

### Preambule

Deze beleidsregel geeft antwoord op de vraag of een bestuurder van een stichting of een vereniging privé financieel aansprakelijk kan worden gesteld als hij in zijn functie fouten maakt. En zo ja, is het gemeentebestuur van Vlissingen vervolgens bereid die bestuurder te vrijwaren van de gevolgen daarvan. Het is gewenst over dit onderwerp een vaste gedragslijn te volgen. Daartoe is de volgende beleidsregel vastgesteld.

### Artikel 1. Rechtspersoonlijkheid

1. Een stichting (of een vereniging) heeft op grond van het Burgerlijk Wetboek (verder: BW) rechtspersoonlijkheid. Het zijn van rechtspersoon betekent dat de stichting als zelfstandige grootheid, als 'persoon' in het rechtsverkeer optreedt. Handelingen van haar organen, waaronder met name het bestuur, gebeuren dan ook in naam van de stichting en gelden als gedragingen van die stichting.
2. Dit betekent in het normale geval dat, wanneer die handelingen (of dat nalaten) onjuist zijn en daardoor schade ontstaat bij de stichting zelf of bij derden, die schade voor rekening komt van de stichting en niet van de bestuursleden die feitelijk de fouten hebben gemaakt. De wettelijke basis voor dit beginsel is artikel 5 boek 2 BW : "Een rechtspersoon staat wat het vermogensrecht betreft, met een natuurlijk persoon gelijk, ...."

### Artikel 2. Uitzonderingen

Hoofddregel is dat een bestuurder niet privé aansprakelijk is voor de financiële gevolgen van zijn bestuurlijk handelen. Op die regel bestaat echter een aantal uitzonderingen. Er kunnen zich gevallen voordoen waarin een bestuurslid persoonlijk aansprakelijk is jegens:

- a. de stichting waarvan hij bestuurder is;
- b. de boedel, bij faillissement;
- c. de fiscus, bedrijfsverenigingen enz.;
- d. overige derden.

Bij a t/m c is het criterium of de bestuurder zijn taak al dan niet 'behoorlijk' heeft vervuld en bij d of er sprake is van onrechtmatigheid in de zin van artikel 6:162 BW.

### Artikel 3. De interne aansprakelijkheid

1. Artikel 9 boek 2 BW bepaalt: "Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak..." Deze gehoudenheid impliceert dat de bestuurder bij niet-behoorlijke taakvervulling wanprestatie pleegt jegens de rechtspersoon en uit dien hoofde door de rechtspersoon aansprakelijk kan worden gesteld voor eventueel daaruit voortvloeiende schade.
2. Het begrip 'behoorlijke taakvervulling' is niet synoniem aan adequate taakvervulling. Een bestuurder kan naar beste eer en geweten beslissingen nemen waarvan achteraf blijkt dat ze faliekant verkeerd uitpakken en negatieve gevolgen hebben voor de rechtspersoon. Een bestuurder kan soms gedwongen zijn onder tijdsdruk een snelle beslissing te nemen, zonder voldoende gelegenheid te hebben de voors en tegens zorgvuldig af te wegen. Men kan verkeerde inschattingen maken. Men kan door ingewikkeldheid van regelgeving het spoor bijster raken. Goed bedoelende individuele bestuurders zijn maar mensen en kunnen fouten maken. In al deze gevallen is geen sprake van onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 9 boek 2 BW. Wil deze kwalificatie van toepassing zijn, dan zal op zijn minst een element van verwijtbaarheid

aanwezig moeten zijn. Het moet gaan om ernstig plichtsverzuim van een bestuurder. Duidelijke voorbeelden zijn fraude, financieel wanbeheer of grove verwaarlozing van de bestuurstaak. Er zijn echter ook minder krasse gevallen, waarbij een bestuurder toch in de gevarenzone van persoonlijke aansprakelijkheid kan komen.

#### Artikel 4. Faillissement

1. Indien een rechtspersoon in betalingsmoeilijkheden komt te verkeren is het de rechtspersoon die uiteindelijk failliet zal gaan, of met invorderingsmaatregelen wordt geconfronteerd, niet de individuele bestuurder.
2. Om misbruik van de rechtspersoonsconstructie tegen te gaan heeft de wetgever ook hier uitzonderingen op de hoofdregel tot stand gebracht. Artikel 138 boek 2 BW bepaalt dat in geval van faillissement van een naamloze vennootschap de bestuurders persoonlijk en hoofdelijk (dat wil zeggen ieder voor het geheel) aansprakelijk zijn voor de na afwikkeling van het faillissement resterende schulden, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement (zogenaamde Derde anti-misbruikwet).
3. De bewijslast voor de aanwezigheid van kennelijk onbehoorlijk bestuur ligt bij de schuldeisers (te weten de curator in het faillissement). Deze bewijslast wordt echter omgekeerd als het bestuur de jaarstukken niet tijdig heeft opgemaakt, geen behoorlijke administratie heeft gevoerd of de jaarrekening niet heeft gepubliceerd (artikel 2:138, tweede lid). Bestuurders aan wie niets te verwijten valt kunnen vrijuit gaan, maar de bewijslast terzake van de niet-verwijtbaarheid rust op hen (derde lid).
4. In de artikelen 50a en 300a boek 2 BW wordt deze regeling op overeenkomstige wijze van toepassing verklaard op (o.m.) stichtingen die aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen. Dit is het geval wanneer de stichting activiteiten ontplooit die concurreren met commerciële ondernemingen.
5. De term onbehoorlijk bestuur duidt weer op een bepaalde mate van verwijtbaarheid en op ernstig tekortschieten. Het moet gaan om handelen of nalaten waartoe een redelijk handelend bestuurder met de voor deze rechtspersoon vereiste bekwaamheid in de gegeven omstandigheden nooit had kunnen komen. Met de toevoeging van het woord 'kennelijk' geeft de wetgever aan dat het om evidente onbehoorlijkheid moet gaan. Het prototype hiervan is het opzettelijk misbruik maken van de rechtspersoonsvorm door de rechtspersoon failliet te laten gaan, na deze eerst te hebben 'leeggehaald', waardoor de schuldeisers van de rechtspersoon worden gedupeerd.

#### Artikel 5. De fiscus

1. Een vergelijkbare regeling buiten faillissement is gecreëerd bij de zogeheten tweede anti-misbruikwetgeving. Hier gaat het alleen om de fiscus, bedrijfsverenigingen en pensioenfondsen als schuldeisers.
2. De bewijslast voor de aanwezigheid van kennelijk onbehoorlijk bestuur als oorzaak van het niet betalen van belasting en premies door de rechtspersoon rust op de schuldeisers, tenzij de bestuurders niet tijdig en correct melding hebben gemaakt van de betalingsonmacht bij het bevoegde uitvoeringsorgaan.
3. Deze tweede anti-misbruikwetgeving is neergelegd in onder meer de Coördinatiewet Sociale Verzekering (art. 16d) en de Invorderingswet 1990 (art. 36). Ook hier geldt dat deze wetgeving slechts van toepassing is voor zover een bestuur commerciële activiteiten ontwikkelt, of daarmee in concurrentie treedt.

#### Artikel 6. Overige derden

Een bestuurder kan privé aansprakelijk zijn tegenover derden met wie hij namens de stichting zaken doet. Dit doet zich voor als zijn handelwijze zo onzorgvuldig is tegenover de derde, dat

het handelen van de bestuurder als onrechtmatige daad moet worden gekwalificeerd. De derde zal dan naast de stichting ook de bestuurder persoonlijk kunnen aanspreken op basis van artikel 6:162 BW. In de jurisprudentie treft men deze gevallen vooral aan met betrekking tot situaties, dat een bestuurder met een derde een overeenkomst heeft gesloten in de wetenschap, dat de rechtspersoon nimmer in staat zou zijn die na te komen.

#### Artikel 7. Het risico voor de bonafide bestuurder

1. Het voorgaande overziend zou men de vraag kunnen stellen of de privé aansprakelijkheid van bestuurders bij de stichting nu eigenlijk wel zo'n groot probleem vormt. De vraag is of er nog een middengebied bestaat waar ook bonafide bestuurders die zich naar beste vermogen inspanssen, toch een risico lopen in hun privé-vermogen te worden aangesproken. Deze vraag is van praktisch belang, omdat het hiervan afhankelijk is of men zich al dan niet tegen persoonlijke aansprakelijkheid zou moeten verzekeren. Naar onze mening is zo'n middengebied er inderdaad. Wij geven enkele voorbeelden van gevallen die ons inziens in dat gebied zijn te situeren.
2. Voorzitter en secretaris tekenen een door de directeur opgestelde brief die hen aan het eind van de bestuursvergadering wordt aangereikt. Door tijdgebrek of omdat zij niet voor wantrouwend willen doorgaan, tekenen zij de brief zonder deze eerst te lezen, daarbij afgaand op de summiere toelichting van de opsteller. Of zij lezen de brief wel alvorens te tekenen, maar kunnen zich op dat moment de zaak waar de brief over gaat niet meer scherp voor de geest halen. Dit is een situatie die in de praktijk ook bij gewetensvolle bestuurders wel voorkomt. Indien de brief nu ernstige fouten bevat die tot schade leiden, is het zeker niet uitgesloten dat de rechter zal oordelen dat zij hun bestuurlijke verantwoordelijkheid althans op dit punt hebben verwaarloosd, zodat sprake is van niet-behoorlijk bestuur. Met het gevolg dat voorzitter en secretaris in hun privé-vermogen aansprakelijk zijn voor de schade.
3. De leden van het bestuur van de stichting vormen een goed op elkaar ingespeeld team, dat met veel hart voor de zaak de stichting bestuurt, zulks in voortreffelijke samenwerking met de directeur. Omdat de verhoudingen zo goed zijn worden de statuten van de stichting vrijwel nooit ingezien. "Statuten hoef je alleen uit de kast te halen als er moeilijkheden zijn" zo redeneert men. En "wij houden er niet van zo formeel met elkaar om te gaan". Voor menig bestuurder een herkenbare situatie. Later ontstaat door welke oorzaak dan ook het een of andere probleem waarbij deze houding zich wrekt. De rechtspersoon lijdt schade. Bij onderzoek blijkt dat de bestuursbesluiten die tot het probleem hebben geleid in strijd met de statuten zijn genomen. Ook hier moet er rekening mee worden gehouden dat de rechter onbehoorlijk bestuur zal aannemen en de betrokken bestuurders aansprakelijk zal houden.
4. Een al jarenlang in functie zijnde penningmeester blijkt sedert lange tijd fraude te hebben gepleegd, waardoor de stichting ernstig is benadeeld. Bij onderzoek blijkt dat de penningmeester nooit serieus is gecontroleerd door zijn medebestuurders. Hij was de enige die verstand had van financiële zaken en gezien zijn lange staat van dienst vertrouwde men hem blindelings. Alle bestuursleden worden hoofdelijk aansprakelijk gesteld, wederom op basis van de collegiale verantwoordelijkheid van het bestuur.

#### Artikel 8. Onbehoorlijk bestuur

1. Wat is precies de juridische betekenis van de term 'onbehoorlijk bestuur'? Die vraag is, vooral waar het gaat om het hiervoor bedoelde 'middengebied', niet gemakkelijk te beantwoorden. De wetgever heeft bewust deze vage term gebruikt met de bedoeling dat de rechtspraak die zou invullen. Dergelijke jurisprudentie is er echter tot op heden nauwelijks.
2. In de literatuur betreffende het onderwerp worden wel pogingen gedaan dit begrip enigszins in te vullen. Zo wordt wel opgemerkt dat de bestuurder niet alleen een

inspanningsverplichting heeft het statutaire doel van de rechtspersoon te dienen, maar ook dat hij ervoor dient in te staan dat hij over de bekwaamheden beschikt die van hem als bestuurder worden verwacht. Bij het laatste past de kanttekening dat die verwachting bij een vrijetijdsbestuurder van een stichting uiteraard minder hoog wordt gesteld dan bij een professionele bestuurder van een vennootschap.

3. Naar mate de stichting groter in omvang wordt en meer risicodragend wordt (vergelijk het slot van punt 4) is te voorzien dat ook aan de bestuurders van de stichting hogere eisen worden gesteld. Zij zullen onder meer in staat moeten zijn datgene wat door een directeur of administratie wordt aangereikt kritisch te beoordelen. Op dit punt zijn de voorzitter en secretaris in het tweede onder 7 genoemde voorbeeld tekort geschoten.
4. Vervolgens wordt opgemerkt dat men aan de hand van wetgeving, statuten en reglementen het begrip 'behoorlijk' verder kan inkleuren. Het zich niet houden aan de bepalingen daarvan zal snel als niet-behoorlijk worden gekwalificeerd. Op dit punt schiet het bestuur in het tweede voorbeeld tekort. Verder wordt wel gesteld dat een bestuurder zijn fouten moet hebben gemaakt door opzet, lichtzinnigheid of roekeloosheid. Van opzet is duidelijk sprake in het derde voorbeeld, waar overigens de collega-bestuurders op grond van de collectieve bestuursverantwoordelijkheid mede aansprakelijk zijn voor de boze opzet van hun penningmeester.
5. Ook ziet men wel dat per analogie wordt aangeknoopt bij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals die in het bestuursrecht gelden voor bestuursorganen van de overheid (bijv. willekeur, evenredigheid, machtsmisbruik, schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, fair play). Op diverse plaatsen in de parlementaire geschiedenis en de literatuur worden concrete voorbeelden van onbehoorlijk bestuur genoemd: machtsmisbruik, het zichzelf of een derde verrijken ten koste van de rechtspersoon of van derden. Dit is toch wel het eerste waaraan de wetgever heeft gedacht, zeker bij de anti-misbruik wetgeving. De wetgever heeft echter niet alleen misbruik maar ook roekeloosheid van bonafide bestuurders willen bestrijden.
6. Relevanter voor uw vraagstelling is het volgende voorbeeld van onbehoorlijk bestuur, namelijk dat "het bestuur verzuimd heeft een verzekering af te sluiten om een bepaald risico af te dekken, hoewel het wel gebruikelijk is om dat risico te verzekeren". Dit ligt ons inziens in dezelfde sfeer van ernstige nalatigheid bij overigens goedwillende bestuurders als in de onder 8 genoemde voorbeelden 1 en 2.

#### Artikel 9. Conclusie

1. Naar mate het bestuur van de stichting meer 'ondernemer' wordt is te verwachten dat ook het functioneren van bestuurders zakelijker zal worden beoordeeld, waardoor de gedachte aan hun aansprakelijkheid sneller zal kunnen opkomen.
2. Door de opkomst van contractactiviteiten en andere quasi-commerciële projecten kan ook de aansprakelijkheid op grond van de anti-misbruikwetgeving eerder in beeld komen dan voorheen het geval was. Hoe gering de kans wellicht ook is dat een bestuurder door persoonlijke aansprakelijkheid wordt getroffen, het lijkt onaanvaardbaar dat bestuurders die belangeloos hun vrije tijd beschikbaar stellen en zich serieus van hun taak kwijten überhaupt enig risico lopen. Immers als het risico eenmaal werkelijkheid wordt lopen zij de kans daardoor 'tot de bedelstaf' te worden gebracht.
3. De wet verbindt gevolgen aan het handelen van bestuurders van rechtspersonen i.c. een stichting. Gelet hierop zal het gemeentebestuur van Vlissingen bestuurders niet vrijwaren van de gevolgen van een persoonlijke aansprakelijkheidstelling. De aangewezen weg ten deze is dat het bestuur zich tegen dit risico verzekert.

Vlissingen, 6 januari 1998.  
Burgemeester en wethouders van Vlissingen,  
de secretaris,            de burgemeester,

C.G.J. Koenst

J.C.Th.van der Doef

Overeenkomstig artikel 4:83 Algemene wet  
bestuursrecht bekend gemaakt op 14 januari 1998.

## Algemene toelichting

### Aansprakelijkheid van bestuurders

Volgens het Burgerlijk Wetboek is een rechtspersoon voor wat het vermogensrecht betreft gelijk aan natuurlijke personen, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit. Een rechtspersoon heeft rechten en verplichtingen en heeft een eigen, afgescheiden vermogen. Deze rechten kan zij afdwingen zoals een natuurlijke persoon dat ook kan, en aan de plichten kan zij worden gehouden. Een rechtspersoon kan echter zelf geen (feitelijke) handelingen verrichten. Daarvoor is altijd de tussenkomst van (uiteindelijk) natuurlijke personen vereist.

De wet en de statuten van de rechtspersoon bepalen wie er primair met de taak van het handelen namens de rechtspersoon is belast, en wie de vennootschap kan vertegenwoordigen. Dat is het bestuur van de rechtspersoon en, voor wat het laatste betreft ook in beginsel iedere bestuurder. Daarnaast kunnen de binnen de rechtspersoon daartoe bevoegde organen (bijvoorbeeld de aandeelhouders of ledenvergadering) anderen aanwijzen die bevoegd zijn om namens de rechtspersoon te handelen en het vermogen van de rechtspersoon te binden.

Worden door anderen dan het bestuur bestuursdaden verricht, dan worden zij voor wat dat betreft met bestuurders gelijkgesteld. Zij dragen verantwoordelijkheid voor hun daden en zijn onder omstandigheden ook aansprakelijk. Hetzelfde geldt voor diegene die zich als niet-bestuurder als ware hij bestuurder zich met de gang van zaken binnen de vennootschap bemoeit. Ook deze feitelijke leidinggever kan onder omstandigheden aansprakelijk zijn.

Doorgaans is echter het bestuur van de rechtspersoon verantwoordelijk voor de handelingen voor en namens de rechtspersoon en waarom correct verloop van de interne procedures en besluitvorming die aan een handeling voorafgaan, of behoren te gaan.

De wet bevat een aantal bepalingen die specifieke verplichtingen aan het bestuur opdragen. Ook de statuten kunnen bepalingen bevatten die de bevoegdheden en verplichting van het bestuur uitbreiden of beperken. Daarnaast is ook in de rechtspraak nadere invulling aan de inhoud van de bestuurstaak gegeven.

Zij die rechtshandelingen plegen namens de rechtspersoon verbinden in beginsel dus niet zichzelf maar de rechtspersoon die zij besturen. Toch kan uit die handelingen een aansprakelijkheid van die bestuurder in persoon voortvloeien.

Er is dan sprake van bestuurdersaansprakelijkheid. De term bestuurdersaansprakelijkheid wordt gebruikt voor twee, op zichzelf verschillende vormen van aansprakelijkheid te weten interne en externe aansprakelijkheid van bestuurders.

1. Interne bestuurdersaansprakelijkheid is de aansprakelijkheid die voortvloeit uit de relatie die de bestuurder heeft met de rechtspersoon en de verplichtingen die de bestuurder uit dien hoofde jegens de vennootschap heeft. Wanneer de bestuurder met zijn handelen de vennootschap schade berokkent, is hij daarvoor onder omstandigheden aansprakelijk.
2. De tweede vorm van aansprakelijkheid is de externe aansprakelijkheid. De bestuurder is dan veelal naast de rechtspersoon aansprakelijk jegens derden voor schade die zij lijden als gevolg van het handelen van de bestuurder.

### **Interne bestuurdersaansprakelijkheid**

In artikel 2:9 BW is bepaald dat elke bestuurder tegenover de rechtspersoon is gehouden tot een behoorlijke vulling van hem opgedragen taak. Inmiddels heeft de Hoge Raad bepaald dat de aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 2:9 BW alleen intreedt indien er sprake is van een ernstig verwijtbaar onbehoorlijke taakvervulling. Hierbij wordt rekening gehouden met bijvoorbeeld de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten en andere in aanmerking te nemen omstandigheden.

Handelingen in strijd met wettelijke, statutaire of andere regels die de rechtspersoon beoogt te beschermen, zullen in zijn algemeenheid onbehoorlijke taakvervulling opleveren.

Hiervan kan - niet uitsluitend - in onder meer de volgende gevallen sprake zijn:

- het onttrekken van middelen aan de rechtspersoon, bijvoorbeeld door daar over te beschikken als ware het privé vermogen;
- het vermengen van privé zaken met zaken van de rechtspersoon, het aandoen van concurrentie aan de vennootschap en met name het ondergeschikt maken van het vennootschapsbelang aan privé belangen of belangen van anderen;
- het onbevoegd verbinden van de rechtspersoon aan derden;
- het nemen van onnodig grote financiële risico's, het nemen van beslissingen met verregaande financiële consequenties zonder behoorlijke voorbereiding en het aangaan van transacties die de financiële spankracht van de rechtspersoon aanmerkelijk te buiten gaan, bijvoorbeeld door onverantwoordelijke hoofdelijke aansprakelijkheidsstellingen;
- het niet voorkomen of tegengaan van onderkapitalisatie of van een slechte "*debt equity ratio*" en het verwaarlozen van de kredietbewaking;
- het niet afsluiten van de gebruikelijke verzekeringen.

Onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:9 BW: Zodra sprake is van onbehoorlijke taakvervulling zijn in beginsel alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk.

Ook bij een meerhoofdig bestuur blijft gelden dat de aansprakelijkheid van artikel 2:9 BW alleen die bestuurders treft die persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Iedere bestuurder is afzonderlijk verantwoordelijk voor zijn aandeel in het bestuur en dus in het beleid. De aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de rechtspersoon wegens onbehoorlijk bestuur ontstaat rechtstreeks uit de wet. Het volgens van een op artikel 2:9 gebaseerde (aansprakelijkheids) procedure vereist geen besluit van de rechtspersoon tot aansprakelijkstelling. De vordering is ontvankelijk indien ingesteld door iemand die bevoegd is de rechtspersoon in rechte te vertegenwoordigen.

In het Burgerlijk Wetboek is vastgelegd dat hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, verplicht is de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden. Dit is een heel breed toepasbaar artikel: er hoeft geen sprake te zijn van enige functionele of contractuele relatie. Daar staat wel tegenover dat het in het algemeen niet eenvoudig is te bewijzen dat er sprake is van een onrechtmatige daad.

Een benadeelde crediteur (die geen contractspartij is) kan dus toch proberen de actie uit artikel 2:9 BW te combineren met een actie uit onrechtmatige daad (6:162 BW).

Dit kan echter alleen indien de wanprestatie van de betrokken bestuurder was gericht op benadeling van de derde, hetgeen bijvoorbeeld het geval is als de bestuurder een lening afsluit terwijl hij weet dat de rechtspersoon haar verplichtingen niet na kan komen gezien de deplorabele financiële situatie waarin de rechtspersoon zich bevindt.

Een andere manier om de aansprakelijke bestuurder te betrekken is door het leggen van conservatoir of executoriaal derdenbeslag onder die bestuurder. Zo'n beslag kan al voorafgaan aan de procedure worden gelegd, bijvoorbeeld als de schuldeiser vreest dat de rechtspersoon als gevolg van het onbehoorlijke bestuur onvoldoende verhaal zal bieden.

Na het leggen van zo'n derdenbeslag zal de bestuurder onder meer moeten verklaren of hij al dan niet iets aan de rechtspersoon verschuldigd is of zal worden. Indien de inzet van een vordering tot schadevergoeding is, zal de bestuurder zijn aansprakelijkheid natuurlijk betwisten, en zal hij verklaren niets verschuldigd te zijn. In zo'n geval moet een procedure worden gevoerd over de vraag of de bestuurder iets aan de vennootschap verschuldigd is uit hoofde van zijn onbehoorlijke taakvervulling.

### **Externe bestuurdersaansprakelijkheid**

In het geval van externe aansprakelijkheid is de bestuurder veelal naast de rechtspersoon aansprakelijk jegens derden voor schade die zij lijden als gevolg van het handelen van de bestuurder. Er zijn twee manieren om de handelende bestuurder van een rechtspersoon persoonlijk aan te spreken voor zijn handelen ten opzichte van derden die in contact treden of komen met rechtspersoon te weten:

- doorbraak
- oneigenlijke doorbraak.

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

Artikel 2:11 BW omvat een bepaling die "door de rechtspersoon heen kijkt" en de handelende persoon vereenzelvigt, c.q. gelijkstelt met de rechtspersoon. Op grond van dat artikel berust de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is. Rechtvaardiging hiervoor dient te worden gezocht in de "redelijkheid en billijkheid". Het zou rechtens onaanvaardbaar zijn het identiteitsverschil in zulke gevallen te handhaven.

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

Aan persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders van de rechtspersoon op grond van artikel 6:162 BW worden echter zeer zware eisen gesteld<sup>4</sup>. De aansprakelijk gestelde bestuurder moet zelf namelijk ook een ernstig verwijt van het onrechtmatig handelen van de rechtspersoon kunnen worden gemaakt. De bestuurder(s) moet(en) ook zelf hebben gehandeld in strijd met de zorgvuldigheid die zij naar verkeersnormen persoonlijk jegens de benadeelde in acht hadden moeten nemen. De feiten en omstandigheden van het geval zijn steeds doorslaggevend. Er zal bijvoorbeeld moeten worden aangetoond dat de bestuurder handelde in strijd met de zorgvuldigheid die hij persoonlijk jegens een derde in acht behoort te nemen.

In sommige gevallen geeft de wet een vermoeden van aansprakelijkheid. In geval van faillissement is bijvoorbeeld in artikel 2:248 lid 1 BW bepaald dat iedere bestuurder jegens de boedel aansprakelijk is voor het bedrag van de schulden, indien het bestuur zijn taak



kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De wet vermoedt dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling als er geen boekhouding is bijgehouden (artikel 2:10 BW) of als de jaarrekening niet tijdig is gepubliceerd (artikel 2:394 BW). In dit geval wordt de bewijslast omgedraaid: de bestuurder is aansprakelijk, behoudens tegenbewijs.

Functionarissen van de rechtspersonen kunnen dus op grond van hun eigen onrechtmatige daad aansprakelijk zijn voor door de rechtspersonen onbetaald gelaten schulden uit rechtshandelingen. Hieronder vallen bijvoorbeeld het al te lichtvaardig ten name van de rechtspersoon schulden aangaan, het ten onrechte kredietwaardigheid van de rechtspersoon voorwenden of betaling van schuldeisers belemmeren, verhinderen of welbewust zonder geldig reden weigeren. Jurisprudentie wijst uit dat deze persoonlijke aansprakelijkheid alleen intreedt indien de bestuurder bij het aangaan van de schuld al weet of redelijkerwijs behoort te begrijpen dat de rechtspersoon niet of niet binnen een redelijke termijn aan zijn verplichtingen zal kunnen voldoen en geen verhaal zal bieden voor de voorzienbare schade die de schuldeiser ten gevolge van die wanprestatie zal leiden<sup>5</sup>.

Voorts kan uit het arrest Alberda Jelgersma worden afgeleid dat ook een moederverenootschap onder omstandigheden onrechtmatig jegens de schuldeisers van haar dochterverenootschap handelt, als zij onder meer toelaat dat de dochterverenootschap nieuwe schulden aangaat terwijl zij weet of behoort te begrijpen dat deze nieuwe schuldeisers geen of onvoldoende verhaal zullen vinden. Vaak heeft de moeder de dochter ook (met zekerheden) gefinancierd.

Bewijs van het feit dat de bestuurder ten tijde van het aangaan van de overeenkomst al wist of redelijkerwijze moest weten dat de rechtspersoon niets zou kunnen nakomen, is niet eenvoudig, doch kan bijvoorbeeld worden geleverd indien er sprake is geweest van het wekken van een schijn van kredietwaardigheid.

In het arrest Romme-Bakker is de bewijslast van de gedupeerde aanmerkelijk verlicht. Er kunnen zich volgens de Hoge Raad gevallen voordoen waarin uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat de bewijslast ten laste van zo'n zeggenschapsverhouding wordt omgekeerd. Er was door eiser voldoende gemotiveerd gesteld en door gedaagde niet of niet gemotiveerd betwist dat ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst de verenootschap zelf niet (in voldoende mate) over financiële middelen beschikte om haar verplichtingen uit die overeenkomst te voldoen maar daarvoor afhankelijk was van haar daartoe door een andere, door haar zelf (en dus indirect door de aangesproken bestuurder) beheerste verenootschap ter beschikking te stellen middelen.

### **Vereenzelviging**

Vooral in aansprakelijkheidskwesties wordt regelmatig een beroep gedaan op vereenzelviging. Dit houdt in een uitbreiding van de voor verhaal van vorderingen vereiste identiteit of eenheid van schuldenaar en uit te winnen goed. Veelal is de rechter alleen in uitzonderingsgevallen bereid direct verhaal onder een derde toe te staan. Bestanddelen van het vermogen van een derde kunnen worden uitgewonnen als het feitelijk gaat om goederen van de schuldenaar zelf. Het gaat hierbij om gevallen waarin het onderbrengen van vermogensbestanddelen van de schuldenaar in een met name te hebben verbonden rechtspersoon iedere reële betekenis mist.

Voorts kan worden aangenomen dat de handelende (natuurlijke) persoon contractspartij wordt. Alleen als het gebruik van de rechtspersoon leidt tot misbruik van de

rechtspersoonconstructie en tot maatschappelijk onaanvaardbare gevolgen, zal de van de redelijkheid en billijkheid het negeren van rechtspersoon in kwestie rechtvaardigen.

Bestuurders die bewust de verhaalspositie van de schuldeisers van de rechtspersoon hebben benadeeld kunnen ook door persoonlijke aansprakelijkheid worden getroffen. De Hoge Raad besliste in zijn arrest De Leeuw-Wijnen dat het er niet alleen op toezien dat de rechtspersoon tijdig zijn financiële verplichtingen tegenover de schuldeiser nakomt over het algemeen nog niet leidt tot persoonlijke aansprakelijkheid van de betrokken bestuurder. Er zal sprake moeten zijn van bijkomende omstandigheden waaruit kan worden afgeleid dat betalingsonmacht, of het te laat laten blijken daarvan, aan de bestuurder zelf te wijten is. Zo kan de betalingsonmacht bijvoorbeeld te lang verborgen zijn gehouden.

In ieder geval onrechtmatig is de uit betalingsonwil voortvloeiende weigering van een bestuurder om een verbintenis van een rechtspersoon te voldoen. Indien er aanwijzingen zijn voor betalingsonwil, ligt het (volgens de Hoge Raad) voor de hand om van degene die volledige zeggenschap heeft over de nalatige vennootschap, te verlangen dat aannemelijk maakt dat de vennootschap niet in staat is te betalen. Voorts dient de aangesproken bestuurder aannemelijk te maken dat het uitblijven van betaling niet voortvloeit uit betalingsonwil maar uit betalingsonmacht. Deze kan zich niet beroepen op betalingsonmacht van de BV indien hij nalaat gebruik te maken van kredietfaciliteiten die de BV ter beschikking staan. Een dergelijke nalaten is onrechtmatig jegens de crediteur.

### **Drempel in aansprakelijkheid van bestuurder B.V.**

Als een bestuurder van een B.V. in de uitoefening van zijn functie een fout maakt en schade veroorzaakt aan een derde is in beginsel niet de bestuurder zelf voor de schade aansprakelijk, maar dient de B.V. deze schade te vergoeden. Maar hoe zit het dan met de interne aansprakelijkheid van die bestuurder jegens de B.V.? Kan de B.V. de bestuurder aansprakelijk stellen voor de door hem gemaakte fout?

Indien de bestuurder tevens een arbeidsovereenkomst met de B.V. heeft, dan geldt artikel 7:661 BW dat bepaalt dat een werknemer slechts jegens de werkgever aansprakelijk is voor tijdens de uitoefening van de dienstbetrekking gemaakte fouten indien hem bij het ontstaan ervan bewuste roekeloosheid of opzet verweten kan worden. Dit betekent dat de wetgever een drempel heeft opgeworpen tegen de aansprakelijkheid van een werknemer.

Ook het vennootschapsrecht kent een bepaling over de interne aansprakelijkheid van een bestuurder wegens een tekortkoming bij de hem opgedragen (bestuurs)taak. Volgens artikel 2:9 BW is de bestuurder gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak en jegens de B.V. aansprakelijk wegens een gemaakte fout, tenzij deze fout hem niet kan worden verweten en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van die fout af te wenden. Kortom, maakt een bestuurder een fout, dan dient hij er alles aan te doen om de schade voor de B.V. zo beperkt mogelijk te laten zijn.

Op het eerste gezicht valt uit deze bepaling niet af te leiden dat er in het vennootschapsrecht sprake is van een drempel in de interne aansprakelijkheid van een bestuurder. Dat zou er dus toe kunnen leiden dat de B.V. na een gemaakte fout de bestuurder die tevens een dienstbetrekking heeft zou aanspreken op grond van artikel 2:9 BW om daarmee artikel 7:661 BW te omzeilen.

Maar de Hoge Raad heeft bij herhaling geoordeeld dat voor de aansprakelijkheid van de bestuurder op grond van artikel 2:9 BW vereist is dat de bestuurder een ernstig verwijt moet kunnen worden gemaakt. Of er sprake is van een ernstig verwijt, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Een ernstige fout en bewuste roekeloosheid zijn misschien niet identieke begrippen, maar liggen dicht bij elkaar. Gewone schuld van een bestuurder is dus niet voldoende om hem aansprakelijk te doen zijn. De ratio hiervan is simpel. Waar gewerkt wordt, worden fouten gemaakt. En ondernemen brengt nu eenmaal mee dat ondernemersrisico gelopen moet (kunnen) worden. Een bestuurder heeft bij uitstek een verantwoordelijke taak en kan zijn taak niet behoorlijk vervullen indien hij steeds over zijn schouder zou moeten kijken of hij niet een fout maakt. Een bange of te voorzichtige bestuurder kan een ramp voor de onderneming zijn.

Recentelijk probeerde een B.V. een bestuurder aansprakelijk te stellen op grond van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) om daarmee de drempel van artikel 2:9 en 7:661 BW te omzeilen. De Hoge Raad heeft bepaald dat op zichzelf de bestuurder aansprakelijk kan worden gesteld op grond van onrechtmatige daad, maar dat bij de beoordeling of de bestuurder jegens de B.V. onrechtmatig heeft gehandeld gewone schuld niet volstaat en de drempels van artikelen 2:9 en 7:661 BW in acht moeten worden genomen.