

Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het tijdschrift VAST. Het artikel is met veel aandacht en zorgvuldigheid geschreven, maar bevat informatie van algemene aard. Juridisch advies is echter altijd maatwerk. Wint u dus altijd deskundig juridisch advies in. ([Lees onze disclaimer](#)).

VAST 2021, B-003, Aaron Bouman, e-ISSN 2667-307X, M.A.D. Lex, [vast-online](#)

Vanaf 1 juli 2021 aanpassing van regels voor bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement

Op 1 juli 2021 treedt de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen in werking. Deze wet bevat onder meer wijzigingen in de voorschriften voor statuten van rechtspersonen. De wet is ook voor bestuurdersaansprakelijkheid van belang, omdat hiermee onder meer een wijziging van art. 2:138/248 BW en een verruiming van de reikwijdte van art. 2:138 BW wordt ingevoerd.

Op 10 november 2020 heeft de Eerste Kamer het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen (Wbt) aangenomen. De Wbt wijzigt Boek 2 BW en zal op 1 juli 2021 in werking treden. Hiermee worden onder meer aansprakelijkheidsbepalingen voor bestuurders van rechtspersonen gewijzigd, waaronder het voor curatoren ten dienste staande artikel 2:138/248 BW. Die bepaling vestigt onder omstandigheden aansprakelijkheid van bestuurders van een gefailleerde NV/BV voor het boedeltekort. Welke wijzigingen brengt de Wbt voor deze aansprakelijkheidsregeling mee?

Wijziging art. 2:138/248 BW

Art. 2:138/248 BW bepaalt dat in geval van faillissement van een NV/BV iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor – kort gezegd – het boedeltekort, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het artikel komt de curator tegemoet met een (weerlegbaar) bewijsvermoeden. Indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn boekhoudplicht of zijn publicatieplicht (ten aanzien van de jaarrekening), heeft het zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Via een schakelbepaling is deze regeling ook van toepassing op commissarissen.

Aan de wetsbepaling wordt toegevoegd dat een (op grond van art. 2:138/248 BW aansprakelijke) bestuurder niet bevoegd is tot verrekening met een vordering op de vennootschap. Dit is een codificatie van de rechtsregel uit het Bandel/Van den End q.q.-arrest.¹ In dat arrest is bepaald dat een aansprakelijke bestuurder zijn op grond van art. 2:248 BW ontstane schuld niet kan verrekenen met zijn vordering op de failliete vennootschap, omdat die schuld een schuld is aan de failliete boedel. Zijn schuld is niet voor de faillietverklaring ontstaan of voortgevloeid is uit handelingen voor de faillietverklaring met de vennootschap verricht. In dat geval is niet voldaan aan de voorwaarden voor verrekening.

Daarnaast wordt aan art. 2:138/248 BW toegevoegd dat deze vordering niet kan worden ingesteld tegen een door de rechter benoemde bewindvoerder of een in een enquêteprocedure door de Ondernemingskamer tijdelijk aangestelde bestuurder. Het huidige art. 2:248 BW bepaalt al dat de

¹ HR 18 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI5912.

vordering niet kan worden ingesteld tegen een door de rechter benoemde bewindvoerder. Dat berust op de overweging dat door de rechter benoemde bewindvoerders niet met professionele bestuurders op dezelfde lijn moeten worden gesteld, reeds omdat zij meestal hun taak aanvangen in een in staat van ontreding verkerende onderneming waarin het voor het nemen van verantwoorde beslissingen noodzakelijke overzicht soms ontbreekt. Daarom moet worden voorkomen dat bewindvoerders een benoeming weigeren wegens de vrees voor aansprakelijkheid. Bovendien bestuurt een bewindvoerder niet, maar verleent hij slechts medewerking, machtiging of bijstand.² Ik zou menen dat dezelfde redenering (met uitzondering van het eerstgenoemde en laatstgenoemde argument) ten grondslag ligt of kan liggen aan de toevoeging dat ook een tijdelijk bestuurder niet aansprakelijk kan worden gesteld op grond van art. 2:138/248 BW.

Uitbreiding reikwijdte art. 2:138 BW

Onder het huidige BW geldt deze vorm van bestuurder(- en commissaris)aansprakelijkheid enkel voor NV's, BV's, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en niet-commerciële stichtingen en verenigingen. Op grond van de Wbt gaat deze aansprakelijkheid via een schakelbepaling ook gelden voor bestuurders en commissarissen van alle stichtingen en vereniging (ongeacht of die al dan niet commercieel zijn). Deze wijziging beoogt een duidelijke algemene regeling te geven voor aansprakelijkstelling van bestuurders en commissarissen bij faillissement. Dat laatste is volgens de Minister van belang, omdat het ook bij niet-commerciële stichtingen en verenigingen kan voorkomen dat bestuurders en commissarissen zich schuldig maken aan fraude of andere vormen van ernstig taakverzuim en de curator dan adequate middelen dient te hebben om de geleden schade te verhalen op de bestuurders en commissarissen die hun taken ernstig hebben verzuimd.³

Overigens kunnen curatoren van een gefailleerde stichting/vereniging slechts onder omstandigheden een beroep doen op het hiervoor genoemde wettelijke bewijsvermoeden (onbehoorlijke taakvervulling wordt vermoed een belangrijke oorzaak te zijn van het faillissement). Dat geldt namelijk slechts als (i) de stichting/vereniging aan de heffing van de Vpb is onderworpen (een onderneming drijft) of (ii) de stichting/vereniging bij of krachtens de wet verplicht is een financiële verantwoording op te stellen die gelijk of gelijkwaardig is aan een jaarrekening. Daarnaast geldt voor toepasselijkheid van het wettelijk bewijsvermoeden voor verenigingen nog een extra voorwaarde, inhoudende dat de statuten van de vereniging zijn opgenomen in een notariële akte. Derhalve kunnen curatoren van zogenaamde informele verenigingen geen beroep doen op het bewijsvermoeden.

Gelet op deze regeling is de uitbreiding –uiteraard naast commerciële stichtingen/verenigingen - met name van belang voor semipublieke instellingen in de vorm stichtingen/verenigingen. Daarbij kan gedacht worden aan zorginstellingen, woningcorporaties en onderwijsinstellingen.⁴

Afsluiting

De wijzigingen van art. 2:138/248 BW brengen niet zozeer iets 'nieuws' met zich, maar wel een verduidelijking van de grenzen van dat artikel. Daarentegen is de uitbreiding van de reikwijdte van art. 2:138 BW wel nieuw en zal daarom naar verwachting voor de praktijk de meest verstrekkende gevolgen hebben. De verwachting is een nieuwe stroom van rechtspraak waaruit zal volgen hoe

² *Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 24.*

³ *Kamerstukken II 2015/16, 34 491, nr. 3, p. 7.*

⁴ Rensen, in: *T&C BW 2021*, commentaar op art. 2:300a BW.

rechters art. 2:138 BW toepassen bij gefailleerde niet-commerciële stichtingen/verenigingen. Mogelijk zal deze wetwijziging potentiële bestuurders en commissarissen van niet-commerciële stichtingen/verenigingen afschrikken, vanwege het risico op aansprakelijkheid voor het boedeltekort in een faillissement. Bij het initiële wetsvoorstel is hier ook aan gedacht. Toen werd bepaald dat de bewijsvermoedensregeling niet van toepassing zou zijn op een onbezoldigd bestuurder van een niet-commerciële stichting of informele vereniging. Die zou dus wel van toepassing zijn op bezoldigde bestuurders van dergelijke stichtingen en verenigingen. De doorgevoerde bewijsvermoedensregeling geldt alleen voor commerciële en formele stichtingen. Hiermee wordt de drempel verlaagd voor personen om zich als vrijwilliger in te zetten als bijvoorbeeld (bezoldigd) bestuurder van niet-commerciële stichtingen of informele verenigingen, zoals een buurtvereniging, een kleine sportclub of een goede doelenstichting. Al met al lijkt met de wetwijziging een verduidelijking en terechte uitbreiding van de reikwijdte van art. 2:138 BW te zijn gemaakt. Gelet op het overgangsrecht, zijn de nieuwe aansprakelijkheidsregels direct van toepassing op het moment van inwerkingtreding van de wet (op 1 juli 2021), maar enkel ten aanzien van feiten die na dat moment voorvallen.