antwoord op de vraag wat onder *kennelijk onbehoorlijke taakvervulling* wordt verstaan acht ik het van belang allereerst te beschrijven wat onder *taakvervulling* wordt verstaan. Dit hoofdstuk geeft daarom weer wat in zijn algemeenheid en specifiek voor de vereniging de taken van het bestuur zijn. Ik ga hierbij in op het algemene beginsel redelijkheid en billijkheid, de term “besturen”, de taakverdeling binnen het bestuur en het onbehoorlijk bestuur uit art. 2:9b BW. Dit laatste is van belang omdat dit een relatie heeft met art. 2:9c BW, wat nader zal worden toegelicht. Tot slot zal ik ingaan op de administratieplicht en de verplichting tot het uitbrengen van de jaarrekening.

2.2 Redelijkheid en billijkheid

Volgens art. 2:8 BW dient een rechtspersoon en degenen die bij de organisatie zijn betrokken zich onder elkaar naar redelijkheid en billijkheid te gedragen. Dit artikel betreft een basisnorm, inhoudende een zorgvuldigheidsplicht die afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.³⁵ Hierbij moet de positie van de betrokkenen binnen de rechtspersoon in acht worden genomen, alsmede hun maatschappelijke positie, de aard van de belangen, de gedragslijn van de organisatie bij soortgelijke situaties in het verleden en de ernst van het te lijden nadeel.³⁶ Zij dienen in elk geval ervoor te zorgen dat bij het dienen van de rechtspersoon de belangen van al degenen die bij de rechtspersoon zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad.³⁷

2.3 Het besturen van de rechtspersoon

Art 2:9 lid 1 BW vervangt het thans voor de vereniging geldende art. 2:44 lid 1 BW: “Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de rechtspersoon”. Hier sluit de tweede volzin van art. 2:9 lid 3 BW bij aan: “De bestuurders richten zich bij de vervulling van hun taak naar het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie”.

In een artikel in het Nederlands Juristenblad verwoordt de heer Verstijlen de rol van bestuurder als volgt:

*“Met de rechtspersoon zelf staat de bestuurder in een rechtspersonenrechtelijke rechtsbetrekking, in het kader waarvan die bestuurder gedurende lange tijd, voortdurend en op basis van een zeer ruime opdracht – ‘besturen’ – zorg dient te dragen voor het belang van die rechtspersoon, waarin in de regel de belangen van vele betrokkenen samenkomen.”*³⁸

In zijn algemeenheid moet worden aangenomen dat besturen betekent dat alles gedaan moet worden wat nodig is om de vereniging in het maatschappelijk verkeer te doen functioneren gelet op de doelstelling en activiteiten van de vereniging.³⁹

³⁵ Eshuis e.a. 2001, blz. 33.

³⁶ J.B. Huizink, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:8 BW, aant. 2.2 (online, laatst bijgewerkt op 1 oktober 2016).

³⁷ HR 4 april 2014, ECLI:NL:PHR:2013:1826, r.o. 4.2.2.

³⁸ Verstijlen, *NJB* 2013/551.

³⁹ Dijk en Van der Ploeg 2013, p. 185.

Het begrip “besturen” wil verder zeggen leiding geven, zorgen voor een goede taakvervulling van de vereniging en zorgen voor het functioneren van haar organisatie en inwendige structuur.⁴⁰

Verder geeft het bestuur invulling aan de doelstelling van de vereniging door het algemene beleid op lange termijn te bepalen.⁴¹ Het bestuur hoeft geen aanwijzingen van de algemene vergadering op te volgen en kan bij haar uitvoering slechts door de wet of de statuten worden beperkt.⁴² De Minister van Veiligheid en Justitie van der Steur benadrukt in het huidige Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen ook dat het bestuur zijn taak autonoom vervult en bevoegd is tot het bepalen van het dagelijks beleid en de strategie van de rechtspersoon.⁴³

Statuten

Het besturen van de vereniging omvat alle handelingen die vallen onder de statutaire doelomschrijving.⁴⁴ Bevoegdheden die niet door de wet en de statuten aan andere organen van de vereniging zijn toegekend vallen in praktijk ook vaak onder de bestuurstaak omdat zij tot het besturen kunnen worden gerekend.⁴⁵ Dit in tegenstelling tot de wettelijke theorie van art. 2:40 lid 1 BW dat bepaalt dat het de algemene vergadering is aan wie deze bevoegdheden toekomen. Het bestuur dient in elk geval de statuten na te leven.⁴⁶ Essentieel is om in beginsel daarin op te nemen welke handelingen onder de bestuurstaak vallen; de hoedanigheid van het bestuur wordt bepaald door de toedeling van de bestuurstaak, niet door enkel de benaming ervan in de statuten.⁴⁷ In de statuten kunnen de bestuurstaken verder worden geconcretiseerd.⁴⁸

Tot slot is een kernbevoegdheid van het bestuur de vertegenwoordiging van de rechtspersoon.⁴⁹ Meer concreet is het verenigingsbestuur verantwoordelijk voor deelname van de vereniging aan het rechtsverkeer, zoals inschrijving van de vereniging en haar vertegenwoordigers in het handelsregister.⁵⁰

2.4 Algemene gang van zaken en taakverdeling

De taken van het bestuur

Volgens artikel 2:9 lid 2 BW behoren tot de taak van een bestuurder alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld. Dit betekent dat taken die niet zijn toebedeeld, op alle bestuurders rusten, zodat er geen taken tussen wal en schip vallen omdat zij niet uitdrukkelijk zijn toegedeeld.⁵¹

⁴⁰ Asser/Rensen 2-III* 2012/125 (online, laatst bijgewerkt op 5 september 2011).

⁴¹ Asser/Rensen 2-III* 2012/125 (online, laatst bijgewerkt op 5 september 2011).

⁴² HR 21 januari 1955, ECLI:NL:HR:1955:AG2033, NJ 1959/43.

⁴³ Kammerstukken II 2015/16, 34491 (MvT p.10).

⁴⁴ Asser/Rensen 2-III* 2012/125 (online, laatst bijgewerkt op 5 september 2011).

⁴⁵ Asser/Rensen 2-III* 2012/125 (online, laatst bijgewerkt op 5 september 2011).

⁴⁶ Kollen 2007, p. 250.

⁴⁷ Dijk en Van der Ploeg 2013, p. 186.

⁴⁸ Huizink 2016, p.156.

⁴⁹ Dijk en Van der Ploeg 2013, p. 185.

⁵⁰ Asser/Rensen 2-III* 2012/125 (online, laatst bijgewerkt op 5 september 2011).

⁵¹ Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3, p. 7 (MvT).

Wat precies de taken zijn van de bestuurder wordt in de statuten vastgelegd, wat de bestuurders dus veel vrijheid geeft om tot een taakverdeling te komen.⁵²

Volgens Schild en Timmerman kan zulk een taakverdeling het efficiënt functioneren van het bestuur bevorderen, omdat op deze manier complexe besluitvorming en uitvoering daarvan kan worden voorbereid.⁵³ Het bestuur is wel gezamenlijk verantwoordelijk voor de bestuurstaken.⁵⁴ Het besluit van een meerhoofdig bestuur moet dan ook tot stand komen als vrucht van overleg van alle leden van dat bestuur die aan dat overleg wensen deel te nemen, na daartoe in de gelegenheid te zijn gesteld.⁵⁵ Een taakverdeling doet dus niets af aan de gezamenlijke verantwoordelijkheid en iedere bestuurder blijft verantwoordelijk voor de taakuitoefening door het bestuur en voor de besluiten die door het orgaan worden genomen.⁵⁶ Bij de beoordeling of sprake is van onbehoorlijk bestuur kan de onderlinge taakverdeling wel als een omstandigheid worden beschouwd die van belang kan zijn, waarbij ook een niet geformaliseerde, in praktische zin gegroeide taakverdeling in de beoordeling kan worden betrokken.⁵⁷

De algemene gang van zaken

Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Onder algemene gang van zaken kan worden verstaan: strategisch beleid, het financiële beleid, allerlei kwesties die met het risicobeleid samenhangen en zaken die voor de identiteit van de vereniging van groot belang zijn.⁵⁸ In het geval van onbehoorlijk bestuur van een enkele bestuurder, betreffende de algemene gang van zaken, kunnen andere bestuurders zich niet vrijpleiten van aansprakelijkheid door te stellen dat de betreffende aangelegenheid niet tot hun taak behoorde.⁵⁹

Verder noemt Slagter in zijn algemeenheid tot de taken van een bestuurder van een vereniging:

- Bevorderen dat het doel van de vereniging wordt gerealiseerd
- Financiële middelen arrangeren, beheren en besteden met inachtneming van art. 2:10 BW
- Het adequaat laten functioneren van de interne organisatie, met inachtneming van art. 2:40 BW
- Het vertegenwoordigen van de vereniging volgens art. 2:45 BW
- Het aansturen van de met de vereniging verbonden ondernemingen.⁶⁰

⁵² *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 3, p. 7 (MvT).

⁵³ Schild, *WPNR* 2014, afl. 7011, p. 270-274.

⁵⁴ Dijk en Van der Ploeg 2013, p. 110.

⁵⁵ HR 15 juli 1968, ECLI:NL:HR:1968:AC4232 (concl. A-G M.S. van Oosten), *NJ* 1969, 101.

⁵⁶ *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 3, p. 8 (MvT).

⁵⁷ Schild, *WPNR* 2015, afl. 7087, p. 1046-1056.

⁵⁸ Schild, *WPNR* 2014, afl. 7011, p. 270-274.

⁵⁹ Schild, *WPNR* 2014, afl. 7011, p. 270-274.

⁶⁰ Slagter 2013, p. 1462.

2.5 Behoorlijke taakvervulling en onbehoorlijk bestuur

Volgens art. 2:9 lid 3 BW is elke bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak.

De inspanningsverbintenis

Van Schilfgaarde ziet in art. 2:9 lid 3 BW een inspanningsverbintenis waarbij de bestuurders niet zijn gebonden tot een bepaald resultaat. Van Schilfgaarde ziet de bestuurder als een directeur-arbeider en stelt dat de bestuurder zijn taken net als andere arbeiders naar behoren dient uit te voeren.⁶¹

Het gerechtshof Amsterdam stelde dat het belangrijk is voldoende tijd in een bestuursfunctie te steken: het feit dat een bestuurder onvoldoende tijd heeft voor het penningmeesterschap ontslaat hem niet van zijn verplichting die taak naar behoren uit te oefenen zolang hij deel uitmaakt van het bestuur.⁶² Dit sluit aan bij de mening van de Europese Commissie: in haar aanbeveling van 15 februari 2005 over bestuur en toezicht van beursgenoteerde ondernemingen laat zij zich hierover als volgt uit. *“Een bestuurder dient de nodige tijd en aandacht aan zijn taken te besteden, en dient het aantal andere professionele verplichtingen (met name bestuursfuncties in andere ondernemingen) zodanig te beperken dat een behoorlijke uitoefening van zijn taken gewaarborgd is”*.⁶³

Slagter ziet een behoorlijke taakvervulling als volgt:

- Risico's die de continuïteit van de onderneming in gevaar kunnen brengen moeten worden vermeden
- Bij het nemen van besluiten moet rekening gehouden worden met gegevens die de bestuurder bekend (kunnen) zijn
- Er moet zorg worden gedragen voor een behoorlijke administratie en een tijdig opgemaakte jaarrekening
- Er moet worden gehandeld overeenkomstig de beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur.⁶⁴

De bestuurder die zijn taak behoorlijk vervult, vervult deze nauwgezet. Hij is professioneel en zorgvuldig en dient te opereren binnen de grenzen van de wet, de statuten en het ongeschreven recht.⁶⁵

Onbehoorlijk bestuur en het criterium ernstig verwijt

Volgens art. 2:9b lid 1 BW is elke bestuurder jegens de rechtspersoon voor het geheel aansprakelijk ter zake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan andere bestuurders toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt. Dit betreft de interne aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de rechtspersoon. In beginsel is hiervan sprake als is gehandeld in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen.⁶⁶

⁶¹ HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243 (concl. A-G M.R. Mok), NJ 1997, 360, par. 3.3.2.5.

⁶² Hof Amsterdam 12 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX1192, JOR 2012/348, r.o. 3.3.5.

⁶³ PbEU 2005, L 52/12.1

⁶⁴ Slager 1993, p. 228.

⁶⁵ HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, NJ 1997, 360, r.o. 3.3.1.

⁶⁶ HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, r.o. 5.4.

Het criterium “ernstig verwijt” is door de rechtspraak en de vakliteratuur nader ingevuld. Of in een bepaald geval sprake is van een ernstig verwijt, moet volgens de Hoge Raad worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval.⁶⁷

In het arrest Staleman/van der Ven⁶⁸ oordeelt de Hoge Raad hierover als volgt:

*“Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden behoren onder meer de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, 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, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.”*⁶⁹

Advocaat-generaal mr. Mok concludeerde bij het arrest Staleman/van der Ven dat onbehoorlijk bestuur gezien kan worden als schuldige verwaarlozing van de bestuurstaak. Het gaat daarbij niet om verwijten van omstandigheden die van belang waren voor het bestuursbeleid, maar om onverantwoord handelen met de wetenschap dat schuldeisers zouden kunnen worden benadeeld. Dit moet worden beoordeeld naar het moment waarop de desbetreffende bestuurshandelingen werden verricht.⁷⁰

Ondanks een weinig rooskleurige toestand er juist nog een schepje bovenop doen door nieuwe investeringen te doen zal de rechter de bestuurder dan ook kwalijk nemen.⁷¹

Ook het regelmatig nemen van foutieve beslissingen zorgt ervoor dat het bestuur kennelijk incompetent en/of te kwader trouw is en zodoende aansprakelijk kan zijn op grond van art. 2:9b lid 1 BW.⁷²

Disculpatie

Een individuele bestuurder kan zich wel proberen te disculperen door naast het nemen van maatregelen om de negatieve gevolgen van het handelen van een medebestuurder af te wenden, aan te tonen dat hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt.⁷³ Hij zal moeten aantonen dat een aangelegenheid niet tot zijn taak als bedoeld in artikel 2:9 lid 2 BW behoorde *en* hij moet aantonen dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het handelen of nalaten *door de andere bestuurder*, wiens taak het wel betrof, af te wenden.⁷⁴

De Rechtbank Den Haag noemt als voldoende weerlegging van ernstig verwijtbaar gedrag dat het de vorige penningmeester van de vereniging was die heeft gezorgd voor een onvolledige administratie en dat er geen duidelijke afspraken bestonden over de omgang met de kasgelden.⁷⁵

⁶⁷ HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, NJ 1997, 360, r.o. 3.3.1.

⁶⁸ HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, NJ 1997, 360.

⁶⁹ HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, NJ 1997, 360, r.o. 3.3.1.

⁷⁰ HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243 (concl. A-G M.R. Mok), NJ 1997, 360, par. 3.3.2.2.

⁷¹ Hof Den Haag 26 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2197, RO 2015/68 (Wenk).

⁷² Sanders 2012, p. 644.

⁷³ Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3, p. 8 (MvT).

⁷⁴ Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3, p. 9 (MvT).

⁷⁵ Rb. Breda 25 juli 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BX2984, r.o. 3.6.

2.6 Verband tussen interne en externe aansprakelijkheid

De interne aansprakelijkheid van art. 2:9b lid 1 betreft de rechtsverhouding tussen de rechtspersoon en de bestuurder. De externe aansprakelijkheid ziet op de onrechtmatige daad uit art. 6:162 BW en de aansprakelijkheid na faillissement uit art. 2:9c lid 1 BW.⁷⁶ Het begrip onbehoorlijk bestuur en het begrip kennelijk onbehoorlijk bestuur uit respectievelijk art. 2:9b lid 1 en art. 2:9c lid 1 BW houden verband.

De Hoge Raad oordeelde hierover dat kennelijk onbehoorlijk bestuur onbezonnenheid en roekeloosheid impliceert⁷⁷ en dat deze twee begrippen weer op één lijn moeten worden gesteld met het begrip “ernstige verwijtbaarheid”⁷⁸, een maatstaf uit art. 2:9b lid 1 BW.

Juristen neigen ook een verband te zien. Voormalig minister van Veiligheid en Justitie van der Steur geeft aan dat de normstelling uit art. 2:9c BW overeenkomt met de algemene normen voor het handelen van bestuurders.⁷⁹ Ook voormalig minister van Justitie de Ruiter noemde bij de invoering van art. 2:248 BW dat er geen reden is om wat betreft de rechtsgrond voor onbehoorlijke taakvervulling onderscheid te maken tussen situaties in en buiten faillissement.⁸⁰ Huizink ziet de maatstaven kennelijk behoorlijk bestuur uit art. 2:9c lid 1 BW en ernstige verwijtbaarheid uit art. 2:9b lid 1 BW als gelijken.⁸¹

De mogelijkheden van de curator bij aansprakelijkheidstelling na faillissement

Slagter merkt op dat in toenemende mate ook bij externe bestuurdersaansprakelijkheid met de maatstaf ernstig verwijt dient te worden gewerkt.⁸² Volgens van Zanten en Assink zal in de regel bij schending van art. 2:9b lid 1 BW tevens sprake zijn van onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:9c lid 1 BW.⁸³ Een vordering krachtens art. 2:9b lid 1 BW heeft volgens hen ook een aantal voordelen ten opzichte van een vordering krachtens art. 2:9c lid 1 BW; een verband met het intreden van het faillissement is bijvoorbeeld niet vereist. Hetzelfde geldt voor mogelijke crediteurenbenadeling en het vereiste dat het onbehoorlijk bestuur moet zijn afgespeeld in de periode tot drie jaar voorafgaand aan het faillissement.⁸⁴

Ook de onrechtmatige daad uit art. 6:162 BW wordt nogal eens meegenomen door de curator in zijn vordering tegen de bestuurder.⁸⁵ Hierbij moet sprake zijn van een persoonlijk ernstig verwijt, waarover de Hoge Raad in 2006 als volgt oordeelde: *“Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade”*.⁸⁶

⁷⁶ Asser/Van Solinge en Nieuwe Weme 2-II* 2009/440 (online, laatst bijgewerkt op 1 april 2009).

⁷⁷ HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4804, NJ 2002/94, r.o. 4.5.3.2.

⁷⁸ HR 8 juni 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AB2053, NJ 2001, 454, r.o. 4.2.3.4.

⁷⁹ Kamerstukken II 2015/16, 34 491, 3, p.7 (MvT).

⁸⁰ Kamerstukken II 1980/81, 16 631, 3, p.4 (MvT).

⁸¹ Huizink 2016, p. 292.

⁸² Slagter 2013, p. 230.

⁸³ Van Zanten en Assink, TvI 2008/4, p. 166.

⁸⁴ Van Zanten en Assink, TvI 2008/4, p. 165.

⁸⁵ Zie bijlage 1.

⁸⁶ HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006, 659, r.o. 3.5.

Dit is een herhaling van de zogenoemde Beklamel-norm die de Hoge Raad heeft gevormd.⁸⁷

In het jurisprudentieonderzoek uit hoofdstuk 5 is het volgende naar voren gekomen:

- Van de dertig uitspraken die ik heb onderzocht, was er in tweeëntwintig uitspraken *naast* een vordering op grond van art. 2:248 BW sprake van een subsidiaire of meer subsidiaire vordering op grond van art. 2:9b lid 1 en/of art. 6:162 BW.
- Van die tweeëntwintig uitspraken werd er in negentien uitspraken (naast een vordering op grond van art. 2:248 BW en/of 2:9b lid 1 BW) een vordering op grond van de onrechtmatige daad ingesteld.
- Van de tweeëntwintig uitspraken werd er in veertien uitspraken (naast een vordering op grond van art. 2:248 BW en/of art. 6:162 BW) gevorderd dat de bestuurstaak jegens de rechtspersoon onbehoorlijk was vervuld.
- In zeven van de tweeëntwintig uitspraken werden beide rechtsgronden naar voren gebracht.⁸⁸

2.7 Administratie- en publicatieplicht

Schending van de administratie- of publicatieplicht kan tot gevolg kan hebben dat kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:9c lid 2 BW vaststaat. Dit geldt zoals gezegd niet voor onbezoldigde bestuurders van informele verenigingen (zonder notariële akte) en niet-commerciële verenigingen (zonder verplichting tot het betalen van vennootschapsbelasting).

Administratie

Een belangrijke kerntaak van het bestuur, mede met het oog op de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling uit art. 2:9c BW, is het financiële beheer van de vereniging⁸⁹

Art. 2:10 BW

Het bestuur dient op zodanige wijze een administratie te voeren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de vereniging kunnen worden gekend. Deze administratie betreft die van de vermogenstoestand en alle werkzaamheden van de rechtspersoon.⁹⁰

Al de daarbij behorende boeken en bescheiden moeten daarbij gedurende zeven jaar worden bewaard.⁹¹ De balans en de staat van baten en lasten moet elk jaar binnen zes maanden na afloop van het boekjaar worden gemaakt en wel op papier, de rest mag digitaal worden bewaard.⁹² Ook mogen de digitale gegevens worden overgebracht op andere gegevensdragers, zolang dit maar volledig en correct gebeurt, alles beschikbaar blijft en alles snel en leesbaar kan worden afgelezen.⁹³

De invulling in de praktijk

Over invulling van de normen uit art. 2:10 BW bestaat weinig duidelijkheid.⁹⁴

Algemeen uitgangspunt is dat op elk moment snel inzicht moet kunnen worden verkregen in de debiteuren- en crediteurenpositie en de stand van de liquiditeiten, waardoor een redelijk

⁸⁷ HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, NJ 1990, 286.

⁸⁸ Zie bijlage 1.

⁸⁹ Dijk en Van der Ploeg 2013, p. 185

⁹⁰ Art. 2:10 lid 1 BW.

⁹¹ Art. 2:10 lid 3 BW.

⁹² Art. 2:10 lid 2 en 4 BW.

⁹³ Art. 2:10 lid 4 BW.

⁹⁴ Slagter 2013, p. 309-310.

inzicht kan worden gegeven in de vermogenspositie.⁹⁵ Er kunnen echter ook andere elementen van belang zijn.⁹⁶ Het bestuur dient in elk geval op een verantwoordelijke manier beslissingen te nemen op basis van betrouwbare informatie over de financiële positie van de rechtspersoon. Uit die informatie moet een eenduidig en getrouw beeld volgen van de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon.⁹⁷ De rechtbank Maastricht oordeelde dat de boekhoud- en bewaarplicht ten minste vereist dat belangrijke financiële transacties op hun juistheid kunnen worden gecontroleerd.⁹⁸

Het doel van de administratie

Welke concrete administraties in elk geval aanwezig moeten zijn hangt af van de omstandigheden van het geval⁹⁹ en de aard, omvang, opzet en organisatie van de rechtspersoon.¹⁰⁰ Om te kunnen beoordelen of de administratie in een concreet geval voldoet aan de daaraan te stellen eisen, is het van belang om te weten welke doelen met het voeren van een administratie worden nagestreefd.¹⁰¹

Harmsen ziet het voeren van de administratie als het systematisch verzamelen, vastleggen, verwerken en verstrekken van informatie ten behoeve van het besturen en doen functioneren van een onderneming alsmede ten behoeve van de verantwoording die daarover moet worden afgelegd.¹⁰²

Een adequate administratie heeft aldus drie doeleinden:

- De besturing van de organisatie
- De uitvoering van de te verrichten werkzaamheden
- De voorbereiding op de af te leggen verantwoording over de gang van zaken¹⁰³

Algemeen beleid, uitvoering en verantwoording

Nadat de koers is bepaald moet deze worden uitgevoerd. Hierover moet dan vervolgens verantwoording worden afgelegd aan de ALV. Dit staat in art. 2:48 lid 1 BW: “Het bestuur brengt een bestuursverslag uit over de gang van zaken in de vereniging en over het gevoerde beleid. Het legt de balans en de staat van baten en lasten met een toelichting ter goedkeuring aan de vergadering over”.

Bij een grote vereniging bestaat er een grotere scheiding tussen het algemeen beleid en de dagelijkse uitvoering, waardoor aan de administratie van het algemeen beleid grotere waarde wordt gehecht dan in het geval van een kleine vereniging, waarbij algemeen beleid en uitvoering meer samengaan.¹⁰⁴ Het verenigingsbestuur moet zoals gezegd verantwoording afleggen aan de ALV, waardoor de eisen aan de administratie hoger zullen zijn dan in het geval van een kleine BV die niet door een raad van commissarissen wordt

⁹⁵ Rb. Utrecht 5 december 2001, JOR 2002, 52, r.o. 4.4.

⁹⁶ HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2932, NJ 2014/456, r.o. 3.5.3.

⁹⁷ Hof Leeuwarden 3 april 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW0725, r.o. 3.6.

⁹⁸ Rb. Maastricht 19 januari 1995, ECLI:NL:RBMAA:1995:AD2285, NJ 1996, 30.

⁹⁹ Harmsen, TvI 2014/27.

¹⁰⁰ Hof Leeuwarden 3 april 2012, RO 2012/44, r.o. 3.5.

¹⁰¹ Harmsen, TvI 2014/27.

¹⁰² Harmsen, TvI 2014/27.

¹⁰³ Slagter 2013, p. 288.

¹⁰⁴ Harmsen, TvI 2014/27.

gecontroleerd. Ook moet in het geval van personeel hier ook administratie over worden gevoerd.¹⁰⁵

Controle van deze stukken door een accountant is niet verplicht, maar in dat geval moet er wel een raad van commissarissen zijn of bij het ontbreken daarvan een door de ALV benoemde onafhankelijke commissie die de stukken onderzoekt. Het bestuur dient aan die commissie desgevraagd alle bescheiden en inlichtingen te verschaffen.¹⁰⁶

Jaarrekening

De publicatieplicht

De BV en de NV zijn thans op grond van art. 2:101 BW respectievelijk art. 2:210 BW verplicht de jaarrekening op te maken en te publiceren.¹⁰⁷

De bestuursleden van de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij dienen jaarlijks een jaarrekening op te maken.¹⁰⁸ Deze dienen zij vervolgens vast te stellen en openbaar te maken.¹⁰⁹ Ook een grote vereniging moet aan deze verplichtingen voldoen.¹¹⁰ Van een grote vereniging is sprake als het in elk geval één onderneming in stand houdt die moet worden ingeschreven in het handelsregister en deze onderneming gedurende twee jaar een netto omzet behaalt van minimaal zes miljoen euro.¹¹¹ De jaarrekening moet tevens aan de leden in het verenigingsgebouw ter inzage worden gelegd.¹¹² De termijn waarbinnen het bestuur van de vereniging de jaarrekening moet publiceren bedraagt zes maanden met een maximale verlenging door de ALV van vier maanden (op grond van bijzondere omstandigheden).¹¹³

De inhoud van de jaarrekening

De jaarrekening bestaat uit de balans en de winst- en verliesrekening met toelichting.¹¹⁴ Het geeft een zodanig inzicht dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen, het resultaat, de solvabiliteit en de liquiditeit van de vereniging.¹¹⁵ De balans geeft getrouw, duidelijk en stelselmatig de grootte van het vermogen weer in actief- en passiefposten.¹¹⁶ De winst- en verliesrekening geeft getrouw, duidelijk en stelselmatig de grootte van het resultaat van het boekjaar weer met zijn afleiding uit de posten van baten en lasten.¹¹⁷

¹⁰⁵ Harmsen, *TvI* 2014/27.

¹⁰⁶ Art. 2:48 lid 2 BW.

¹⁰⁷ Het publiceren geschiedt op grond van art. 2:360 lid 1 BW jo. art. 2:394 lid 1 BW.

¹⁰⁸ Art. 2:58 lid 1 BW.

¹⁰⁹ art. 2:360 lid 1 jo. art. 2:394 lid 1 BW.

¹¹⁰ Art. 2:49 lid 1 jo. art. 2:360 lid 3 BW.

¹¹¹ Art. 2:360 lid 3 jo. art. 2:396 lid 1 sub b BW.

¹¹² Art. 2:49 lid 1 jo. art. 2:58 lid 1 BW.

¹¹³ Art. 2:49 lid 1 BW.

¹¹⁴ Art. 2:361 lid 1 BW.

¹¹⁵ Art. 2:362 lid 1 BW.

¹¹⁶ Art. 2:362 lid 2 BW.

¹¹⁷ Art. 2:362 lid 3 BW.

2.8 Conclusie

De taken van het bestuur en de verdeling ervan worden vastgelegd in de statuten, waardoor de bestuurder dus veel vrijheid krijgt. De wetgever, rechters en de autoriteiten in het juridische werkveld proberen deze vrijheid in te perken door regels te scheppen waaraan de bestuurder in elk geval moet voldoen. Dat is gedaan door te stellen dat de bestuurders het belang van de rechtspersoon in oog moeten houden en moeten zorgen voor het algemene en dagelijkse beleid. Het financieel beleid is ook een belangrijke bestuurstaak waarbij de administratie en de jaarrekening op juistheid moeten kunnen worden gecontroleerd. De continuïteit van de onderneming staat voorop en de bestuursleden dienen dan ook hun taken professioneel en zorgvuldig te vervullen. Onverantwoordelijkheid en verwaarlozing acht de rechter ernstig verwijtbaar waardoor aansprakelijkheid kan ontstaan jegens de rechtspersoon. Dit kan weer een indicatie zijn voor kennelijk onbehoorlijk bestuur na faillissement, wat door de curator nogal eens als instrument wordt ingezet.

Hoofdstuk 3: Het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal het Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen¹¹⁸ nader worden bekeken. Ik zal eerst de aanleiding en het doel van het wetsvoorstel bespreken. Daarna ga ik over tot het behandelen van de belangrijkste onderwerpen van het wetsvoorstel. Hierbij zal worden ingegaan op het belang van de rechtspersoon, de aansprakelijkheid na faillissement, de instelling van een raad van commissarissen en de vrijstelling van onbezoldigde bestuurders uit art. 2:9c lid 2 BW. Tot slot bespreek ik twee uitspraken van de rechtbank Den Haag en het gerechtshof Den Haag.

3.2 Aanleiding en doel wetsvoorstel

Het Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht Rechtspersonen wordt wel gezien als een reactie van de wetgever op affaires bij organisaties in de semipublieke sector, zoals het geval was bij woningcorporaties, de gezondheidszorg en het onderwijs. Voorbeelden zijn Vestia, Meavita en Amarantis.¹¹⁹ Deze in opspraak geraakte (bijna-)faillissementen zorgden voor een wens tot het aanscherpen van de wetgeving rond bestuur en toezicht bij verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen.¹²⁰ Ook uit een internetconsultatie is gebleken dat er brede steun bestaat voor het streven naar verbetering van de kwaliteit van het bestuur en toezicht bij deze rechtspersonen.¹²¹ Deze internetconsultatie bestond uit reacties op het wetsvoorstel uit het werkveld van onder andere ondernemingsorganisatie VNO-NCW, de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, de Nederlandse Orde van Advocaten en advocatenkantoren als Loyens & Loeff en Houthoff Buruma.¹²²

Het wetsvoorstel heeft als doel onnodige verschillen tussen de rechtsvormen weg te nemen waardoor de rechtszekerheid wordt bevorderd.¹²³ De voorgestelde regeling is met name gericht op verbetering van het wettelijke kader voor onder andere de vereniging, waarmee wordt voorzien in een behoefte van de praktijk.¹²⁴

Het wetsvoorstel geeft duidelijkheid over de manier waarop de bestuurstaak moet worden vervuld, alsmede over de bestuurdersaansprakelijkheid.¹²⁵ De wettelijke regels voor bestuur en toezicht bij rechtspersonen is op een aantal punten namelijk nog onvoldoende, omdat voor de NV en de BV sommige regels wel gelden terwijl deze voor de andere rechtspersonen ontbreken of onvolledig zijn.¹²⁶

¹¹⁸ *Kamerstukken II 2015/16*, 34 491.

¹¹⁹ Bartman e.a., *MvO* 2016, afl. 10-11, p. 228.

¹²⁰ Kluiver, *NJB* 2017/839

¹²¹ *Wet bestuur en toezicht rechtspersonen*, 6 februari 2014. Bekeken nop 2 juni 2017 www.internetconsultatie.nl (zoek op: bestuur en toezicht rechtspersonen); *Kamerstukken II 2015/16*, 34 491, 3, p. 9 (MvT).

¹²² *Wet bestuur en toezicht rechtspersonen*, 6 februari 2014. Bekeken nop 2 juni 2017 www.internetsoncultatie.nl (zoek op: bestuur en toezicht rechtspersonen).

¹²³ *Kamerstukken II 2015/16*, 34 491, 3, p. 3 (MvT).

¹²⁴ *Kamerstukken II 2015/16*, 34 491, 3, p. 1 (MvT).

¹²⁵ *Kamerstukken II 2015/16*, 34 491, 3, p. 1 (MvT).

¹²⁶ *Kamerstukken II 2015/16*, 34 491, 3, p. 2 (MvT).

3.3 Inhoud wetsvoorstel

Voor dit onderzoek zijn de volgende punten uit het wetsvoorstel van belang. Deze punten gelden al voor de BV, maar zullen nu ook gaan gelden voor de vereniging. Wat betreft de bestuurdersaansprakelijkheid na faillissement en de mogelijkheid tot het instellen van een raad van commissarissen merk ik op dat dit via schakelbepalingen al wel bestaat voor de commerciële vereniging, de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij.¹²⁷

3.3.1 Belang van de rechtspersoon

Ten eerste zal voor de vereniging nu ook gelden, net als voor de BV in art. 2:239 BW, dat de bestuurders zich bij het vervullen van hun taak dienen te richten naar het belang van de vereniging en de daaraan verbonden onderneming.¹²⁸

Ook bij verenigingen worden bestuurders namelijk geconfronteerd met een samenloop van belangen, zoals die van leden, donateurs, schuldeisers, werknemers en vrijwilligers.¹²⁹

Het belang van de vereniging moet hiervan worden los gezien¹³⁰ en de bestuurders moeten het belang van de vereniging laten prevaleren boven hun eigen belangen.¹³¹ Dit uitgangspunt wordt nu vastgelegd in het algemene deel van boek 2 BW, namelijk in art. 2:9 lid 3 BW.

3.3.2 Aansprakelijkheid na faillissement

Ten tweede uniformeert het wetsvoorstel de regels voor aansprakelijkstelling in geval van faillissement; de regels die over dit onderwerp gelden voor de BV, neergelegd in art. 2:248 BW, zullen straks ook gelden voor de vereniging.

Dit is volgens de memorie van toelichting bij het genoemde wetsvoorstel van belang omdat het ook bij die rechtspersonen kan voorkomen dat bestuurders zich schuldig maken aan fraude of andere vormen van ernstig taakverzuim. De curator moet dan de middelen hebben om de schade te verhalen op de bestuurders.¹³²

3.3.3 Vrijstelling onbezoldigde bestuurders art. 2:9c lid 2 BW

Zoals gezegd geldt in het geval niet is voldaan aan de boekhoudplicht uit art. 2:10 BW of de publicatieplicht uit art. 2:394 BW dat hiermee vaststaat dat er kennelijk onbehoorlijk is bestuurd in de zin van art. 2:9c BW.

Belangrijk is dat dit niet geldt voor onbezoldigde bestuurders van niet-commerciële en informele verenigingen. Hiermee wordt voorkomen dat vrijwilligers zich weerhouden zich in te zetten als bestuurder van een vereniging.¹³³

Van een onbezoldigde functie is sprake als de bestuurder geen vergoeding ontvangt voor zijn functie of alleen een vergoeding voor werkelijk gemaakte onkosten.¹³⁴

Is aan één van de twee voorgenoemde verplichtingen niet voldaan en is sprake van een onbezoldigde functie, dan blijft het dus aan de curator om aan te tonen dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke bijdrage is van het faillissement.¹³⁵

¹²⁷ Art. 2:50a jo. art. 2:53a jo. art. 2:57 lid 1 BW.

¹²⁸ *Kamerstukken II 2015/16*, 34 491, 3, p. 2 (MvT).

¹²⁹ *Kamerstukken II 2015/16*, 34 491, 3, p. 5 (MvT).

¹³⁰ *Kamerstukken II 2015/16*, 34 491, 3, p. 12 (MvT).

¹³¹ *Kamerstukken II 2015/16*, 34 491, 3, p. 11 (MvT).

¹³² *Kamerstukken II 2015/16*, 34 491, 3, p. 7 (MvT).

¹³³ *Kamerstukken II 2015/16*, 34 491, 3, p. 7 (MvT).

¹³⁴ *Kamerstukken II 2015/16*, 34 491, 3, p. 18 (MvT).

¹³⁵ Müller, *Bb* 2016/21.

Bartman merkt nog op dat de voorgestelde uitzondering ervoor kan zorgen dat bezoldigde bestuurders straks hun status omwisselen naar onbezoldigd bestuurder met een ruime onkostenvergoeding, waarmee aansprakelijkheidsstelling kan worden voorkomen.¹³⁶ Een vrijwillige bestuursfunctie wil echter nog niet zeggen dat de bestuurder per definitie kan doen wat hij wil. Het Hof Amsterdam heeft namelijk geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat een bestuurder als vrijwilliger opereert, niet met zich meebrengt dat van hem niet het inzicht en de zorgvuldigheid mag worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.¹³⁷ Dit betrof een vordering op grond van de interne aansprakelijkheid. Uit hoofdstuk twee bleek dat dit verband houdt met de aansprakelijkheid na faillissement.

3.3.4 Instelling raad van commissarissen

Het wetsvoorstel biedt de vereniging nu ook een wettelijke grondslag voor het instellen van een raad van commissarissen, dat onder het huidige recht nog ontbreekt.¹³⁸ Hiermee wordt voorzien in een behoefte van de praktijk, aangezien er bij verenigingen al wel eens wordt gewerkt met een raad van toezicht.¹³⁹ Er bestaat echter onduidelijkheid over de bevoegdheden van een raad van toezicht bij verenigingen, waardoor behoefte is aan een aanvulling van de wettelijke regels die hier over gelden.¹⁴⁰

De raad van commissarissen heeft als taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken.¹⁴¹ Het enkel adviseren van het bestuur of enkel toezien op de financiële gang van zaken valt derhalve niet onder de taken van de raad van commissarissen.¹⁴² De raad van commissarissen functioneert alleen goed als deze de benodigde informatie krijgt.¹⁴³ De raad moet volgens het in te voeren art. 2:11a BW dan ook de nodige gegevens ontvangen van het bestuur. Andersom moet volgens het in te voeren art. 2:11 lid 2 BW de raad van commissarissen het bestuur adviseren.

De raad van commissarissen moet van het algemene bestuursbeleid en de belangrijke beslissingen van het bestuur op de hoogte gehouden worden. Daarbij heeft de raad alle bevoegdheden die redelijkerwijs nodig zijn om hiervan een juist beeld te vormen.¹⁴⁴

Verder dient de raad van commissarissen zich net als het bestuur te gedragen naar het belang van de rechtspersoon en dient het zijn taak behoorlijk te vervullen.¹⁴⁵ Ook is de raad, net als het bestuur, aansprakelijk voor onbehoorlijk bestuur en kennelijk onbehoorlijk bestuur in geval van faillissement. Voor de interne aansprakelijkheid staat dit in het in te voeren art. 2:11b BW. Voor de aansprakelijkheid na faillissement staat dit in het in te voeren art. 2:11c BW.

¹³⁶ Bartman e.a. 2016, par. 5.

¹³⁷ Hof Amsterdam 12 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX1192, JOR 2012/348, r.o. 3.4.1.

¹³⁸ Kamerstukken II 2015/16, 34 491, 3, p. 2 (MvT).

¹³⁹ Kamerstukken II 2015/16, 34 491, 3, p. 4 (MvT).

¹⁴⁰ Kamerstukken II 2015/16, 34 491, 3, p. 2 (MvT).

¹⁴¹ Kamerstukken II 2015/16, 34 491, 3, p. 21 (MvT).

¹⁴² Kamerstukken II 2015/16, 34 491, 3, p. 20 (MvT).

¹⁴³ Kamerstukken II 2015/16, 34 491, 3, p. 9 (MvT).

¹⁴⁴ Kamerstukken II 2015/16, 34 491, 3, p. 20 (MvT).

¹⁴⁵ Volgens het in te voeren art. 2:11 lid 4 BW.

Rechtspraak

Ook in de rechtspraak komt de wens tot verbetering van het wettelijk kader voor alle rechtspersonen naar voren.

In een recente uitspraak van de Rechtbank Den Haag moest de rechter oordelen over de aansprakelijkheid na faillissement, waarbij de gedaagde bestuurder was van zowel een failliete stichting als een failliete besloten vennootschap.¹⁴⁶

De redactie van het juridisch vakblad *Rechtspraak Ondernemingsrecht* merkt in haar wenk bij de uitspraak op dat deze uitspraak de wens om tot invoering van de Wet Bestuur en toezicht rechtspersonen over te gaan, illustreert. Bij de stichting moet de curator namelijk een beroep doen op het huidige art. 2:9 BW, onbehoorlijke taakvervulling van de bestuurder jegens de vennootschap, waarbij aangetoond moet worden welke schade het gevolg is van de onbehoorlijke taakvervulling. Bij de besloten vennootschap is de bestuurder na vaststelling van de aansprakelijkheid op grond van art. 2:248 BW direct aansprakelijk voor het gehele boedeltekort.¹⁴⁷

In een uitspraak van het Hof Den Haag uit 2015 werd ook op grond van art. 2:9 BW een stichting aansprakelijk gesteld voor het gehele tekort in het faillissement.¹⁴⁸ Dit betrof een uitzondering, waarbij het gedrag van de bestuurder zeer onprofessioneel en onverantwoordelijk was. Echter in de toekomst zullen door het wetsvoorstel ook minder uitzonderlijke gevallen leiden tot het aansprakelijk stellen van stichtingbestuurders.¹⁴⁹

3.4 Conclusie

De reden dat het wetsvoorstel is in ingediend is dat de wens bestaat om de wetgeving rond bestuur en toezicht bij verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen aan te scherpen. Dat de bestuurders van rechtspersonen zich moeten richten naar het belang van de rechtspersoon gold alleen voor de BV en de NV. Ook bestond er geen wettelijke grondslag voor het instellen van een raad van commissarissen bij de vereniging. Echter vooral de aansprakelijkheid na faillissement uit art. 2:248 BW is een regel die voor alle rechtspersonen moet gelden. Deze regel geldt nu nog niet voor alle rechtspersonen gezien het feit dat de regeling nog niet in het algemene deel van boek 2 staat. Het wetsvoorstel wil deze onnodige verschillen tussen de rechtsvormen wegnemen waardoor uiteindelijk de rechtszekerheid wordt bevorderd en is met name gericht op verbetering van het wettelijke kader voor o.a. de vereniging. Hiermee wordt voorzien in een behoefte van de praktijk. Het wetsvoorstel betekent een verschuiving van het belang van de bestuurder naar het belang van de rechtspersoon; de curator moet de schade van het faillissement kunnen verhalen en de bestuurder is minder belangrijk dan de schuldeiser. De instelling van een raad van commissarissen bevestigt de gedachte dat bestuurders niet vrijuit mogen gaan bij onbehoorlijk bestuur. De raad van commissarissen kan namelijk het bestuur hierop controleren.

¹⁴⁶ Rb. Den Haag 28 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:16211, RO 2017/35.

¹⁴⁷ Rb. Den Haag 28 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:16211, RO 2017/35 (Wenk).

¹⁴⁸ Hof Den Haag 26 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2197, RO 2015/68.

¹⁴⁹ Hof Den Haag 26 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2197, RO 2015/68 (Wenk).

Hoofdstuk 4: Bestuurdersaansprakelijkheid na faillissement bij de BV: de theorie

4.1 Inleiding

Dit hoofdstuk zal de aansprakelijkheid op grond van art. 2:248 BW in kaart brengen. Ik ga eerst in op de totstandkoming van de wet, waarna ik overga tot het beschrijven van de uitgangspunten die de Hoge Raad in acht neemt wat betreft kennelijk onbehoorlijk bestuur. Ook uitspraken van de rechtbank en het gerechtshof zullen worden meegenomen, alsmede beoordelingen uit de vakliteratuur. Ik ga kort in op het verband met werknemers, dividend en belasting. Tot slot bespreek ik de aansprakelijkheid na schending van de plicht tot het voeren van deugdelijke administratie en het publiceren van de jaarrekening, waarna ik afsluit met wat hier tegenin kan worden gebracht.

4.2 Kennelijk onbehoorlijk bestuur art. 2:248 lid 1 BW

Art. 2:248 BW is ingevoerd bij de zogenaamde derde Anti-Misbruikwet¹⁵⁰ op 1 januari 1987.¹⁵¹ In de memorie van toelichting behorende bij deze wet stelde de toenmalige Minister van Justitie Job de Ruiter dat het regelmatig voorkomt dat door onbehoorlijk bestuur vennootschappen failliet gaan en dat de schuldeisers dan met hoog opgelopen vorderingen blijven zitten.¹⁵²

Het criterium van de Hoge Raad

De Hoge Raad oordeelde in 2001 dat kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:248 BW slechts bestaat als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden op dezelfde wijze gehandeld zou hebben.¹⁵³ Daarbij moeten alle gestelde gedragingen in totaliteit en in hun onderlinge samenhang onderzocht worden. Deze gedragingen moeten dus niet uitsluitend op zichzelf beschouwd worden.¹⁵⁴ Verder moet er gekeken worden naar wat de bestuurder voorzag of kon voorzien ten tijde van de vervulling van zijn bestuurstaak.¹⁵⁵ In geval van twijfel moet de bestuurder het voordeel van de twijfel worden gegund.¹⁵⁶ Verder is van belang of de bestuurder bij machte was om de gewraakte bestuurshandelingen niet te verrichten.¹⁵⁷

Ondernemingsrisico

Beslissingen die behoren tot het ondernemen kunnen niet worden gezien als onbehoorlijk bestuur.¹⁵⁸ Dit betekent dan ook dat beleidsfouten die per ongeluk zijn gemaakt niet worden bestraft; er moet echt sprake zijn van een in het oog springende onbehoorlijkheid van de taakvervulling.¹⁵⁹

¹⁵⁰ Wet van 16 mei 1986, *Stb.* 1986, 275.

¹⁵¹ Schild, *Bb* 2007/16

¹⁵² *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, 3, p. 3.

¹⁵³ HR 8 juni 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AB2053, *NJ* 2001, 454, r.o. 3.7.

¹⁵⁴ HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6017, *JOR* 2006/61, r.o. 4.2.5.

¹⁵⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 20 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:302, r.o. 4.4; *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, 6, p. 3 (MvA).

¹⁵⁶ HR 8 juni 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AB2053, *NJ* 2001, 454, r.o. 3.7.

¹⁵⁷ HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:530, r.o. 3.3.4.

¹⁵⁸ HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4804, *NJ* 2002/94, r.o. 4.5.3.2.

¹⁵⁹ Lennarts, in: *T&C BW* 2016, art. 2:248 BW, aant. 3 (online, laatst bijgewerkt op 1 september 2016).

Incidentele bestuursfouten leiden dus niet snel tot kennelijk onbehoorlijk bestuur. Pas als er sprake is van een cumulatie van fouten en structurele misstappen van het bestuur kan hier wel van worden gesproken.¹⁶⁰ Het is niet de bedoeling bestuurders een verwijt te maken van fouten, misrekeningen of achteraf beschouwd onjuiste beoordelingen. Sommige beslissingen van feiten en omstandigheden op zakelijk gebied zijn namelijk van belang voor het bepalen van het bestuursbeleid; hiermee moet rekening worden gehouden.¹⁶¹

Onverantwoordelijkheid en nalatigheid

Kennelijk onbehoorlijk bestuur mag niet te snel worden aangenomen; het begrip impliceert steeds onverantwoordelijkheid, onbezonnenheid, roekeloos handelen, kortom dingen die een behoorlijk bestuurder niet zou mogen doen.¹⁶² Slechts een flagrante onbehoorlijke taakvervulling zal leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid na faillissement. Als bestuurders van verenigingen hun taak zorgvuldig en naar eer en geweten vervullen, hebben zij niets te vrezen.¹⁶³ Er moet sprake zijn van laakbaar gedrag, oftewel grove schuld, grove nalatigheid en aan opzet grenzende onachtzaamheid.¹⁶⁴ In de memorie van antwoord bij het wetsontwerp van de derde Anti-Misbruikwet noemt beschreef de Minister de essentie van kennelijk onbehoorlijk bestuur en noemde daarbij het woord 'misbruik'. Volgens de Minister speelt daarbij steeds een element van onverantwoordelijkheid, schuld en verwijtbare nalatigheid een rol.¹⁶⁵

Assink spreekt van kennelijk onbehoorlijk bestuur indien er sprake is van één of meer schuldige gedragsnormschendingen, er schuldig ondermaatse gedragingen plaatsvinden en schuldeisers hiervan de dupe worden, alles met inachtneming van alle omstandigheden van het geval.¹⁶⁶

Benadeling van schuldeisers

Bij dit misbruik is de benadeling van schuldeisers steeds de kern van de zaak.¹⁶⁷ De Hoge Raad oordeelde ook dat één van de concrete omstandigheden waaruit kan volgen dat sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, is dat de bestuurder een duidelijke bedoeling heeft om de eigen vennootschap ten koste van de crediteuren te bevoordelen.¹⁶⁸ Ook als de bestuurder wist of kon weten dat de gezamenlijke schuldeisers van de vennootschap de dupe zouden kunnen worden handelt de bestuurder kennelijk onbehoorlijk, waarbij de aard van de gedragsnormschending en de financiële toestand van de vennootschap van belang zijn.¹⁶⁹ Tevens handelt de bestuurder kennelijk onbehoorlijk als er zonder behoorlijke voorbereiding beslissingen met vergaande financiële consequenties worden genomen en dat nagelaten wordt onderzoek te doen naar de kredietwaardigheid van contractpartners met wie men belangrijke zaken doet.¹⁷⁰ De bestuurder kan zich daarbij niet verschuilen achter de rechtspersoon.¹⁷¹

¹⁶⁰ De Groot 2014, p. 110.

¹⁶¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9858, r.o. 5.2.

¹⁶² HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4804, NJ 2002/94, r.o. 4.5.3.2.

¹⁶³ Renssen, JBN 2015/29

¹⁶⁴ Van Schilfgaarde 1986, p. 23.

¹⁶⁵ Kamerstukken II 1980/81, 16631, 6, p. 13 (MvA).

¹⁶⁶ Assink 2007, p. 632.

¹⁶⁷ MvA, 16 631, p. 13.

¹⁶⁸ HR 8 juni 2001, NJ 2001, 454, ro. 3.8.

¹⁶⁹ Assink 2007, p. 633.

¹⁷⁰ HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243 (concl. A-G M.R. Mok), NJ 1997, 360, par. 3.3.2.3.

Een belangrijke oorzaak van het faillissement

Om een bestuurder aansprakelijk te stellen op grond van art. 2:138 of 2:248 BW moet de curator aantonen dat de bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Vervolgens moet hij aantonen dat dit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement.¹⁷²

De vraag of het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is, is immers mede afhankelijk van de mate waarin andere omstandigheden hebben bijgedragen aan het faillissement. Deze omstandigheden bepalen daarmee mede de bijdrage van het kennelijk onbehoorlijk bestuur aan het faillissement.¹⁷³ Het kan namelijk voorkomen dat een bestuurder schuldig onverantwoorde risico's heeft genomen waarvan schuldeisers de dupe zouden kunnen worden, maar dat niet aannemelijk is dat deze kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het kan bijvoorbeeld zo zijn dat de risico's zich niet hebben verwezenlijkt en dat er een externe oorzaak is van het faillissement, bijvoorbeeld het wegvallen van de diensten of producten van de onderneming. Dat een bestuurder kennelijk onbehoorlijk heeft gehandeld met schade van de onderneming tot gevolg, wil nog niet zeggen dit in direct verband staat met het faillissement.¹⁷⁴

4.3 Voorbeelden van kennelijk onbehoorlijk bestuur

De Groot noemt in zijn boek over bestuurdersaansprakelijkheid een aantal voorbeelden van rechterlijke uitspraken die zich tot 2010 hebben voorgedaan.¹⁷⁵

Zo is er sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur indien er wordt gehandeld in strijd met het vennootschappelijk belang, zoals het geval is als er privé-uitgaven ten laste van de vennootschap worden gedaan waardoor de bestuurder zich verrijkt en schuldeisers de dupe worden. Ook het onvoorbereid nemen van grote financiële beslissingen waarbij onvoldoende deskundige voorlichting is verzameld kan leiden tot kennelijk onbehoorlijk bestuur, net zoals ongeschikte bestuurders de vrijheid geven deze beslissingen te nemen. De kredietwaardigheid van contractpartners moet te allen tijde worden onderzocht, waarbij duidelijk voorzienbare risico's niet genegeerd mogen worden. Verder mag aan de commissarissen geen inlichtingen worden achtergehouden.¹⁷⁶

Hoge schulden

Voormalig minister van Veiligheid en Justitie Korthals Altes noemde in de memorie van antwoord bij de derde Anti-Misbruikwet¹⁷⁷ dat een in het oog springend voorbeeld van kennelijk onbehoorlijk bestuur is het welbewust onbetaald laten van premie- en belastingschulden en de vennootschap met hoge schulden laten failleren om vervolgens dezelfde handelingen voort te zetten in een nieuw opgerichte vennootschap. Ook het aangaan van schulden zonder zich af te vragen of de vennootschap die schulden wel af kan lossen ziet de Minister als misbruik.¹⁷⁸

¹⁷¹ *Handelingen II* 1984/85, 101, p. 6337.

¹⁷² HR 8 juni 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AB2053, *NJ* 2001, 454, r.o. 4.2.3.1.

¹⁷³ HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:153, *NJ* 2014/177, ro. 4.3.

¹⁷⁴ Assink 2007, p. 630.

¹⁷⁵ De Groot 2014, p. 108.

¹⁷⁶ De Groot 2014, p. 108.

¹⁷⁷ Wet van 16 mei 1986, *Stb.* 1986, 275.

¹⁷⁸ *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, 6, p. 13 (MvA).

Werknemers

In het geval er werknemers in dienst zijn waarvan dienstverbanden worden beëindigd, kan het niet besteden van aandacht aan de afwikkeling van deze dienstverbanden kennelijk onbehoorlijk bestuur opleveren. Dit is bijvoorbeeld het geval als er niet tijdig en naar behoren een ontslagvergunning wordt aangevraagd, waardoor een forse schuld kan ontstaan bij het UWV. De Hoge Raad oordeelde hierover dat geen enkel initiatief nemen om de dienstbetrekkingen te beëindigen, kennelijk onbehoorlijke taakvervulling oplevert.¹⁷⁹

Uitkeren van dividend

Art. 2:216 lid 2 BW verplicht de bestuurder een dividenduitkering niet goed te keuren als hij weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. In 2004 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat zulk een dividendbesluit, ook al is zij formeel gezien geldig genomen, kennelijk onbehoorlijke taakvervulling kan opleveren.¹⁸⁰ De onderneming in kwestie had ondanks betalingsmoeilijkheden en problemen met de bank toch besloten dividend uit te keren, waardoor de balanspositie werd verslechterd. De omstandigheden waren dat de bestuurder in kwestie aan het besluit alle medewerking gaf, alle besluitvorming hieromtrent bevorderde en tegen dit ingrijpende dividendbesluit geen enkele tegenwicht geboden had. De onderneming had er geen belang bij om dividend uit te keren, aangezien door het dividendbesluit de onderneming in een discontinuïteitsituatie werd gebracht. Het eigen belang van de bestuurder werd nagestreefd waardoor het voortbestaan van de onderneming in gevaar werd gebracht.¹⁸¹

Hoewel de vereniging volgens art. 2:26 lid 3 geen winst onder haar leden mag verdelen, kan de vereniging met haar bedrijfsuitoefening wel winst beogen en behalen.¹⁸² Deze winst kan ook bestaan uit een besparing of toevallig verkregen voordeel, welke dan wel onder de leden verdeeld mag worden of mag worden gebruikt voor een incidentele contributieverlaging.¹⁸³ Als de vereniging wordt ontbonden en er is een positief liquidatiesaldo, mag dit ook onder de leden verdeeld worden.¹⁸⁴ De coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij mogen wel winst verdelen onder haar leden.¹⁸⁵

Belastingaangifte

Art. 36 lid 1 IW 1990 verplicht een lichaam dat aan vennootschapsbelasting is onderworpen aangifte te doen van onder meer loonbelasting, omzetbelasting, en verbruiksbelastingen van alcoholvrije dranken. Lid 2 zegt dat als hier niet aan is voldaan een bestuurder aansprakelijk is, indien aannemelijk is dat het niet betalen van de belastingschuld het gevolg is van aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur. Bij deze kennelijk onbehoorlijke taakvervulling gaat het om hetzelfde begrip als die uit art. 2:248 BW; van onbehoorlijke taakvervulling na faillissement is dan sprake als de bestuurder heeft bewerkstelligd dat belastingschulden onbetaald zijn gebleven terwijl hij wist of redelijkerwijze had moeten begrijpen dat zijn

¹⁷⁹ HR 30 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC238, NJ 1997, 663, r.o. 3.3.

¹⁸⁰ HR 30 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC238, NJ 1997, 663.

¹⁸¹ HR 6 februari 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO3045 (conl. A-G L. Timmerman), JOL 2004, 64, par. 2.3.

¹⁸² Asser/Rensen 2-III* 2012/37 (online, laatst bijgewerkt op 5 september 2011).

¹⁸³ Rensen, in: *T&C BW* 2016, art. 2:26 BW, aant. 4 (online, laatst bijgewerkt op 15 februari 2017).

¹⁸⁴ Rensen, in: *T&C BW* 2016, art. 2:26 BW, aant. 4 (online, laatst bijgewerkt op 15 februari 2017).

¹⁸⁵ Art. 53a lid 1 jo. art. 26 lid 3 BW.

handelwijze tot gevolg zou hebben dat die belastingschulden onbetaald zouden blijven en hem in dit verband een persoonlijk ernstig verwijt treft.¹⁸⁶

4.4 Administratie- en publicatieplicht art. 2:248 lid 2 BW

De wet geeft in lid 2 van art. 2:248 BW (lid 2 van het toekomstige art. 2:9c BW) twee gevallen die automatisch leiden tot onbehoorlijke taakvervulling en dat dit tevens een belangrijke oorzaak is van het faillissement: als het bestuur niet voldaan heeft aan zijn verplichting de jaarrekening tijdig openbaar te maken en als het bestuur niet heeft voldaan aan de boekhoudplicht (art. 2:10 en 2:394 BW).¹⁸⁷

Belang van de administratie- en publicatieplicht

De Hoge Raad kent gewicht toe aan de naleving van de administratie- en publicatieplicht, omdat het niet nakomen van deze verplichtingen erop wijst dat het bestuur zijn taak ook voor het overige niet behoorlijk vervult.¹⁸⁸ Ook uit de memorie van toelichting bij art. 2:248 BW volgt dat een schending van de administratie- en publicatieplicht een teken is dat het bestuur zijn taak ook in het algemeen niet behoorlijk vervult en dat dit getuigt van een weinig betrouwbaar en serieus ondernemerschap.¹⁸⁹ Het voeren van een degelijke administratie wordt gezien als een fundamentele bestuursplicht.¹⁹⁰ Als de nodige moeite moet worden gedaan om inzicht te krijgen in deze administratie is niet aan deze plicht voldaan. Dit is tevens het geval als alleen een redelijk inzicht of een voldoende betrouwbaar inzicht kan worden gegeven.¹⁹¹

Omkering bewijslast

Stelplicht en bewijslast van een vordering op grond van art. 2:248 lid 1 BW (kennelijk onbehoorlijke taakvervulling als belangrijke oorzaak van het faillissement) rusten volgens de hoofdregel van art. 150 Rv op de curator.¹⁹² Indien echter niet is voldaan aan de administratie- of publicatieplicht wordt de curator geholpen¹⁹³ en staat op grond van art. 2:248 lid 2 *onweerlegbaar* vast dat het bestuur ook voor het overige kennelijk onbehoorlijk heeft gehandeld. Vervolgens wordt *weerlegbaar* vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.¹⁹⁴ Dit betekent dus een omkering van de bewijslast en heeft derhalve ingrijpende bewijsrechtelijke gevolgen voor de bestuurder. Dit gebeurt dan ook alleen als echt met volle zekerheid vast staat dat niet aan de administratieplicht is voldaan.¹⁹⁵

Of de administratie wellicht beter of anders gevoerd had kunnen worden doet dus niet ter sprake¹⁹⁶; alleen als de administratie ontbreekt of zeer ernstige gaten vertoont staat kennelijk onbehoorlijke taakvervulling vast.¹⁹⁷

¹⁸⁶ HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:530, r.o. 3.2.2.

¹⁸⁷ Schild, *WPNR* 2015, afl. 7087, p. 1046-1056.

¹⁸⁸ HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189, *NJ* 2013/401, r.o. 2.2.1.

¹⁸⁹ *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, 3, p. 4.

¹⁹⁰ *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, 3, p. 5.

¹⁹¹ HR 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0994 *NJ* 1993, 713 m.nt. J.M.M. Maeijer, par. 3.

¹⁹² HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:153, *NJ* 2014/177, ro. 4.7.

¹⁹³ Hof Den Haag 26 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2197, *RO* 2015/68 (Wenk).

¹⁹⁴ Rb. Den Haag 8 januari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:9310, r.o. 4.3.

¹⁹⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9858, *RO* 2017/33, r.o. 5.14.

¹⁹⁶ Rb. Oost-Brabant 30 maart 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:143 *RO* 2016/45, r.o. 2.3.

¹⁹⁷ Hof Den Haag 26 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2197, *RO* 2015/68 (Wenk).

Weerlegging door bestuurder

Dat het bestuur, na schending van de administratie- of boekhoudplicht, waarschijnlijk zijn taken ook voor het overige onbehoorlijk vervult, wil nog niet zeggen dat een bestuurder er niets meer tegen in kan brengen. Het weerlegbaar vermoeden geldt slechts voor het gevoerde bestuur als geheel en betekent niet dat voor elke bestuurshandeling afzonderlijk onweerlegbaar vermoed wordt dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur.¹⁹⁸

Als er eenmaal sprake is van lid 2 van art. 2:248 BW kan de aangesproken bestuurder aannemelijk maken:

- dat andere feiten of omstandigheden dan zijn kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest of
- dat het nalaten hiervan geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert.¹⁹⁹

Externe omstandigheden

De andere feiten en omstandigheden kunnen bijvoorbeeld ook gelegen zijn in de economische tegenslag waarbij de tekortkomingen van het bestuur geen of een beperkte rol hebben gespeeld.²⁰⁰ Ook kunnen de omstandigheden gelegen zijn in fouten of misrekeningen van de bestuurders, zolang maar voldaan wordt aan de algemene maatstaf: een redelijk denkend bestuurder die onder dezelfde omstandigheden op die manier handelt.²⁰¹ Vervolgens ligt de bal weer bij de curator die op de voet van art. 2:248 lid 1 BW aannemelijk moet maken dat de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.²⁰²

Onbelangrijk verzuim

Als de onjuiste nakoming van art. 2:10 BW of art. 2:394 BW een onbelangrijk verzuim is, kan de bestuurder zich ook vrijpleiten. Hiervan is sprake als het niet voldoen aan art. 2:10 BW in de omstandigheden van het geval er niet op wijst dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld, waarbij sprake moet zijn van een aanvaardbare verklaring.²⁰³ Bij de vraag of sprake is van een onbelangrijk verzuim gaat het niet om de mate waarin iedere individuele bestuurder heeft bijgedragen aan de schending van de administratie- of publicatieplicht.²⁰⁴

Overschrijding van de publicatietermijn

Voormalig minister van Justitie Korthals Altes noemde een beperkte overschrijding van de termijn waarbinnen de jaarstukken moeten zijn gepubliceerd een omstandigheid die een onbelangrijk verzuim kan opleveren, bijvoorbeeld als de termijnoverschrijding wordt veroorzaakt door een langdurige computerstoring. De minister stelde hierover in het algemeen dat deze uitweg van het tweede lid kan worden toegepast als er sprake is van een bonafide instelling van de ondernemer die een redelijke verklaring kan geven voor het verzuim.²⁰⁵ Het twaalf dagen te laat deponeren van de jaarrekening kan in elk geval gezien worden als een onbelangrijk verzuim.²⁰⁶

¹⁹⁸ Hof Den Haag 24-03-2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:602, r.o. 2.8.

¹⁹⁹ HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773, NJ 2008, 91, r.o. 3.4.

²⁰⁰ *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, 3, p. 5 (MvT).

²⁰¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9858, r.o. 5.4.

²⁰² HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916, NJ 2007, 2, r.o. 4.5.2.

²⁰³ HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1079, NJ 2014/7, r.o. 3.6.2.

²⁰⁴ Hof Den Haag 24 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:602, r.o. 2.3.

²⁰⁵ *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 9, p. 16; HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189, NJ 2013/401, r.o. 3.6.2.

²⁰⁶ HR 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0994 (concl. A-G. Asser in de zaak nr. 14990), NJ 1993, 713, par. 2.31.

Zodra de termijnoverschrijding langer wordt, worden er hogere eisen gesteld aan de omstandigheden die hebben geleid tot deze overschrijding²⁰⁷, zoals in het geval van een overschrijding van zesentwintig dagen.²⁰⁸ Een overschrijding van tweeënhalve maand is ook te veel, waarbij het onvoldoende is te stellen dat deze overschrijding te wijten was aan miscommunicatie met de accountant; het is de taak van de bestuurder ervoor te zorgen dat hier helderheid over komt.²⁰⁹

Als de overschrijding is veroorzaakt door het niet nemen van een geldig besluit tot verlenging van de termijn wordt deze overschrijding bij art. 2:248 lid 2 BW buiten beschouwing gelaten. De Hoge Raad neemt bij het voldoen aan de in art. 2:394 BW vermelde publicatieverplichting het belang van de crediteuren van de vennootschap als uitgangspunt. Voor hen is slechts van belang dat de jaarrekening niet later wordt gepubliceerd dan op het uiterste tijdstip dat in geval van verlenging van de termijn voor het opmaken geldt.²¹⁰

Voor de vereniging betekent dat volgens art. 2:49 lid 1 BW dus uiterlijk tien maanden na afloop van het boekjaar.

De schade

Het bedrag waarvoor de bestuurder aansprakelijk is, is volgens art. 2:248 lid 1 BW het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan. Deze schulden betreffen het bedrag dat de schuldeisers dienen te ontvangen, gebaseerd op de te verwachten slotuitdelingslijst.²¹¹ Als bestuurdersaansprakelijkheid is vastgesteld, hoeft de curator niet het causaal verband aan te geven tussen het onbehoorlijk bestuur en het tekort in het faillissement; deze schade staat dan vast.²¹²

4.5 Conclusie

De bestuurder is aansprakelijk op grond van art. 2:248 BW als hij zijn taak kennelijk onbehoorlijk vervuld heeft waarvan aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Het criterium van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling wordt objectief benaderd doordat de rechter zich in moet beelden of in dezelfde omstandigheden een redelijk denkend bestuurder ook zo zou hebben gehandeld. Alle omstandigheden worden daarin betrokken. De bestuurder is in veel gevallen aansprakelijk als belangrijke beslissingen op onverantwoorde wijze zijn genomen en die beslissingen de financiële positie van de onderneming hebben geschaad. Hiermee worden vervolgens weer de crediteuren benadeeld. Vooral het benadelen van crediteuren kan aansprakelijkheid met zich meebrengen. Een schending van de administratie-of publicatieplicht brengt in elk geval meteen kennelijk onbehoorlijk bestuur op aangezien het een indicatie is dat de andere taken ook onbehoorlijk zijn vervuld in de zin dat weinig serieus en betrouwbaar is bestuurd.

²⁰⁷ HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189, *NJ* 2013/401, r.o. 3.6.2.

²⁰⁸ Rb. Noord-Nederland 3 maart 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ6198, r.o. 4.5; Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:203, r.o. 5.5.

²⁰⁹ Rb. Den Haag 8 januari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:9310, r.o. 4.5.

²¹⁰ HR 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0994, *NJ* 1993, 713, r.o. 3.3.

²¹¹ HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, r.o. 3.4.

²¹² Rechtbank Overijssel 3 juni 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:2947 r.o. 4.15.

Hoofdstuk 5: Bestuurdersaansprakelijkheid na faillissement bij de BV: de praktijk

5.1 Inleiding

Indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement, is volgens de wet iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk voor het boedeltekort.²¹³ Zoals eerder vermeld kan de bestuurder hierop worden aangesproken als hij zijn taak jegens de rechtspersoon onbehoorlijk heeft vervuld²¹⁴, er sprake is van misbruik²¹⁵ en als in elk geval geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zo gehandeld zou hebben.²¹⁶ Nu de wet, kamerstukken, literatuur en uitgangspunten van de Hoge Raad zijn onderzocht kan worden overgegaan tot het onderzoeken hoe de rechtspraak de afgelopen jaren over de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling heeft geoordeeld.

Rechters kijken hierbij naar de vereisten in onderstaand schema aan de hand waarvan wordt geoordeeld of de bestuurder aansprakelijk is. De uitkomst hiervan zal dan vervolgens worden samengevat aan de hand van de topics.

5.2 Checklist van de rechter

De rechter gaat als volgt te werk, waarbij een onderscheid valt te maken tussen lid 1 en 2 van art. 2:248 BW:

	Art. 2:248 lid 1 BW	Art. 2:248 lid 2 BW
Voorwaarde 1	Kennelijk onbehoorlijk bestuur	Schending administratie- of publicatieplicht
Voorwaarde 2	Belangrijke oorzaak faillissement	Geen onbelangrijk verzuim
Voorwaarde 3a		Geen andere oorzaak faillissement
Voorwaarde 3b		Nagelaten andere oorzaak te voorkomen

In geval van lid 1 oordeelt de rechter eerst of sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Hierna oordeelt hij of dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. In geval van lid 2 wordt eerst geoordeeld of vaststaat dat de boekhoud- of publicatieplicht is geschonden. De bestuurder kan dan aannemelijk maken dat dit een onbelangrijk verzuim is, waarvan sprake is als hier een aanvaardbare verklaring voor is.²¹⁷ Daarnaast kan de bestuurder aannemelijk maken dat andere feiten of omstandigheden dan zijn kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.²¹⁸

²¹³ Art. 2:248 lid 1 BW

²¹⁴ *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, 3, p. 3-4 (MvT).

²¹⁵ *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, 6, p. 13 (MvA).

²¹⁶ HR 8 juni 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AB2053, *NJ* 2001, 454, r.o. 3.7.

²¹⁷ HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1079, *NJ* 2014/7, r.o. 3.6.2.

²¹⁸ HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916, *NJ* 2007, 2, r.o. 4.5.2.

Als de bestuurder een van buiten komende oorzaak van het faillissement stelt en de curator verwijt de bestuurder nagelaten te hebben dit te voorkomen, moet door de bestuurder aannemelijk gemaakt worden dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert.²¹⁹

5.3 Invulling door de rechter

Ik heb de uitspraken onderverdeeld in twee categorieën: wel aansprakelijk en niet aansprakelijk. Onder aansprakelijk vallen alle uitspraken waarbij de bestuurder op grond van het eerste lid aansprakelijk wordt geacht, alsook de aansprakelijkheid op grond van het tweede lid waarbij de bestuurder er niet in is geslaagd om het vermoeden van lid twee te ontzenuwen. Onder niet aansprakelijk vallen zowel de uitspraken waarbij de bestuurder op grond van het eerste lid niet aansprakelijk wordt geacht als de uitspraken waarbij de bestuurder er wel in is geslaagd het vermoeden van lid twee te ontzenuwen. Deze twee groeperingen heb ik vervolgens onderverdeeld in categorieën. Gezegd moet worden dat de rechter de bestuurlijke gedragingen altijd beoordeeld in onderling verband en in samenhang met elkaar, in het licht van alle omstandigheden van het geval.²²⁰ Op deze manier dient dan ook dit hoofdstuk te worden gelezen.

5.3.1 Wel aansprakelijk op grond van art. 2:248 BW

Van de dertig uitspraken zijn achttien vorderingen toegekend en twaalf afgewezen.²²¹ Er zijn verschillende thema's die terugkomen in de uitspraken waarbinnen de gedragingen van kennelijk onbehoorlijk bestuur kunnen vallen en die een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn.

5.3.1.1 Administratie- en publicatieplicht

Van de dertig uitspraken zijn er zestien uitspraken waarbij sprake was van een schending van art. 2:10 of 2:394 BW.²²² Ik zal bespreken wanneer de rechter oordeelt dat hier sprake van was. Dit staat los van de vraag of vervolgens de bestuurder met succes het vermoeden heeft ontzenuwd door een andere oorzaak van het faillissement aan te duiden; dit komt dan ter sprake in subparagraaf 5.3.2. De bestuurder is hier in tien van de zestien gevallen in geslaagd.²²³

Administratie

Negen uitspraken hebben betrekking op de administratieplicht, waarvan zes aansprakelijkheidsvorderingen zijn toegewezen.²²⁴ Meestal wordt er niet uitgebreid verwoord waarom de administratie niet deugde en wordt meer geconcentreerd op de weerlegging hiervan. Het volgende kan echter wel over de administratie worden gezegd.

²¹⁹ HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773, NJ 2008, 91, r.o. 3.4.

²²⁰ Assink 2007, p. 632.

²²¹ Zie bijlage 1.

²²² Zie bijlage 1.

²²³ Zie bijlage 1.

²²⁴ Zie bijlage 1.

De bestuurder moet aanleveren

De bestuurder dient in de eerste plaats de curator alle bescheiden te overleggen die betrekking hebben op de administratie en er mogen geen substantiële documenten ontbreken.²²⁵ Het niet of nauwelijks bijhouden of aantreffen van de administratie levert in elk geval aansprakelijkheid op.²²⁶

Als de curator ondanks herhaalde verzoeken om de administratie aan te leveren deze niet overlegd krijgt, is dit een zwaarwegende omstandigheid die schending van art. 2:10 BW met zich mee kan brengen.²²⁷ Dit is zeker het geval als er daarbij ook nog steeds toezeggingen zijn gedaan waarbij de bestuurder beloofde dat de administratie aan de curator zou worden geleverd of dat de administratie zich bij de accountant bevond.²²⁸ Ook is het de verantwoordelijkheid van de bestuurder om een deugdelijke administratie te voeren en kan hij zich niet disculperen door te varen op de adviezen en activiteiten van de boekhouder.²²⁹

Wat betreft de toegang tot de administratie is het onvoldoende aan de curator slechts mede te delen dat de administratie met een simpele druk op de knop kan worden opgeroepen en geprint. Als de curator kennelijk niet in staat is deze knop te vinden en dit was voor de bestuurder duidelijk, is het aan de bestuurder om de curator hierover uitleg te geven of in elk geval de volledige administratie in het geding te brengen, aangezien hij dan kennelijk in het bezit is hiervan.²³⁰

Ook moet de bewaarplicht van art. 2:10 lid 3 BW nageleefd worden: de administratie, bescheiden en andere gegevensdragers dienen zeven jaar bewaard te worden. Het ten tijde van het faillissement vernietigen van (een deel van) de administratie ziet de rechter dan ook als een schending van art. 2:10 BW.²³¹

Ondeugdelijke administratie

Verder is sprake van een ondeugdelijke administratie als het debiteuren- en crediteurenoverzicht niet klopt en als een groot deel van de bij de curator bekend geworden schulden niet in de jaarrekeningen zijn verantwoord.²³² De rechtbank Overijssel oordeelde dat van aansprakelijkheid op grond van het tweede lid sprake was, omdat het door de bestuurder aangetoonde crediteurenoverzicht niet overeenkwam met de vorderingen die de schuldeisers hadden ingediend in het faillissement. Ook was het debiteurenoverzicht al enkele jaren niet bijgewerkt en bleek ook nog eens dat dit overzicht na aanschrijving van de debiteuren niet klopte.²³³ Deze omstandigheden leidden er vervolgens toe dat het lastig wordt om een vordering op een debiteur aannemelijk te maken.²³⁴

²²⁵ Rb. Den Haag 28 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8601, r.o. 4.4.

²²⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 27 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7752; Rechtbank Overijssel 3 juni 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:2947; Rb. Noord-Holland 25 maart 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:2480.

²²⁷ Rb. Noord-Holland 25 maart 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:2480, r.o. 2.9; Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9858, r.o. 5.11.

²²⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 27 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7752, r.o. 4.6.

²²⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden 27 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7752, r.o. 4.6.

²³⁰ Hof 's-Hertogenbosch 18 april 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1777, r.o. 4.5.2.

²³¹ Rb. Den Haag 28 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8601, r.o. 4.4.

²³² Hof Arnhem-Leeuwarden 27 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7752, r.o. 4.6.

²³³ Rechtbank Overijssel 3 juni 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:2947, r.o. 4.4.

²³⁴ Rechtbank Overijssel 3 juni 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:2947, r.o. 4.12.

Tot slot volgen hier enkele voorbeelden van een ondeugdelijke administratie die het Hof Amsterdam heeft benoemd, namelijk dat:

- Niet duidelijk zichtbaar is hoe netto inkoop- en verkoopprijzen tot stand komen en of hier controle op plaatsvindt
- Informatie over producten, klanten, aangegane verplichtingen niet beschikbaar is
- Er sprake is van ongecontroleerd beheer door het gebrek aan zichtbare interne controle, informatie en geïntegreerd contractbeheer;
- Een onderneming niet in staat is gebleken om aan deze zaken op professionele wijze invulling te geven; zoals in het geval dat de administratie een rommelige indruk maakt: er wordt gewerkt met kladjes, dossierstukken raken zoek en deze worden niet systematisch gearchiveerd.²³⁵

Prognoses op grond waarvan aanvullende investeringen zijn gedaan op basis van deze informatie zijn dan ook onbetrouwbaar.²³⁶

Jaarrekening

Negen uitspraken hebben betrekking op de jaarrekening, waarvan in vier gevallen de vordering is toegewezen.²³⁷

Overschrijding van de termijn

Art. 2:394 lid 3 zegt dat de rechtspersoon uiterlijk binnen twaalf maanden de jaarrekening openbaar moet hebben gemaakt. Voor 2015 was dit dertien maanden, wat ook in de uitspraken terugkomt.²³⁸ Voor de vereniging geldt overigens een uiterlijke termijn van tien maanden.²³⁹

Een aanzienlijke overschrijding van de termijn van dertien maanden geldt als het niet voldoen aan de publicatieplicht.²⁴⁰ Zowel zes als drie maanden ziet de rechter als een aanzienlijke overschrijding.²⁴¹

Verantwoordelijkheid van de bestuurder

Als voor de te late publicatie geen valide redenen zijn aangevoerd²⁴² of er wordt geen enkele verklaring gegeven voor het niet deponeren van de jaarstukken²⁴³, maakt de bestuurder geen kans. Dit geldt ook voor een voorlopige jaarrekening die nog niet definitief is gemaakt.²⁴⁴ De bestuurder kan zich niet disculperen door te stellen dat hij zich er niet bewust van is geweest dat de jaarstukken nog niet waren gepubliceerd. Dit kan niet gelden als een onbelangrijk verzuim; het is de verantwoordelijkheid van het bestuur om er zeker van te zijn dat de jaarstukken tijdig worden gedeponerd.²⁴⁵

²³⁵ Hof Amsterdam 27 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2015, r.o. 3.8.

²³⁶ Hof Amsterdam 27 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2015, r.o. 3.10.

²³⁷ Zie bijlage 1.

²³⁸ *Stb.* 2015, 349.

²³⁹ Art. 2:49 lid 1 BW.

²⁴⁰ Hof 's-Hertogenbosch 26 juli 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:3235, r.o. 6.5.

²⁴¹ Hof Den Haag 24 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:602, r.o. 2.3; Rb. Rb. Den Haag 28 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8601, r.o. 2.5.

²⁴² Hof 's-Hertogenbosch 26 juli 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:3235, r.o. 6.5.

²⁴³ Rb. Noord-Holland 25 maart 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:2480, r.o. 4.16.

²⁴⁴ Rb. Den Haag 11 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4944, r.o. 4.2.

²⁴⁵ Hof Den Haag 24 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:602, r.o. 2.3.

Accountantsverklaring

Het spreekt voor zich dat het nooit openbaar maken geldt als het niet voldoen aan art. 2:394 BW, maar ook als de jaarrekening niet een goedkeurende verklaring van een controlerend accountant ontbreekt is er niet aan voldaan.²⁴⁶ Als het bestuur na afloop van het boekjaar geen goede voortgang heeft gemaakt om de jaarrekening op te stellen (het niet bijeenroepen van de AVA om de jaarrekening vast te stellen en het beëindigen van de relatie met de accountant) kan het niet tijdig deponeren niet als onbelangrijk verzuim worden aangemerkt.²⁴⁷

5.3.1.2 Ondernemingsbelang en financiële positie

Ondermijnen van het ondernemingsbelang en de crediteuren

De rechter hecht waarde aan het belang van de onderneming, met name als het gaat om de financiële positie en de belangen van schuldeisers. Als de onderneming in zwaar weer verkeert, bijvoorbeeld doordat de voor de onderneming betreffende markt is ingezakt, kostenbesparende mogelijkheden zijn uitgeput en een omzetverhoging onmogelijk is geworden, mag het bestuur het dringende advies om het personeelsbestand in te krimpen niet in de wind slaan.²⁴⁸ Het personeelsbelang is volgens de rechtbank Den Haag namelijk maar één van de verschillende belangen die een ondernemer moet dienen.²⁴⁹ Als het ondernemingsbelang het vergt, moet direct worden overgegaan tot het inkrimpen van personeel in plaats van het laten voortbestaan van de onderneming op basis van een onreële hoop op betere tijden.²⁵⁰ Tevens is het in stand houden van de vennootschap vanwege familieverhoudingen niet rechtvaardig, omdat dit ten koste gaat van de belangen van de crediteuren.²⁵¹

Vooraf in strijd met het ondernemingsbelang is volgens de rechter dat de bestuurder ondanks een slechte financiële positie toch die handelingen uitvoert die niet passen in een dergelijke positie. Zo moet de onderneming voorzichtig omgaan met aanwezige liquide middelen, zodat geen tekort ontstaat, en mogen er geen investeringen worden gedaan die de financiële positie en de langlopende verplichtingen in gevaar kunnen brengen, zoals het verstrekken van grote kredieten.²⁵² De rechtbank Den Haag ziet deze bestuurshandelingen dan ook als onverantwoord en onbezonnen, zeker als op geen enkele wijze tegenwicht is geboden tegen het nemen van deze besluiten. Daarbij prevaleert de bestuurder in zulk een geval zijn eigen belangen boven die van de onderneming.²⁵³

Als gevreesd moet worden voor de continuïteit van de onderneming, waarbij steeds duidelijker wordt dat niet alle schulden van de onderneming kunnen worden voldaan, geldt

²⁴⁶ HR 6 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:522 (zie uitspraak in eerste aanleg Rb. Den Haag 11 mei 2011 ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ6042, r.o. 5.31).

²⁴⁷ HR 6 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:522, (zie uitspraak in eerste aanleg Rb. Den Haag 11 mei 2011 ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ6042, r.o. 5.32).

²⁴⁸ Rb. Den Haag 3 augustus 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:9089, r.o. 4.2.

²⁴⁹ Rb. Den Haag 3 augustus 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:9089, r.o. 4.5.

²⁵⁰ Rb. Den Haag 3 augustus 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:9089, r.o. 4.23 en 4.7.

²⁵¹ Rb. Den Haag 28 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8601, r.o. 4.9.

²⁵² Rb. Den Haag 28 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:16211, r.o. 4.44 en 4.38.

²⁵³ Rb. Den Haag 28 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:16211, r.o. 4.41.

dat de bestuurder rekening moet houden met de belangen van de schuldeisers;²⁵⁴ die belangen prevaleren volgens de rechtbank Midden-Nederland boven die van de bestuurder.²⁵⁵

De rechtbank Midden-Nederland oordeelde in een uitspraak uit 2015 dat het onttrekken van vermogensbestanddelen aan de boedel ten gunste van de bestuurder onbehoorlijk bestuur oplevert; in de betreffende casus kwam dit ten nadele van de schuldeisers omdat een verkoop van de onderneming als geheel voor hen meer zou opleveren.²⁵⁶ Ook het aflossen aan kredietverstrekkers bij voortdurende liquiditeitskrapte zonder dat daartoe een rechtsplicht bestaat, is een omstandigheid die de rechter meeneemt in zijn oordeel.²⁵⁷

Negeren van ontoereikende financiële middelen

Een omstandigheid die kennelijk onbehoorlijk bestuur met zich mee kan brengen is het uitkeren van dividend terwijl er een groot bedrag aan problematische debiteuren uitstaat²⁵⁸ of het nemen van een agiobesluit bij dreigende liquiditeitskrapte.²⁵⁹

Uitgaven moeten in het geval van een slechte financiële positie zeker onderzocht worden op feitelijke en financiële haalbaarheid, zodat geen verplichtingen worden aangegaan waarvan de bestuurder redelijkerwijs behoort te begrijpen dat deze verplichtingen niet kunnen worden nagekomen.²⁶⁰

In een recente uitspraak van de Hoge Raad van april 2017 werd het belang van openstaande schulden in licht van mogelijke aansprakelijkheid nog eens benadrukt. Er was sprake van een vordering van een crediteur op de BV, die onbetaald is gebleven. De bestuurder weet dit nalaten aan het feit dat afgenomen producten van onvoldoende kwaliteit waren. Doordat vervolgens de crediteur geen producten meer leverde, kon de BV niet meer functioneren waardoor klanten wegliepen en het faillissement moest worden aangevraagd. Het grootste deel van de onbetaalde vordering van € 43.000,- werd door de bestuurder in het geding echter niet betwist, waardoor de Hoge Raad oordeelde dat dit onbehoorlijk bestuur opleverde en dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.²⁶¹

In het geval de bestuurder zich wil beroepen op de kredietcrisis is het onvoldoende puur te stellen dat hierdoor het faillissement is veroorzaakt. Mocht de bestuurder dit naar voren brengen als zijnde een externe oorzaak van het faillissement, ligt het op de weg van de bestuurder om op zijn minst inzichtelijk te maken hoeveel werk hierdoor is kwijtgeraakt en welke vorderingen daarbij openstaan.²⁶² Vorderingen op debiteuren moeten inzichtelijk blijven en er mag niet worden nagelaten om actie tegen deze debiteuren te ondernemen.²⁶³

²⁵⁴ Rb. Midden-Nederland 25 november 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8110, r.o. 4.4 en 4.22.

²⁵⁵ Rb. Midden-Nederland 25 november 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8110, r.o. 4.12.

²⁵⁶ Rb. Midden-Nederland 25 november 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8110, r.o. 4.22.

²⁵⁷ Rb. Midden-Nederland 25 november 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8110, r.o. 4.15.

²⁵⁸ HR 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2172, r.o. 3.3.5.

²⁵⁹ HR 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2172, r.o. 7.

²⁶⁰ Hof Den Haag 26 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2197, r.o. 8.3.

²⁶¹ Hof 's-Hertogenbosch 18 april 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1777.

²⁶² Rb. Noord-Holland 25 maart 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:2480, r.o. 4.17.

²⁶³ Rechtbank Overijssel 3 juni 2015, ECLI:NL:ROVE:2015:2947, r.o. 4.12.

5.3.1.3 Verwaarlozing en onzorgvuldigheid

In een aantal uitspraken komt verwaarlozing naar voren als kennelijk onbehoorlijk bestuur. Van het veronachtzamen van de bestuurstaak was volgens de rechtbank Rotterdam sprake toen bij de overdracht van de vennootschap de bestuurder in kwestie op geen enkele wijze zich van de identiteit van de opvolgend bestuurder had vergewist; hij had achterwege gelaten enig onderzoek te doen naar de achtergrond en gegoedheid van de beoogde opvolger.²⁶⁴ Het is volgens de rechter mede in het belang van de crediteuren dat de bestuurder er op kan vertrouwen dat de vennootschap in goede handen komt, zeker als de vennootschap beschikt over aanzienlijke activa en schuldeisers met aanzienlijke vorderingen. Door dit na te laten neemt de bestuurder een onverantwoord risico en vervult hij zijn bestuurstaak kennelijk onbehoorlijk.²⁶⁵

Ook het gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde dat van een bestuurder mag worden verwacht dat hij onderzoek doet naar de hoedanigheden, zakelijke achtergrond, financiële gegoedheid en persoonlijke integriteit van de opvolgend bestuurder.²⁶⁶ Daarbij was van belang dat niet onderzocht is of na overname de vennootschap op lange termijn voortgezet zou worden.²⁶⁷ Ook hier weer spreekt de rechter in het belang van de gezamenlijke schuldeisers.²⁶⁸

Een gedragslijn die niet valt te rijmen met het inzicht en de zorgvuldigheid die van een bestuurder mag worden verwacht is iemand gebruiken als katvanger en vervolgens niet met de bestuurswerkzaamheden bemoeien. Door het aanvaarden van een bestuursfunctie neemt de bestuurder zijn verantwoordelijkheid als indirect bestuurder op zich. De bestuurder kan zich niet vrijpleiten door te stellen dat het faillissement is veroorzaakt door de overtreding van wettelijke regels door derden zoals een katvanger of een ingeschakelde boekhouder.²⁶⁹

De rechter acht ook de collectieve verantwoordelijkheid van belang. Van de bestuurder wordt een actieve rol en kritische opstelling verwacht om het onbehoorlijk bestuur van een medebestuurder af te wenden.²⁷⁰ Als het duidelijk is dat een andere bestuurder handelt ten koste van de solvabiliteit van de vennootschap en de bestuurder niet al het mogelijke heeft gedaan om te voorkomen dat dit gedrag werd gestaakt, heeft de bestuurder zijn taak als bestuurder kennelijk onbehoorlijk vervuld. Meer concreet moet na vaststelling van een verkeerd financieel beheer van een medebestuurder bijvoorbeeld worden gecontroleerd hoe die medebestuurder contracten afsluit en op welke wijze hij incasseert.²⁷¹

Overduidelijk onbehoorlijk bestuur

Tot een snelle conclusie dat sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur kwam de rechtbank Oost-Brabant in augustus 2017. De bestuurder in kwestie had bewust de Europese voorschriften voor vleesverwerking overtreden, waardoor hij moest begrijpen dat dit bij ontdekking hiervan desastreuze gevolgen zou hebben voor de onderneming. Toen als

²⁶⁴ Rb. Rotterdam 9 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8662, r.o. 4.7.

²⁶⁵ Rb. Rotterdam 9 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8662, r.o. 4.9.

²⁶⁶ Hof 's-Hertogenbosch 26 juli 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:3235, r.o. 6.7.

²⁶⁷ Hof 's-Hertogenbosch 26 juli 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:3235, r.o. 6.8.

²⁶⁸ Hof 's-Hertogenbosch 26 juli 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:3235, r.o. 6.7.

²⁶⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden 27 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7752, r.o. 4.9.

²⁷⁰ Rb. Den Haag 28 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8601, r.o. 4.8.

²⁷¹ Rb. Den Haag 28 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8601, r.o. 4.9.

gevolg hiervan de vleesvoorraad in beslag werd genomen, kon geen omzet meer worden gemaakt. Hierdoor failleerde de onderneming en konden schuldeisers niet meer betaald worden. Dit gedrag leverde overduidelijk kennelijk onbehoorlijk bestuur op waarvan ook aannemelijk was dat dit een belangrijke oorzaak was van het faillissement.²⁷²

Een ander duidelijk voorbeeld van verwaarlozing is te vinden in een uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland uit juni 2015. In deze zaak ging het om een stichting die zorg en huisvesting bood aan verstandelijk gehandicapten. Deze zorg schoot structureel in ernstige mate te kort doordat de overduidelijk kwetsbare bewoners door het personeel werden geïntimideerd. Het personeel werd onvoldoende geschoold en verbeterd en het bestuur had onvoldoende maatregelen getroffen om dit te herstellen.²⁷³

Deze handelingen vond de rechter onzorgvuldig en laakbaar, te meer omdat de gedragingen grote gevolgen hadden voor de vermogens- en liquiditeitspositie van de stichting. De bestuurders hadden moeten begrijpen dat het voortbestaan van de stichting in gevaar werd gebracht, dat financiële schade zou optreden en dat hierdoor schuldeisers benadeeld zouden worden.²⁷⁴

5.3.2 Niet aansprakelijk op grond van art. 2:248 BW

5.3.2.1 Administratie- en publicatieplicht

Indien niet is voldaan aan de eisen van art. 2:10 BW, kan de bestuurder aannemelijk maken dat wel een deugdelijke administratie is gevoerd. Het zo snel mogelijk overleggen van de administratie en de jaarrekeningen na het faillissement verdient hierbij de voorkeur.²⁷⁵

Dat door de curator geen fysieke administratie wordt aangetroffen en het bestuur ondanks herhaalde verzoeken deze ook niet aanlevert, wil nog niet zeggen dat direct onweerlegbaar vaststaat dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en hij zich dus moet beroepen op externe oorzaken van het faillissement.²⁷⁶

De volgende tegenwerpingen acht het hof voldoende om de bestuurder in het tegenbewijs te doen slagen:

- Er is uiteindelijk een digitale uitdraai van de administratie overlegd
- Deze administratie bestaat uit:
 - o Balans
 - o Winst- en verliesrekening
 - o Grootboeken (bancaire mutaties en debiteuren- en crediteurenposities)
 - o Betaalde lonen
 - o Onderhanden werk (opdrachten waarvoor nog geen factuur is verzonden)
 - o Fiscale verplichtingen
- Tot datum faillissement zijn de betreffende jaarrekeningen steeds tijdig gedeponneerd
- Verschillende verklaringen hebben bevestigd dat de administratie op orde was.²⁷⁷

²⁷² Rb. Oost-Brabant 17 augustus 2016, ECLI:NL:ROBR:2016:4350, r.o. 4.7.

²⁷³ Rb. Noord-Nederland 10 juni 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2805, r.o. 6.8.

²⁷⁴ Rb. Noord-Nederland 10 juni 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2805, r.o. 6.9.

²⁷⁵ Hof 's-Hertogenbosch 29 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1177, r.o. 4.8.3.4.

²⁷⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9858, r.o. 3.5 en 5.14.

²⁷⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9858, r.o. 5.12.

Deze verklaringen waren afkomstig van de boekhouder en een externe accountant. De boekhouder stelde dat in de administratie geen noemenswaardige achterstanden waren geconstateerd, alles steeds op orde is gehouden en geen correcties waren toegepast na de accountantscontrole. De externe accountant verklaarde dat de jaarrekening altijd op tijd was voorbereid, facturen volledig en correct waren ingevoerd en de afdracht van BTW en de omzetbelasting altijd op tijd was. Ook waren er volgens hem nooit achterstalligheden geconstateerd en was er altijd zowel een papieren als digitale administratie aanwezig.²⁷⁸

Als de jaarrekeningen die zijn vastgesteld voorzien zijn van een goedkeurende verklaring is de rechter meer geneigd te oordelen dat een behoorlijke administratie is gevoerd.²⁷⁹ In zijn overweging om te spreken over kennelijk onbehoorlijk bestuur is niet van belang of voldoende voortvarend en effectief te werk is gegaan om te beschikken over een goed werkend administratief systeem.²⁸⁰ Indien er sprake is van een moeder-dochter verhouding, brengt dit nog niet met zich mee dat ook voldoende inzicht moet worden gegeven in de administratie van de dochtermaatschappij.²⁸¹

Overschrijding van de publicatietermijn aanvaardbaar verklaard

Een overschrijding van de publicatietermijn van twaalf dagen wordt gezien als een onbelangrijk verzuim waarvoor geen verklaring hoeft te worden gegeven.²⁸² Een aanvaardbare verklaring voor een overschrijding van zesentwintig dagen kan liggen in het feit dat dit is gebeurd in het belang van de continuïteit van de onderneming. Dit belang kan liggen in het feit dat ten tijde van het verstrijken van de uiterste publicatiedatum nog een grote debiteurenvordering moest worden gewaardeerd en de hoogte van de voorraden nog moest worden vastgesteld. Onder deze omstandigheden ziet de rechter aanleiding te spreken van een bonafide instelling.²⁸³

De schending van de publicatieplicht kan niet als belangrijke oorzaak van het faillissement gelden, indien het verstrijken van de termijn ná de datum van het faillissement heeft plaatsgevonden. Als het al bijna zeker is dat de publicatieverplichting niet zal worden nageleefd, maar de termijn is nog niet verstreken, kan, gezien de ernstige gevolgen die vaststelling van kennelijk onbehoorlijk bestuur met zich meebrengen, niet van schending worden gesproken. Dit zou anders de rechtszekerheid schade toebrengen.²⁸⁴

5.3.2.2 Marktomstandigheden en financiële positie

Externe omstandigheden die een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn, liggen vaak in de kredietcrisis, teruglopende omzet wegens marktomstandigheden, weglappende klanten en soms persoonlijke omstandigheden. Ook speelt het gedrag van de bank mee, alsmede wat gedaan is om tegenwicht te bieden aan voorgaande omstandigheden.

²⁷⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9858, r.o. 5.15.

²⁷⁹ Rb. Oost-Brabant 30 maart 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:1431, r.o. 2.6.3.

²⁸⁰ Rb. Oost-Brabant 30 maart 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:1431, r.o. 2.7.7.2.

²⁸¹ Rb. Oost-Brabant 30 maart 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:1431, r.o. 2.6.3.

²⁸² HR 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0994 (concl. A-G. Asser in de zaak nr. 14990), NJ 1993, 713, par. 2.31.

²⁸³ Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:203, r.o. 5.7.

²⁸⁴ Hof 's-Hertogenbosch 29 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1177, r.o. 4.7.

Criterium kennelijk onbehoorlijk bestuur

Het strenge criterium uit het Panmo-arrest²⁸⁵, dat geen redelijk bestuurder onder dezelfde omstandigheden zo gehandeld zou hebben, komt terug in de uitspraken. Soms kunnen door het bestuur weliswaar slechte keuzes worden gemaakt, zoals een ondeugdelijke voorbereiding op een fusie en het onvoldoende inspelen op veranderingen in de markt, maar die omstandigheden leveren op zichzelf geen kennelijk onbehoorlijk bestuur op.²⁸⁶ Falend leiderschap en bestuurlijk onvermogen kunnen een neergang van een BV verklaren, maar is onvoldoende voor kennelijk onbehoorlijk bestuur, evenals dat het onvoldoende is dat achteraf kan worden geconstateerd dat het bestuur is tekortgeschoten in de uitoefening van zijn bestuurstaat.²⁸⁷ Ook onvoldoende voortvarend en effectief te werk gaan bij of prioriteit geven aan managementinformatie wil nog niet zeggen dat de taak kennelijk onbehoorlijk is vervuld en dat dit een oorzaak is van het faillissement.²⁸⁸

Kredietcrisis als oorzaak van een neerwaartse spiraal

De kredietcrisis kan een oorzaak zijn van slechte marktomstandigheden, waardoor de onderneming verliesgevend wordt en de hoop op betere tijden vervliegt.²⁸⁹ De crisis heeft bepaalde sectoren ernstig geraakt. Hierdoor kunnen afnemers of vooruitbetaalde leveranciers ook failliet gaan waardoor vorderingen op deze afnemers onvoldaan blijven. Ook kan het zo zijn dat de bank de financiering stopzet en het onmogelijk is de onderneming te verkopen. Deze omstandigheden heeft het hof Arnhem-Leeuwarden geschaard onder externe feiten en omstandigheden die het faillissement hebben veroorzaakt.²⁹⁰ Wat betreft het opzeggen van het krediet door de bank heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch in een uitspraak meegewogen dat sprake was van een niet financierbare onderneming waarbij de schuldenlast van de vennootschap aan verdere financiering in de weg stond. In deze casus was het daarom niet aan het kennelijk onbehoorlijk bestuur te wijten dat de kredietrelatie met de bank werd opgezegd.²⁹¹ Ook als voldoende maatregelen zijn genomen om de onderneming te redden kan het alsnog voorkomen dat de financiering door de bank wordt stopgezet, wat kan worden gezien als een andere omstandigheid die heeft geleid tot het faillissement.²⁹²

Ook de rechtbank Rotterdam heeft als een alternatieve oorzaak van het faillissement goedgekeurd dat opdrachten van klanten werden uitgesteld waardoor er een hoge schuld in relatie tot de inkomsten werd gegenereerd en andere crediteuren niet tijdig betaald konden worden.²⁹³ In het geval reëel perspectief op voortzetting van de bedrijfsactiviteiten ontbreekt, heeft het hof Amsterdam geoordeeld dat de onderneming mag worden verkocht en dat niet in plaats daarvan het faillissement moet worden aangevraagd, de belangen van de crediteuren in aanmerking genomen.²⁹⁴

²⁸⁵ HR 8 juni 2001, NJ 2001, 454.

²⁸⁶ Rb. Oost-Brabant 30 maart 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:1431, r.o. 2.7.5.

²⁸⁷ Rb. Oost-Brabant 30 maart 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:1431, r.o. 2.7.6.

²⁸⁸ Rb. Oost-Brabant 30 maart 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:1431, 2.7.7.2.

²⁸⁹ Rb. Den Haag 11 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4944, r.o. 4.5 en 4.15.

²⁹⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4357, r.o. 4.4 en 4.5.

²⁹¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4357, r.o. 4.4; Hof 's-Hertogenbosch 17 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1780, r.o. 10.2.2; Hof 's-Hertogenbosch 16 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3057, r.o. 7.5.4.

²⁹² Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4357, r.o. 4.5.

²⁹³ Rb. Rotterdam 17 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4517, r.o. 4.12.

²⁹⁴ Hof Amsterdam 21 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3033, r.o. 3.5.5.

Dat de onderneming van het begin af aan al slecht rendeerde, is onvoldoende om te kunnen stellen dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling.²⁹⁵ Slechte financiële vooruitzichten zijn dan ook niet voldoende om aan te nemen dat geen nieuwe verplichtingen meer mogen worden aangegaan, indien deze verplichtingen maatregelen inhouden om de onderneming te redden.²⁹⁶ Als duidelijk is dat de onderneming niet meer levensvatbaar is en er wordt kort daarna faillissement aangevraagd, kan de curator de bestuurder niet verwijten dat eerder faillissement had moeten worden aangevraagd.²⁹⁷

5.3.2.3 Voldoende maatregelen en andere voorbeelden

Als alles gedaan is om het faillissement te voorkomen of de onderneming in beter vaarwater te krijgen, kan dit meewegen in het oordeel van de rechter.

In het geval twee BV's zijn ondergebracht in een maatschap kan een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn dat het faillissement van de ene BV komt door het niet betalen van de huur van het pand door de andere BV.²⁹⁸ De Hoge Raad oordeelde dat de failliete BV geen zicht hoefde te hebben op de financiële positie van de andere BV die door zijn teruglopende omzet geen huur meer kon betalen. Daarbij woog mee dat de bestuurder het werk van de andere bestuurder wel in de gaten hield en hij die andere bestuurder op zijn werkhouding had aangesproken. Ook had de bestuurder de Orde van Advocaten ingeschakeld.²⁹⁹

Een ander voorbeeld van een actie die de bestuurder had genomen om maatregelen te nemen tegen de slechte vooruitzichten van de onderneming is het verkleinen van het winkelloppervlak waardoor de huur aanzienlijk werd verlaagd. De bestuurder was daarbij ook lid geworden van een retailorganisatie en had een internetverkoopafdeling gestart. Verder werden flyers verspreid en werden geen nieuwe medewerkers in dienst genomen. In plaats daarvan ging de bestuurder meer werken zonder daarvoor salaris te ontvangen. Deze feiten en omstandigheden zag de rechter in het voordeel van de aangesproken bestuurder.³⁰⁰ In dezelfde zaak heeft er ook een reorganisatie plaatsgevonden, is de huurovereenkomst opgezegd en is er een uitverkoop gestart. Ook zijn er ontslagvergunningen aangevraagd voor het personeel.³⁰¹ Een grote kostenreductie van bijna € 70.000,- op jaarbasis vindt de rechter ook een maatregel waaruit blijkt dat door de bestuurder voldoende actie is ondernomen.³⁰² Dit geldt tevens voor pogingen om de omzet te verhogen, de afzetmarkt de vergroten en te overleggen met crediteuren, verhuurders en kapitaalverstrekkers.³⁰³

Op zichzelf staande voorbeelden

Een dividenduitkering mag worden gedaan en is niet kennelijk onbehoorlijk bestuur, zolang de liquiditeiten hiervoor niet worden aangewend of de financiële basis van de onderneming onverantwoord verzwakt.³⁰⁴ Ook het onttrekken van geld aan de onderneming voor privé doeleinden is geoorloofd. De bestuurder mag dit doen zolang dit maar in verhouding staat

²⁹⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9858, r.o. 5.19.

²⁹⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4357, r.o. 4.10.

²⁹⁷ Hof 's-Hertogenbosch 29 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1177, r.o. 4.9.3.

²⁹⁸ HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233.

²⁹⁹ HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233, r.o. 3.5.2.

³⁰⁰ Rb. Den Haag 11 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4944, r.o. 4.5.

³⁰¹ Rb. Den Haag 11 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4944, r.o. 4.15.

³⁰² Hof 's-Hertogenbosch 29 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1177, r.o. 4.9.3.

³⁰³ Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4357, r.o. 4.10.

³⁰⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 20 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:302, r.o. 4.10.

tot waar de bestuurder recht op heeft, het bedrag niet bovenmatig hoog is en het niet een onverantwoord hoge schuld oplevert aan de onderneming.³⁰⁵

In het geval er structureel hoge kosten zijn in verband met de technisch ingewikkelde aard van de producten van de onderneming, waarbij inkomsten pas later kunnen worden verwacht, kan dit een ontzenuwing opleveren van het vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Dit geval en het daarbij ook nog wegvallen van werknemers die waardevolle kennis hebben meegenomen heeft de rechter dan ook benoemd als een belangrijke oorzaak van het faillissement.³⁰⁶

Afsluitend kan het voorkomen dat een bestuurder door gezondheidsredenen arbeidsongeschikt raakt, zoals in het geval van een levensbedreigende ziekte³⁰⁷ of een hartinfarct.³⁰⁸

5.4 Conclusie

Er zijn ongeveer evenveel uitspraken toegewezen als afgewezen op basis van de dertig meest recente uitspraken op grond van art. 2:248 BW. Bij ongeveer de helft van de uitspraken was er sprake van een schending van de administratie- of publicatieplicht. De rechter betreft in zijn oordeel alle omstandigheden die naar voren zijn gebracht. Hij acht vooral de bestuurder aansprakelijk die gehandeld heeft in strijd met het ondernemingsbelang door externe verplichtingen aan te gaan waarvan hij weet dat de financiële positie van de onderneming in gevaar wordt gebracht en dat de crediteuren worden benadeeld. Ook onvoldoende controle op medebestuurders of opvolgend bestuurders kan aansprakelijkheid opleveren, alsmede verwaarlozing van de bestuurstaak en het nemen van onverantwoorde risico's. De wet overtreden of het nalaten wantoestanden binnen de organisatie te verbeteren is sneller een omstandigheid die de bestuurder wordt aangerekend. Een slordige, onvolledige of ontbrekende administratie of jaarrekening levert onweerlegbaar kennelijk onbehoorlijk bestuur op, waardoor het aan de bestuurder is om aan te tonen dat een andere omstandigheid de oorzaak van het faillissement is. Van de zestien uitspraken waarin aansprakelijkheid is gevorderd op grond van art. 2:248 lid 2 BW is, na vaststelling dat de administratie- of publicatieplicht was geschonden, de bestuurder hierin in acht gevallen in geslaagd.³⁰⁹ Uitgebreide overlegde administratie, verklaringen van accountants en aanvaardbare verklaringen voor het te laat publiceren van de jaarrekening wegen hierbij ten voordele van de bestuurder mee. Een externe oorzaak van het faillissement kan liggen in de kredietcrisis met een teruglopende omzet tot gevolg. Een blote stelling dat hier sprake van was, is onvoldoende. De bestuurder dient daarbij aan te tonen dat voldoende maatregelen zijn getroffen om het faillissement te voorkomen met daarbij de belangen van de schuldeisers voorop gesteld. Zolang de financiële positie maar niet in het gedrang is gekomen en de bestuurder een bonafide instelling heeft.

³⁰⁵ Hof 's-Hertogenbosch 29 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1177, r.o. 4.9.2.

³⁰⁶ Hof Den Haag 24 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:602, r.o. 2.6 en 2.7.

³⁰⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4357, r.o. 4.5.

³⁰⁸ Rb. Den Haag 11 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4944, r.o. 4.5.

³⁰⁹ Zie bijlage 1.

Hoofdstuk 6: Conclusie en aanbevelingen

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal ik de centrale vraag beantwoorden en aanbevelingen doen aan de opdrachtgever. Het antwoord op de centrale vraag heeft vooral betrekking op de vraag wanneer de bestuurder aansprakelijk is en wat voor omstandigheden daarbij een rol spelen. Het advies volgt middels de aanbevelingen die uit het onderzoek kunnen worden afgeleid. Deze zijn gericht aan bestuurders van verenigingen die cliënt zijn bij advocatenkantoor SwitchLegal. De advocaten van SwitchLegal kunnen dit gebruiken in hun advies aan hun cliënten.

6.2 Conclusie

Wat kan advocatenkantoor SwitchLegal haar cliënten adviseren over de vraag wanneer een bestuurder van een vereniging aansprakelijk zal zijn voor onbehoorlijk bestuur na faillissement op grond van de verwachte invoering van art. 2:9c BW blijkens bronnen-, literatuur- en jurisprudentieonderzoek?

Uit dit onderzoek blijkt dat faillissementsaansprakelijkheid van een bestuurder verband houdt met de manier waarop de bestuurder zijn taken vervult. Hierbij zijn professionaliteit, zorgvuldigheid en verantwoordelijkheid de belangrijkste eigenschappen. Het Wetsvoorstel Bestuur en toezicht benadrukt het belang van een behoorlijke vervulling van deze bestuurstaken, door een wettelijke grondslag te geven om een raad van commissarissen in te voeren. Dit toezichtorgaan kan het bestuur op zijn taken controleren.

Het wetsvoorstel verplicht nu ook de bestuurder van een vereniging zich bij deze taken te richten naar het belang van de rechtspersoon. Zijn eigen belangen, familiale verhoudingen en de belangen van het personeel zijn hieraan ondergeschikt. Uit het literatuuronderzoek is gebleken dat dit belang van de rechtspersoon staat voor de continuïteit ervan. Het financiële beleid is hierbij essentieel en er moet dan ook gezorgd worden voor een deugdelijke administratie en het tijdig deponeren van de jaarrekening. Verwaarlozing van de bestuurstaak met de wetenschap dat schuldeisers hiervan de dupe worden, levert onbehoorlijk bestuur op jegens de rechtspersoon. Dit ernstig verwijtbaar gedrag kan een indicatie zijn voor kennelijk onbehoorlijk bestuur in geval van faillissement. Dit is van belang omdat door het wetsvoorstel de bestuurder van een vereniging straks makkelijker aansprakelijk kan worden gesteld voor het tekort in de faillissementsboedel. Dit kan de curator doen op grond van art. 2:9c BW, waaruit volgt dat de bestuurder aansprakelijk is als hij zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, waarvan aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. De rechter oordeelt of hier sprake van is door zich in te beelden of in dezelfde omstandigheden een redelijk denkend bestuurder ook zo gehandeld zou hebben, met daarbij alle omstandigheden in samenhang bezien. De schuldeisers van de rechtspersoon worden hierbij de belangrijkste positie toegekend: vooral het benadelen van crediteuren kan aansprakelijkheid met zich meebrengen. Dit is vaak het gevolg van belangrijke beslissingen die door een bestuurder zijn genomen waarbij op onverantwoorde wijze de financiële positie van de onderneming is geschaad. Zeker de wetenschap dat deze negatieve gevolgen zullen plaatsvinden is een zwaarwegende omstandigheid waarna aansprakelijkheid volgt. Na schending van de administratie- of publicatieplicht staat kennelijk onbehoorlijk bestuur direct vast, aangezien het een indicatie is dat de andere taken ook onbehoorlijk zijn vervuld. Ook uit het jurisprudentieonderzoek is

gebleken dat vooral de bestuurder aansprakelijk is die gehandeld heeft in strijd met het ondernemingsbelang door handelingen uit te voeren waarvan men weet dat de financiële positie van de onderneming in gevaar wordt gebracht. Benadeling van crediteuren komt na bestudering van dertig uitspraken terug als meest zwaarwegende element, waarvan bij een faillissement uiteindelijk altijd sprake is. Tevens acht de rechter de bestuurder onder meer aansprakelijk als de bestuurstaak is verwaarloosd, onverantwoorde risico's zijn genomen en onvoldoende maatregelen zijn genomen om het faillissement te voorkomen. Schending van de administratie- of publicatieplicht komt in de helft van de uitspraken voor, waarvan weer de helft de bestuurder erin is geslaagd een externe oorzaak van het faillissement aannemelijk te maken. Dit kan liggen in de kredietcrisis met een neerwaartse negatieve spiraal van de financiën tot gevolg. Zolang echter de financiële positie niet in het gedrang is gekomen, voldoende maatregelen zijn genomen en de bestuurder een bonafide instelling heeft, staat de bestuurder relatief veilig.

6.3 Aanbevelingen

Aan de advocaten van SwitchLegal wordt aanbevolen de cliënt te adviseren:

Instelling

- Professioneel, zorgvuldig, verantwoord en naar eer en geweten te handelen
- Niet onachtzaam, nalatig, onbezonnen, onverantwoordelijk en roekeloos te handelen

Algemeen

- Te beseffen dat het besturen van een vereniging verantwoordelijkheden met zich meebrengt net zoals dat geldt voor het besturen van een BV of NV of voor een werknemer
- Een gedragslijn op te stellen. Er dient in redelijkheid met elkaar om te worden gegaan.
- Belangen van iedereen die bij de vereniging is betrokken in acht te houden. Deze belangen mogen niet onnodig worden geschaad. Men kan denken aan de belangen van schuldeisers, leden, werknemers, donateurs en vrijwilligers. Dit kan bijvoorbeeld door een gemotiveerde houding aan te nemen bij de Algemene Ledenvergadering
- Alles te doen wat mogelijk is om de vereniging goed te laten functioneren
- Te zorgen voor een goede inwendige structuur
- Wanbeleid binnen de organisatie aan te pakken
- De belangen van de vereniging en de schuldeisers bovengeschild te maken aan de eigen privé belangen
- Voldoende tijd te steken in de bestuursfunctie
- Op de hoogte te blijven van alle ontwikkelingen in de vereniging, zodat besluiten met alle nodige kennis kunnen worden genomen
- Het plegen van fraude en het overtreden van regels te allen tijde na te laten

Statuten

- De statuten vast te leggen in een notariële akte;
- De statuten na te leven en in deze statuten op te nemen:
 - Een duidelijke omschrijving van het doel van de vereniging en haar activiteiten
 - Welke concrete handelingen onder de bestuurstaak vallen
 - Een goede en uitgebreide taakverdeling
 - Duidelijke richtlijnen voor het bestuur

Administratie

- Een deugdelijke administratie te houden
- Te werken met professionele systemen en systematische archivering
- De administratie beschikbaar, leesbaar en toegankelijk te houden. Een redelijk inzicht is onvoldoende en de administratie dient bijgewerkt te zijn
- Financiële transacties volledig weer te geven zodat deze op betrouwbaarheid kunnen worden gecontroleerd. Duidelijk moet zijn hoe hier controle op plaatsvindt.
- Deze zeven jaar te bewaren
- Hierin in elk geval op te nemen:
 - Balans, winst- en verliesrekening, staat van baten en lasten, grootboeken (bancaire mutaties en debiteuren- en crediteurenposities), betaalde lonen, opdrachten waarvoor nog geen factuur is verzonden en fiscale verplichtingen en lasten
- Bij een faillissement de curator zo snel mogelijk alle administratie te overleggen of mede te delen waar en hoe het kan worden gevonden
- De administratie van goedkeurende (eventueel externe) accountantsverklaringen te voorzien

Jaarrekening

- De jaarrekening te voorzien van een goedkeurende verklaring van een accountant
- De algemene ledenvergadering bijeen te roepen om de jaarrekening vast te stellen
- In geval van een procedure een aanvaardbare verklaring te geven voor het overschrijden van de publicatietermijn
- Geen voorlopige jaarrekening aan de curator te overleggen maar een definitieve
- Dat de jaarrekening wel enkele dagen te laat mag worden gepubliceerd, maar niet langer
- Dat het de verantwoordelijkheid blijft van de bestuurder de jaarrekening op tijd te publiceren en dat de accountant hier niet de schuld van kan worden gegeven
- De jaarrekening uiterlijk binnen 10 maanden na afloop van het boekjaar te publiceren en ter inzage te leggen aan de leden
- Alle schulden te verantwoorden in de jaarrekening

Bestuurders onderling

- In het bestuur elkaar zo veel mogelijk te controleren, zeker als het gaat om financiële verplichtingen zoals het afsluiten van contracten. Laat het financieel beheer of de vertegenwoordiging naar buiten toe dan ook niet over aan één enkele bestuurder; ook voor het onbehoorlijk bestuur van een medebestuurder kan iedere bestuurder aansprakelijk zijn.
- Bij constatering van taakverzuim van een medebestuurder die bestuurder aan te spreken op zijn werkhouding en alle nodige maatregelen te treffen om de negatieve gevolgen hiervan af te wenden
- Ongeschikte bestuurders niet de vrijheid te geven grote financiële beslissingen te nemen
- Elkaar te betrekken in de besluitvorming
- Opvolgende bestuurders te onderzoeken op hun betrouwbaarheid, integriteit en hun intentie met betrekking tot de vereniging

Financiën

- Contractpartners te onderzoeken op kredietwaardigheid
- Te zorgen voor een degelijk financieel beleid
- Risico's die de continuïteit van de onderneming in gevaar kunnen brengen te vermijden
- Altijd in gedachte te houden of schuldeisers benadeeld kunnen worden
- Geen investeringen te doen of kredieten te verlenen als de financiën dat niet toelaten en hier voldoende onderzoek naar te doen
- Alle openstaande vorderingen op tijd te voldoen
- Duidelijke afspraken te maken over de omgang met kasgelden
- Bij de overname van het penningmeesterschap onvolkomenheden in de administratie meteen te melden bij het bestuur of de raad van commissarissen
- Bij dreiging van een faillissement zelf op tijd faillissement aan te vragen; dit getuigt dat rekening wordt gehouden met de schuldeisers
- Geen verplichtingen aan te gaan als duidelijk is dat deze verplichtingen niet kunnen worden nagekomen en dat voor schade geen verhaal kan worden geboden
- Een gesignaleerde beleidsfout direct te verbeteren zodat deze niet vaker voorkomt
- Beslissingen goed voor te bereiden
- Bij onvoldoende kennis van financiële besluiten deskundige voorlichting te verzamelen
- Premie- en belastingschulden op tijd te betalen
- Bij een faillissement voldoende aandacht te besteden aan de afwikkeling van de dienstverbanden door op tijd ontslagvergunningen aan te vragen
- Geen dividend uit te keren als hierdoor schuldeisers niet meer betaald kunnen worden; dit geldt vooral voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij
- Voldoende tegenwicht te bieden aan omstandigheden die een slechte financiële positie veroorzaken
- Adviezen van de raadsman en de accountant op te volgen die gaan over het verbeteren van de financiële toestand of administratie
- Een goede relatie te onderhouden met eventuele kredietverstrekkers
- Indien de vereniging er financieel slecht voor staat, alle nodige maatregelen nemen te om de kosten te drukken om een faillissement te voorkomen
- Indien de kredietcrisis een oorzaak is van het faillissement, in een rechtszaak duidelijk aan te geven hoe dit het faillissement heeft veroorzaakt

Verantwoording

- Verantwoording af te leggen aan de algemene ledenvergadering en haar alle inlichtingen en bescheiden te verschaffen
- Een raad van commissarissen in te stellen die toezicht houdt op het bestuur
- De raad van commissarissen met regelmaat op de hoogte te houden van het algemene bestuursbeleid en de belangrijke beslissingen
- Zowel in het bestuur als in de raad van commissarissen iemand op te nemen die verstand heeft van boekhouden; zo kunnen onregelmatigheden worden voorkomen of eerder worden gesignaleerd en kunnen de kosten van een aangestelde accountant beperkt blijven

Literatuurlijst

Asser/Rensen 2-III* 2012

G.J.C. Rensen, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III*. Overige rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 2012 (online).

Asser/Van Solinge en Nieuwe Weme 2-II* 2009

G. van Solinge en M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel II*. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009 (online).

Assink 2007

B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware* (diss. Universiteit van Rotterdam), Deventer: Kluwer 2007.

Bartman e.a., MvO 2016, afl. 10-11, p. 228-230

S.M. Bartman e.a., 'Enkele kanttekeningen bij het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen' *MvO* 2016, afl. 10-11, p. 228-230.

Bohn Stafleu Van Loghum, Zorg en Financiering 2012, vol. 11, afl. 7, p. 75-76

Bohn Stafleu Van Loghum, 'Huisartsenvereniging LHV stevent af op faillissement', *Zorg en Financiering* 2012, volume 11, afl. 7, p. 75-76.

De Groot 2014

H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer, 2014.

Dijk en Van der Ploeg 2013

P.L. Dijk en T.J. van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2013.

Eshuis e.a. 2001

R.J.J. Eshuis e.a., *Het aansprakelijk stellen van bestuurders* (onderzoek van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum en de Erasmus Universiteit Rotterdam), 2001.

Harmsen, Tvl 2014/27

C.M. Harmsen, 'Vonnis inzake Landis: een stap vooruit op het gebied van de administratieplicht', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2014, afl. 4.

J.B. Huizink, in: GS Rechtspersonen

J.B. Huizink, 'Commentaar op BW', in: J.B. Huizink (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer (online).

Huizink 2016

J.B. Huizink, *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming*, Deventer: Kluwer 2016.

Kollen 2007

F.C. Kollen, *De vereniging in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2007.

Kluiver, *NJB* 2017/839

H. de Kluiver, 'Kroniek van het ondernemingsrecht', *NJB* 2017, afl. 15, p. 1060.

Lennarts, in: *T&C* 2016

M.L. Lennarts, 'Commentaar op BW', in: C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk en H.B. Krans (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2016 (online).

Müller, *Bb* 2016/21

J. Müller, 'Wet bestuur en toezicht rechtspersonen — een overzicht' *Bb* 2016, afl. 21, p. 236.

Rensen, in: *T&C* 2017

G.J.C. Rensen, 'Commentaar op BW', in: C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk en H.B. Krans (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2017 (online).

Renssen, *JBN* 2015/29

S. Renssen, 'Het toekomstige aansprakelijkheidsregime voor bestuurders en toezichthouders van stichtingen en verenigingen ingevolge de wet Bestuur en Toezicht Rechtspersonen', *JBN* 2015, afl. 6, p. 8-11.

Sanders 2012

P. Sanders e.a., *BV en NV* (Serie Recht en Praktijk deel 23), Deventer: Kluwer 1994.

Schild, *WPNR* 2015, afl. 7087, p. 1046-1056

A.J.P. Schild, 'Ontwikkelingen bestuurdersaansprakelijkheid: een overzicht', *WPNR* 2015, afl. 7087, p. 1046-1056.

Schild, *WPNR* 2014, afl. 7011, p. 270-274

A.J.P. Schild, 'Het nieuwe art. 2:9 BW, uitgelegd voor gewone bestuurders', *WPNR* 2014, afl. 7011, p. 270-274.

Schild, *Bb* 2007/16

A.J.P. Schild, 'Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:248 lid 2 BW', *Bb* 2007, afl. 7.

Slagter 2013

W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Van Schilfgaarde 1986

P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen: commentaar op de tweede en de derde misbruikwet*, Deventer: Kluwer 1986.

Van Zanten en Assink, *TvI* 2008/4

T.T. van Zanten en B.F. Assink, 'Art. 2:9 BW in faillissement: tijd voor herwaardering!', *TvI* 2008, afl. 25, p. 165-167.

Verstijlen, *NJB* 2013/551

F.M.J. Verstijlen, 'Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid', *NJB* 2013, afl. 11.

Hoge Raad

- HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:530.
- HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2932.
- HR 4 april 2014, ECLI:NL:PHR:2013:1826.
- HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:153, *NJ* 2014/177.
- HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1079, *NJ* 2014/7.
- HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189, *NJ* 2013/401.
- HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959.
- HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773.
- HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758.
- HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916.
- HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6017.
- HR 6 februari 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO3045.
- HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4804.
- HR 8 juni 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AB2053.
- HR 30 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC238.
- HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243.
- HR 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0994.
- HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521.
- HR 15 juli 1968, ECLI:NL:HR:1968:AC4232.
- HR 21 januari 1955, ECLI:NL:HR:1955:AG2033.

Gerechtshoven

- Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2016
- Hof Den Haag 26 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2197
- Hof Den Haag 24 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:602
- Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:203
- Hof Amsterdam 12 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX1192
- Hof Leeuwarden 3 april 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW0725

Rechtbanken

- Rb. Den Haag 28 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:16211.
- Rb. Oost-Brabant 30 maart 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:143 *RO* 2016/45.
- Rb Rotterdam 17 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9352.
- Rechtbank Overijssel 3 juni 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:2947.
- Rb. Den Haag 8 januari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:9310.
- Rb. Noord-Nederland 3 maart 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ6198.
- Rb. Breda 25 juli 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BX2984.
- Rb. Utrecht 5 december 2001, *JOR* 2002, 52.
- Rb. Maastricht 19 januari 1995, ECLI:NL:RBMAA:1995:AD2285.

1. Hof 's-Hertogenbosch 18 april 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1777.
2. HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:530.
3. Rb. Den Haag 28 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:16211.
4. Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9858.
5. Rb. Rotterdam 9 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8662.
6. Hof Arnhem-Leeuwarden 27 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7752.
7. HR 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2172.
8. Rb. Oost-Brabant 17 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4350.
9. Rb. Den Haag 3 augustus 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:9089.
10. Hof 's-Hertogenbosch 26 juli 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:3235.
11. Rb. Den Haag 11 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4944.
12. Rb. Den Haag 28 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8601.
13. Rb. Oost-Brabant 30 maart 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:1431.
14. Hof 's-Hertogenbosch 29 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1177.
15. HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233.
16. Rb. Midden-Nederland 25 november 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8110.
17. Hof Amsterdam 21 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3033.
18. Rb. Rotterdam 17 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4517.
19. Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4357.
20. Rb. Noord-Nederland 10 juni 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2805.
21. Hof Den Haag 9 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3821.
22. Rechtbank Overijssel 3 juni 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:2947.
23. Hof Den Haag 26 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2197.
24. Rb. Noord-Holland 25 maart 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:2480.
25. Hof Den Haag 24 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:602.
26. HR 6 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:522.
27. Hof Arnhem-Leeuwarden 20 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:302.
28. Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:203.
29. Hof 's-Hertogenbosch 17 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1780.
30. Hof Amsterdam 27 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2015.

Bijlage 1: Jurisprudentietabel

	Aansprakelijk o.g.v. art. 2:248 BW	Schending art. 2:10 BW/2:394 BW	Succesvolle ontzenuwing	Subsidiaire vordering art. 2:9 BW/6:162 BW
1	Ja	art. 2:10 BW	Nee	Beide
2	Ja	-		-
3	Ja	-		Beide
4	Nee	art. 2:10 BW	Ja	-
5	Ja	-		Beide
6	Ja	art. 2:10 BW	Nee	Beide
7	Ja	-		art. 6:162 BW
8	Ja	-		-
9	Ja	-		Beide
10	Ja	2:394	Nee	art. 6:162 BW
11	Nee	2:394	Ja	-
12	Ja	Beide	Nee	Beide
13	Nee	2:394	Ja	Beide
14	Nee	2:394	Ja	art. 6:162 BW
15	Nee	-		art. 6:162 BW
16	Ja	-		art. 2:9 BW
17	Nee			Beide
18	Nee	art. 2:10 BW	Ja	art. 6:162 BW
19	Nee	art. 2:10 BW	Ja	art. 6:162 BW
20	Ja	-		art. 2:9 BW
21	Ja	-		-
22	Ja	art. 2:10 BW	Nee	Beide
23	Ja	-		art. 2:9 BW
24	Ja	Beide	Nee	-
25	Nee	2:394	Ja	Beide
26	Ja	2:394	Nee	-
27	Nee	-	Ja	art. 6:162 BW
28	Nee	2:394	Ja	-
29	Nee	-	Ja	art. 6:162 BW
30	Ja	art. 2:10 BW	Nee	Beide

Deze bijlage geeft weer:

- **Aansprakelijkheid Ja of Nee o.g.v. art. 2:248 BW**
- **Onderwerpen van de uitspraken**
- **Overwegingen van de rechter**

1. Schending boekhoudplicht 2:10 / Onbetaalde facturen door BV

Ja

- Bestuurder had curator moeten informeren over toegang tot administratie
 - Ontzenuwing: lag aan crediteuren die niet betaalden
 - Onbetaalde vorderingen van onderneming was juist oorzaak faillissement
-

2. Schuld aflossen aan bank i.p.v. Belastingdienst

Ja

- Ja: niet betalen belasting hoeft niet structureel te zijn om te spreken van KOB
 - Nee: bestuurder hoefde Belastingdienst niet zelf op de hoogte stellen dat schuld automatisch werd verrekend door bank
 - Ja: curator was bevoegd tot voldoening belasting, maar dat sluit niet uit dat het aan kennelijk onbehoorlijk bestuur van belanghebbende is te wijten dat de curator de loon- en omzetbelasting over de maand november 2008 niet heeft betaald
-

3. Hoge leningen verstrekken

Ja

- Onverantwoord gehandeld door hoge leningen te verstrekken waarvoor geen financiële middelen waren
-

4. Schending boekhoudplicht 2:10

Nee

- Voldoende aannemelijk gemaakt dat administratie wel deugde
-

5. Overdragen BV aan malafide bestuurder

Ja

- Bestuurstaak veronachtzaamd door onvoldoende onderzoek te doen naar opvolgend bestuurder
-

6. Schending boekhoudplicht 2:10

Ja

- Ontzenuwing: misbruik anderen, persoonlijke omstandigheden en hulp van boekhoudkundigen
 - Nauwelijks administratie aangetroffen en ondanks herhaalde verzoeken geen administratie overlegd
 - Niet met werkzaamheden bemoeien en vertrouwen op zoon en boekhouder is een onzorgvuldige gedragslijn
-

7. 244.000 aan problematische debiteuren

Ja

- Liquiditeitspositie aangetast door dividenduitkering ten koste van crediteuren en onderneming
-

8. Paardenvleesaffaire

Ja

- Europese voorschriften bewust overtreden. Bestuurder had moeten weten dat ontdekking desastreuze gevolgen zou hebben voor onderneming

9. Te lang voort laten bestaan van onderneming in nood

Ja

- Ondanks adviezen personeelsbestand niet ingekrimpt en schulden laten oplopen

10. Schending publicatieplicht 2:394 / overdragen BV aan malafide bestuurder

Ja

- Aanzienlijke overschrijding termijn
- Ontzenuwing: opvolgend bestuurder was malafide
- Onvoldoende onderzoek gedaan naar opvolgend bestuurder

11. Schending publicatieplicht 2:394

Nee

- Voorlopige jaarrekening betekent niet voldaan aan verplichting
- Ontzenuwing: voldoende gedaan om einde BV te voorkomen
- Externe oorzaken goedgekeurd

12. 2:10 / 2:394 / handelen van medebestuurder

Ja

- Substantiële documenten ontbraken, niet voldaan aan bewaarplicht door vernietiging
- Medebestuurder moest door bestuurder gecontroleerd worden, niet al het mogelijke gedaan om te voorkomen

13. 2:394

Nee

- Jaarrekeningen van goedkeurende verklaring voorzien
- niet voldoende voortvarend of effectief te werk gaan / falend leiderschap / bestuurlijk onvermogen verklaring voor neergang BV maar onvoldoende voor KOB

14. 2:394 verstrijken termijn / privé uitgaven

Nee

- Termijn was nog niet verstreken, dat toen al duidelijk was dat niet voldaan kon worden aan verplichting is onvoldoende voor schending
- Zeer snel na faillissement overlegd
- Privé opnames niet bovenmatig en grote schulden veroorzakend

15. Onbetaalde huurpenningen / toezicht op andere BV

Nee

- Enkele omstandigheid van zicht op financiële situatie andere BV wil nog niet zeggen dat bestuurder attent moest zijn op teruglopende omzet andere BV
- Ook orde advocaten ingelicht

16. 2:9

Ja

- Niet rekening gehouden met schuldeisers door ondanks voortdurende liquiditeitskrapte verhaalsobjecten in bezit te krijgen en niet kredietverstrekkers af te lossen

17. Afsluiten activaovereenkomst in plaats van aanvragen faillissement

Nee

- Er was sprake van een schuld bij de bank die ten tijde van het faillissement hoger was dan ten tijde van het sluiten van de activaovereenkomst. Ook bestond de belastingschuld al langer. Er was geen reëel perspectief op voortzetting van de bedrijfsactiviteiten. Sluiten ovk was ook in belang van crediteuren.

18. 2:10

Nee

- Alternatieve oorzaak: grote schulden in verhouding tot inkomsten, uitstel van opdrachten van grootste opdrachtgevers, hierdoor konden crediteuren niet betaald worden
-

19. 2:10

Nee

- Externe omstandigheden, crisis, arbeidsongeschiktheid, afnemers failliet, concurrentie, maatregelen genomen
-

20. Vernietigend rapport over zorgcentrum

Ja

- Verwaarlozing en geen maatregelen genomen
 - Hierdoor financieel schade, gevolgen voor vermogens- en liquiditeitspositie en benadeling schuldeisers
-

21. Adagiebesluit ondanks dreigende liquiditeitskrapte

Ja

- Nagelaten om tijdig adequate maatregelen te nemen met het oog op de gewijzigde marktomstandigheden
-

22. 2:10

Ja

- Niet of nauwelijks bijgehouden administratie, grote verschillen tussen debiteuren en crediteurenstand
 - Niet bijhouden leidt tot lastig inzichtelijk maken van vorderingen op debiteuren. Nagelaten actie tegen deze debiteuren te nemen
-

23. Ondanks slechte financiële positie toch evenement organiseren

Ja

- Bestuurder moest feitelijke en financiële haalbaarheid van conferentie onderzoeken of er voldoende betalende deelnemers zouden zijn
 - Behoorde te begrijpen dat niet zou kunnen worden nagekomen
-

24. 2:10 en 2:394

Ja

- Onvoldoende andere oorzaken (faillissement van klant, opzeggen kredietrelatie, crisis)
 - Bestuurder had inzichtelijk moeten maken hoeveel werk is kwijtgeraakt door faillissement klant en welke vorderingen het had
-

25. 2:394

Nee

- Zeer aanzienlijke overschrijding: 6 maanden is geen onbelangrijk verzuim
- Andere oorzaken faillissement: hoge vaste kostenniveau van de vennootschap en vertrek van werknemers met belangrijke knowhow

26. 2:394

Ja

- Niet alle mogelijke maatregelen genomen om de solvabiliteitspositie van de BV te verbeteren en ervoor te zorgen dat de onderneming over voldoende liquide middelen bleef beschikken
-

27. Dividenduitkering terwijl liquiditeit dat niet toestond

Nee

- Liquiditeiten voor dividend niet aangewend en liquiditeitspositie niet aangetast of financiële basis onverantwoord verzwakt
-

28. 2:394

Nee

- Onbelangrijk verzuim; aanvaardbare Verklaring voor te late openbaarmaking: er diende nog een grote debiteurenvordering te worden gewaardeerd, waarvan onduidelijk was wat de waarde was. Debiteuren en hoogte voorraden moeten nog worden vastgesteld en dit had gevolgen voor continuïteit onderneming
-

29. Opzegging krediet door bank

Nee

- Onvoldoende aannemelijk dat het niet tijdig verstrekken van cijfers oorzaak is van opzegging kredietrelatie. Schuldenlast van BV was oorzaak van stoppen financiering
-

30. 2:10

Ja

- Zie uitspraak voor opsomming wat niet deugde aan de administratie