

J.H.P.M. Raaijmakers

Bestuurdersaansprakelijkheid

Zesde geheel herziene druk

 Wolters Kluwer

Deventer – 2025

VOORWOORD BIJ 6E DRUK

In deze brochure wordt ingegaan op de fiscale bestuurdersaansprakelijkheid. In verband met het feit dat het begrip 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' in de zin van art. 36 Invorderingswet 1990 overeenkomt met het gelijknamige begrip in de bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement (art. 2:138 en 2:248 BW) wordt jurisprudentie die in die zin is geweest ook in deze brochure behandeld.

De fiscale bestuurdersaansprakelijkheid is in 1987 in het leven geroepen om met name het misbruik van rechtspersonen alsmede ontduiking van belastingen en premies tegen te gaan. Belangrijk in deze wetgeving is de zogeheten melding van betalingsonmacht. Afhankelijk van het al dan niet rechtsgeldig melden van de betalingsonmacht wordt de bewijslast verdeeld. Na een groot aantal jaren dat de aansprakelijkstelling met name was gestoeld op het niet rechtsgeldig melden van de betalingsonmacht is de laatste jaren meer en meer rechtspraak gekomen die ingaat op de vraag wanneer er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Ook het groot aantal begrippen in deze regeling is door de jurisprudentie verder uitgediept. Aan het einde zal nog kort worden ingegaan op een aantal formele aspecten die samengaan met het aansprakelijk stellen op zich.

Deze brochure is bedoeld een nuttige handleiding te zijn voor de personen die met fiscale bestuurdersaansprakelijkheid te maken (kunnen) krijgen, zoals bestuurders, de bank, de adviseurs, de accountants en advocaten. Daarnaast kan deze brochure ook als studiemateriaal voor verschillende en diverse opleidingen worden gebruikt.

Het manuscript is afgesloten op 1 september 2025. Met de nadien verschenen wet- en regelgeving alsmede met de nadien verschenen rechtspraak is slechts in een beperkt aantal gevallen rekening gehouden.

Ik houd mij graag aanbevolen voor suggesties en opmerkingen van de zijde van de lezer. De suggesties en opmerkingen kunnen naar de uitgever worden gestuurd.

September 2025

J(acques) H.P.M. Raaijmakers

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord bij 6e druk / VII

Lijst van afkortingen / XIII

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 1

- 1.1 Algemeen / 1
 - 1.1.1 Misbruik en aansprakelijkheid / 1
 - 1.1.2 Soorten van aansprakelijkheid / 2
 - 1.1.3 De totstandkoming van de fiscale bestuurdersaansprakelijkheid / 3
- 1.2 Aansprakelijkheid van bestuurders / 4
 - 1.2.1 Algemeen / 4
 - 1.2.2 Aansprakelijkheid op grond van het civiele recht / 5
 - 1.2.3 Aansprakelijkheid op grond van de inleners- of ketenaansprakelijkheid / 12
 - 1.2.4 Aansprakelijkheid op grond van de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement (WBF) / 13
 - 1.2.5 Strafrechtelijke aansprakelijkheid / 15

HOOFDSTUK 2

Geschiedenis, doel en strekking van de bestuurdersaansprakelijkheid / 17

- 2.1 Geschiedenis / 17
- 2.2 Doel en strekking / 18

HOOFDSTUK 3

Omvang aansprakelijkheid / 21

- 3.1 Algemeen / 21
- 3.2 Voor welke belastingen en premies? / 23
- 3.3 Art. 36a Invorderingswet 1990 / 24
- 3.4 Art. 36a Invorderingswet 1990 (oud) / 25
- 3.5 Art. 36b Invorderingswet 1990 / 26
- 3.6 Aansprakelijkheid voor boeten, invorderings- en belastingrente, kosten van invordering / 32
 - 3.6.1 Algemeen / 32

- 3.6.2 Boeten / 33
- 3.6.3 Belastingrente / 41
- 3.6.4 Invorderingsrente / 42
- 3.6.5 Kosten / 45
- 3.7 Samenloop / 45

HOOFDSTUK 4

Rechtspersonen die onder de bestuurdersaansprakelijkheid vallen / 47

- 4.1 Lichamen in de zin van de AWR / 47
- 4.2 Rechtspersoonlijkheid / 48
- 4.3 Volledige rechtsbevoegdheid / 49
- 4.4 Voor zover onderworpen aan de vennootschapsbelasting / 49

HOOFDSTUK 5

Bestuurder in de zin van de bestuurdersaansprakelijkheid / 51

- 5.1 Algemeen / 51
- 5.2 De formele bestuurder / 51
- 5.3 De feitelijke bestuurder / 54
- 5.4 De gewezen bestuurder / 58
- 5.5 De nieuwe bestuurder / 58
- 5.6 De bestuurder van het lichaam dat als bestuurder van een ander lichaam optreedt / 59
- 5.7 De bewindvoerder, de curator en de vereffenaar / 59
- 5.8 Collectiviteit van het bestuur / 62
- 5.9 Causaal verband / 67

HOOFDSTUK 6

Mededeling van betalingsonmacht (melding) / 69

- 6.1 Algemeen / 69
- 6.2 Wijze van melden betalingsonmacht / 70
 - 6.2.1 Andere vormen van melden / 71
- 6.3 Verzoeken om (nadere) informatie naar aanleiding van de melding / 74
- 6.4 Wie kan melden? / 75
- 6.5 Enkele bijzondere situaties ten aanzien van de melding / 76
 - 6.5.1 Fiscale eenheid omzetbelasting / 76
 - 6.5.2 Voorlopige betalingen / 76
 - 6.5.3 Schattingsregeling omzetbelasting / 77
 - 6.5.4 Surseance van betaling / 77
 - 6.5.5 Faillissement / 77
 - 6.5.6 Startende ondernemingen / 78
 - 6.5.7 Dadelijk en ineens invorderbare belastingaanslagen / 79
- 6.6 Wanneer moet worden gemeld? / 80
- 6.7 Betalingsonmacht / 84
- 6.8 Aandachtspunten melding / 86

- 6.9 Melding eerste fase / 87
- 6.10 Beoordeling melding betalingsonmacht tweede fase / 88
- 6.11 Bewijslastverdeling in verband met melding betalingsonmacht / 89
 - 6.11.1 Rechtsgeldige mededeling van betalingsonmacht / 89
 - 6.11.2 Niet-rechtsgeldige mededeling van betalingsonmacht / 90
 - 6.11.3 Ziekte / 91
 - 6.11.4 Art. 36 lid 4 Invorderingswet in lijn met EU-recht? / 93
 - 6.11.5 Verdedigingsbeginsel / 97
- 6.12 Bewijslast gewezen bestuurder / 99
- 6.13 Driejaarstermijn / 100
- 6.14 Geldigheidsduur melding / 100
- 6.15 De meldingsregeling in de bestuurdersaansprakelijkheid achterhaald? / 101

HOOFDSTUK 7

Kennelijk onbehoorlijk bestuur / 105

- 7.1 Algemeen / 105
- 7.2 Onrechtmatige daad / 107
- 7.3 Samenhang met WBF / 108
 - 7.3.1 Samenloop tussen WBF en WBA / 111
- 7.4 Causaal verband / 113

HOOFDSTUK 8

Enige formele aspecten (bestuurders)aansprakelijkheid / 115

- 8.1 Algemeen / 115
- 8.2 Procedure / 115
- 8.3 In gebreke zijn / 117
- 8.4 Omkering van de bewijslast in aansprakelijkheidszaken / 122
- 8.5 Vernietigbaarheid onverplichte rechtshandelingen (pauliana) / 126
- 8.6 Bestuurdersaansprakelijkheid en erfgenamen van de aansprakelijkgestelde / 127
- 8.7 Negatief loon in verband met bestuurdersaansprakelijkheid / 127
- 8.8 Regresrecht / 128
- 8.9 Verjaring / 130
- 8.10 Informatie / 132
 - 8.10.1 Informatieverstrekking aan aansprakelijkgestelde bestuurder / 132
 - 8.10.2 Informatieverstrekking aan de Belastingdienst / 133

BIJLAGE

Overzicht jurisprudentie kennelijk onbehoorlijk bestuur / 135

- 1 Betalen van zwart loon, verzwijgen van omzet / 135
- 2 Gebreken in de boekhouding / 138
- 3 Niet nakomen wettelijke verplichtingen / 144
- 4 Geen leiding geven aan vennootschap / 151
- 5 Diversen / 155
- 6 WBF-rechtspraak / 166

Trefwoordenregister / 201

Jurisprudentieregister / 207

Inleiding

1.1 Algemeen

1.1.1 Misbruik en aansprakelijkheid

Bestuurdersaansprakelijkheid is de jaren tachtig van de vorige eeuw in de aandacht komen te staan in verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen.

De wet heeft als uitgangspunt dat rechtspersonen en natuurlijke personen in principe strikt gescheiden vermogensrechtelijke betrekkingen kennen (art. 2:4 BW). Ook in de landen om ons heen is een dergelijke strikte scheiding te constateren. Slechts in de Angelsaksische rechtsliteratuur heeft de term 'Lifting the corporate veil' reeds ingang gevonden. Dit wil zeggen dat er onder omstandigheden door de rechtspersoon kan worden 'heengekeken'. Handelen of nalaten van de rechtspersoon kan daardoor soms aan de verantwoordelijke bestuurder(s) worden toegerekend. Van vereenzelving is sprake indien feitelijk dezelfde rechtsverhouding wordt voortgezet met dezelfde wederpartij.¹ Uit de rechtspraak komt naar voren dat vereenzelving slechts in uitzonderlijke situaties wordt geaccepteerd.² In latere zaken heeft de Belastingdienst zich beroepen op onrechtmatige daad.³ Onder druk van het geconstateerde toenemende misbruik van rechtspersonen zijn er de laatste jaren tekenen te bespeuren die erop wijzen dat in Nederland bovengenoemde vermogensrechtelijke scheiding minder absoluut is dan in het algemeen werd aangenomen.

Het begrip 'misbruik' wordt in het algemeen omschreven als het gebruik van een vennootschap voor ongeoorloofde doeleinden om met opzet ten nadele van crediteuren persoonlijk voordeel te verwerven.

Hiermee wordt de belangrijkste maatschappelijke functie van de rechtspersoon miskend. Deze functie is dat degene die zich van deze persoon bedient door in het rechtsverkeer te treden, een zekere mate van bescherming wordt gegeven, omdat hij niet persoonlijk, maar de rechtspersoon aansprakelijk wordt voor de schulden die hij

1 HR 9 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1752, NJ 1996/213 (*Krijger/Circo Bank*).

2 Zie onder meer HR 2 november 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4892, NJ 1985/446 (*Blok/De Haan*), HR 4 oktober 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC035, NJ 1992/247, HR 16 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1758, NJ 1996/214, HR 3 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1865, NJ 1996/215.

3 Zie HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480, NJ 2000/698 (*Rainbouw*), HR 27 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6445, NJ 2009/318, Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI7721, Hof 's-Hertogenbosch 22 december 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BK7951, JOR 2010/298.

in naam van de rechtspersoon is aangegaan. Blijkt de rechtspersoon niet solvabel, dan hebben de schuldeisers het nakijken, ook al zijn degenen die aan de touwtjes hebben getrokken nog zo vermogend.

Naar aanleiding van het geconstateerde misbruik van rechtspersonen is op 7 februari 1979 de Interdepartementale stuurgroep misbruik en oneigenlijk gebruik (ISMO) ingesteld. De taak van deze adviesgroep was de regering te adviseren over het beleid inzake de bestrijding van misbruik en oneigenlijk gebruik van belastingen, sociale zekerheid en subsidies. Op grond van de bevindingen van de stuurgroep kon men concluderen dat de op dat moment bestaande wettelijke mogelijkheden om bestuurders van rechtspersonen aansprakelijk te stellen voor hun daden als bestuurder van de vennootschap, kennelijk niet voldoende waren, of althans niet voldoende benut waren. Mede op basis van de conclusie van de stuurgroep is antimisbruikwetgeving tot stand gekomen.

1.1.2 Soorten van aansprakelijkheid

Bestuurders kunnen op verschillende wijzen aansprakelijk worden gesteld voor schulden van de vennootschap. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen de interne en externe aansprakelijkheid van bestuurders.

Bij interne bestuurdersaansprakelijkheid gaat het om de aansprakelijkheid van bestuurders ten opzichte van de rechtspersoon c.q. zijn organen of leden van de organen van de rechtspersoon. Op grond van art. 2:9 BW is de bestuurder verplicht zijn taak behoorlijk te vervullen.⁴ Op grond van die bepaling kan de bestuurder ook aansprakelijk zijn tegenover een individuele aandeelhouder.⁵ Hij is tevens verplicht om zich naar redelijkheid en billijkheid op te stellen ten opzichte van anderen die deel uitmaken van de organisatie van de rechtspersoon (art. 2:8 BW).

Als men in de wandeling over bestuurdersaansprakelijkheid spreekt, wordt veelal bedoeld op de vorm van aansprakelijkheid die als externe bestuurdersaansprakelijkheid wordt aangeduid. Het is een verzamelterm, die diverse categorieën van bestuurdersaansprakelijkheid omvat. De belangrijkste vorm van externe aansprakelijkheid vloeit voort uit de onrechtmatige-daadactie op grond van art. 6:162 BW. Andere voorbeelden van externe bestuurdersaansprakelijkheid zijn de regels betreffende het openbaar maken van informatie, misleidende jaarrekening (balansaansprakelijkheid, art. 2:139 BW) en regels van kapitaalbeschermingsrecht met externe werking ten behoeve van crediteuren (bijv. aansprakelijkheid ten gevolge van een niet-tijdige inschrijving van gegevens in het handelsregister). Naast bovengenoemde mogelijkheden van externe bestuurdersaansprakelijkheid, kunnen bestuurders aansprakelijk worden gesteld op grond van strafrechtelijke bepalingen. Onder hoofdstuk 1.2 worden de belangrijkste categorieën op hoofdlijnen nader toegelicht. Ook de hieronder besproken antimisbruikwetten vallen onder de categorie van externe bestuurdersaansprakelijkheid.

⁴ Zie onder meer HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, NJ 1997/360 (*Stalemans/Van de Ven*).

⁵ Zie onder meer HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, NJ 2009/21 (*Willemsen Beheer*) en HR 22 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4927, RvdW 2010/188.

Mede op basis van de conclusie van het ISMO-rapport is zogenoemde antisbruikwetgeving tot stand gekomen, bestaande uit drie antisbruikwetten. De eerste antisbruikwet is de Wet ketenaansprakelijkheid (WKA)⁶ die op 1 juli 1982 in werking is getreden.⁷ Op grond van die wet kunnen inleners en aannemers hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de door de uitleners en onderaannemers verschuldigde premies werknemersverzekeringen, premies volksverzekeringen, inkomensafhankelijke bijdrage Zorgverzekeringswet, loon- en omzetbelasting (alleen bij inlening strekt de aansprakelijkheid zich uit tot de omzetbelasting). De tweede antisbruikwet (fiscale bestuurdersaansprakelijkheid) is het onderwerp van deze brochure.⁸ Deze wijzigingswet regelt de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders voor de door de rechtspersoon verschuldigde maar niet betaalde sociale verzekeringspremies (werknemers- en volksverzekeringen),⁹ inkomensafhankelijke bijdrage Zorgverzekeringswet,¹⁰ bijdragen op grond van de wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds,¹¹ de accijns, de verbruiksbelastingen van alcoholvrije dranken en van pruimtabak en snuiftabak, de in art. 1 van de Wet belastingen op milieugrondslag genoemde belastingen, kansspelbelasting en de loon- en omzetbelasting.¹² De bestuurdersaansprakelijkheid is samen met de derde antisbruikwet, de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement (WBF)¹³ op 1 januari 1987 in werking getreden. In de derde antisbruikwet worden onder andere de mogelijkheden voor de curator versterkt om in geval van faillissement van de rechtspersoon ten behoeve van de crediteuren de bestuurders onder voorwaarden te kunnen aanspreken voor het boedelttekort.

1.1.3 De totstandkoming van de fiscale bestuurdersaansprakelijkheid

De tweede antisbruikwet is op 15 december 1980 bij de Tweede Kamer ingediend onder nummer 16 530. De regeling die in deze wet is vervat, voorziet in een aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen voor een groot aantal door de rechtspersonen niet betaalde belastingen en premies waarvan de belangrijkste zijn de werknemers- en volksverzekeringspremies, bijdragen ter zake van verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds en loon- en omzetbelasting.

De wetgever heeft ervoor gekozen geen op zichzelf staande regeling te creëren die in een aparte heffingswet is opgenomen, doch de aansprakelijkheidsregeling in alle ter zake doende heffingswetten te integreren. De wet heette dan ook officieel 'Wet tot nadere wijziging van enige sociale zekerheidswetten, de wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds en enige fiscale wetten in verband met misbruik van

6 Formeel: Nadere wijziging van de Coördinatiewet Sociale Verzekering, de Wet op de loonbelasting 1964, de Wet op de omzetbelasting 1968 en enige andere wetten (invordering van bepalingen inzake hoofdelijke aansprakelijkheid voor betaling van premie en loon- en omzetbelasting bij onderaanneming en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten).

7 Wet van 4 juni 1981, *Stb.* 1981, 370.

8 Wet van 21 mei 1986, *Stb.* 1986, 276.

9 Via art. 60 Wfsv.

10 Via art. 51 Zvw.

11 Zie art. 23 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000.

12 Zie art. 36 lid 1 Invorderingswet 1990.

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

rechtspersonen'. Zo was de aansprakelijkheidsregeling terug te vinden in art. 16c en 16d CSV (tot 1 januari 2006); art. 18a en 18b Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds; art. 32 en 32a Wet LB 1964 (tot 1 juni 1990) en art. 41a en 41b Wet OB 1968 (ook tot 1 juni 1990).

Vanaf 1 juni 1990 is de bestuurdersaansprakelijkheidsregeling uit de fiscale heffingswetten gelicht en, met enige aanpassingen, in de Invorderingswet 1990 ondergebracht (art. 36, 36a¹⁴ en 36b¹⁵ Invorderingswet 1990). De overbrenging van de verschillende bepalingen naar de Invorderingswet 1990 waren slechts van formele aard (bezwaar, beroep, betwisting). Materieel is de regeling gelijk gebleven. In 2002 is de procedure voor het bestrijden van een beschikking aansprakelijkstelling ingrijpend veranderd. Per 1 januari 2006 zijn ook de premies werknemersverzekeringen¹⁶ en de inkomensafhankelijke bijdrage Zorgverzekeringswet¹⁷ onder de werking van art. 36 Invorderingswet 1990 gebracht. In 2008 is de bestuurdersaansprakelijkheid uitgebreid en wel zo dat de bestuurders van een rechtspersoon ook aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de door de rechtspersoon belopen beschikking aansprakelijkstelling (art. 36b Invorderingswet 1990, zie hoofdstuk 3.5). Per 1 januari 2021 is de bestuurder eveneens aansprakelijk voor de bronbelasting (art. 36a Invorderingswet 1990, zie hoofdstuk 3.3).

De regeling kan zonder meer als ingrijpend worden gekarakteriseerd. Bestuurders (niet slechts de formele bestuurders, doch ook '(mede)beleidsbepalers') moeten binnen een bepaalde tijd de betalingsonmacht van het lichaam melden. Gebeurt dit niet, of niet op juiste wijze dan is er een wettelijk vermoeden dat het lichaam kennelijk onbehoorlijk is bestuurd en kan de bestuurder aansprakelijk worden gesteld. Hij moet vervolgens bewijzen dat het niet op tijd melden niet aan hem te wijten is. Slaagt hij erin dit bewijs te leveren, dan moet hij bewijzen dat het niet betalen van de belastingschulden niet het gevolg is van aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur. Heeft de bestuurder wel op juiste wijze gemeld, dan moet de ontvanger aantonen dat niet-betaling van de belastingschulden te wijten is aan de bestuurder als gevolg van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het kennelijk onbehoorlijk bestuur dient binnen drie jaren voorafgaande aan de rechtsgeldige melding te hebben plaatsgevonden.

1.2 Aansprakelijkheid van bestuurders

1.2.1 Algemeen

Indien men in het algemeen spreekt over bestuurdersaansprakelijkheid, dan wordt bedoeld op externe bestuurdersaansprakelijkheid. Deze externe aansprakelijkheid ziet op aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon jegens derden. Bestuurdersaansprakelijkheid is in feite een verzamelterm die diverse categorieën omvat, waarvan

14 Met ingang van 1 januari 2021 is in art. 36a Invorderingswet 1990 de aansprakelijkheid voor de bronbelasting (formeel: de Wet van 18 december 2019 tot invoering van een bronbelasting op renten en royalty's (Wet Bronbelasting, *Stb.* 2019, 153)) geregeld.

15 Sinds 1 januari 2009 is daar kort gezegd de aansprakelijkheid geregeld van bestuurders van een rechtspersoon welke aansprakelijk zijn gesteld voor de loonbelasting en/of omzetbelasting.

16 Zie art. 60 Wfsv.

17 Zie art. 51 Zvw.

aansprakelijkheid op grond van de fiscale bestuurdersaansprakelijkheid slechts een van deze categorieën betreft. Om aansprakelijkheid op grond van de fiscale bestuurdersaansprakelijkheid in het juiste kader te plaatsen, wordt hieronder een beknopt overzicht gegeven van de meest belangrijke vormen van externe bestuurdersaansprakelijkheid, afgezien van de aansprakelijkheid op grond van de fiscale bestuurdersaansprakelijkheid. In het kader van deze brochure voert het te ver om dieper op die andere vormen van bestuurdersaansprakelijkheid in te gaan. Deze andere vormen zijn:

- aansprakelijkheid op grond van civiele recht;
- aansprakelijkheid op grond van de inleners-/ketenaansprakelijkheid;
- aansprakelijkheid op grond van de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid bij Faillissement (WBF);
- strafrechtelijke aansprakelijkheid.

1.2.2 Aansprakelijkheid op grond van het civiele recht

In het civiele recht zijn er verschillende aansprakelijkheidsbepalingen waarin de aansprakelijkheid van bestuurders is geregeld. Enkele van die bepalingen zullen hier kort aan de orde worden gesteld.

In art. 2:180 en 2:69 BW¹⁸ is de zogeheten registratieaansprakelijkheid opgenomen. Bestuurders zijn hoofdelijk aansprakelijk voor elke tijdens hun bestuur verrichte rechtshandeling waardoor de vennootschap wordt gebonden in het tijdvak voordat de opgave van de eerste inschrijving in het handelsregister en de neerlegging van afschriften van de statuten is gebeurd.

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat voornoemde aansprakelijkheid uitsluitend ziet op rechtshandelingen en niet ziet op verbintenissen die uit de wet voortvloeien.¹⁹

In art. 2:93 en 2:203 BW is de oprichtersaansprakelijkheid neergelegd. Deze bepalingen houden in dat de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de rechtshandelingen die ze verrichten namens de nv of bv 'in oprichting' totdat de vennootschap na oprichting de rechtshandeling heeft bekrachtigd.

De jaarrekening aansprakelijkheid is opgenomen in art. 2:139 en 2:249 BW. Deze bepalingen betekenen dat de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn tegenover derden voor de schade welke voortvloeit uit de publicatie van een misleidende jaarrekening of jaarverslag. De aansprakelijkheid is niet aan de orde als de bestuurder bewijst dat dit niet aan hem is te wijten.

De laatste tijd staat art. 2:239 lid 6 BW (voorheen art. 2:256 BW; vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang) in het middelpunt van de belangstelling. Art. 2:239 lid 6 BW bepaalt dat een bestuurder niet deelneemt aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met

¹⁸ Deze twee artikelen regelen de verplichting voor de bestuurders om de rechtspersoon in te schrijven in het handelsregister.

¹⁹ HR 4 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2160, NJ 1997/187.

het belang van de vennootschap. Het moet gaan om een direct of indirect persoonlijk belang van de bestuurder dat strijdig is met het belang van de vennootschap. De overige bestuurders blijven bevoegd om het besluit te nemen. Of en wanneer sprake is van een tegenstrijdig belang moet echter nog steeds worden beantwoord aan de hand van de in de jurisprudentie ontwikkelde criteria, dus met inachtneming van alle omstandigheden van het geval, waarbij leidend is of de bestuurder in staat wordt geacht om het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht.²⁰ De bestuurder zal zelf moeten vaststellen of sprake is van een tegenstrijdig belang en het moeten melden als hij een tegenstrijdig belang heeft. Een bestuurder met een tegenstrijdig belang die toch deelneemt aan de beraadslaging en besluitvorming en de vennootschap lijdt daardoor schade, kan persoonlijk aansprakelijk zijn jegens de vennootschap. Als een bestuurder met een tegenstrijdig belang toch heeft deelgenomen aan de beraadslaging en besluitvorming, is het besluit vernietigbaar. Achterliggende gedachten van zowel de oude als de nieuwe regelgeving is dat voorkomen moet worden dat een bestuurder zich laat leiden bij zijn handelen door zijn persoonlijke belang in de plaats van het belang van de vennootschap waarvan hij bestuurder is. De *Linders/Hofstee*-doctrine²¹ houdt in dat bij een belangenverstrengeling er een hogere mate van zorgvuldigheid in voorbereiding, besluitvorming en uitvoering is vereist. Zie voor een recente uitspraak Hof Arnhem-Leeuwarden.²²

Onder art. 2:256 BW (oud) kon een vennootschap de onbevoegdheid uit hoofde van art. 2:256 BW tegenwerpen aan derden indien de tegenstrijdigheid ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling bekend was, dan wel bekend had kunnen zijn bij de derden.²³ De Hoge Raad heeft geoordeeld dat materieel moet worden getoetst of sprake is van een tegenstrijdig belang en dat moet worden aangetoond dat aan de rechtshandeling ten grondslag liggende besluitvorming van de betrokken bestuurder inhoudelijk ondeugdelijk was.²⁴ Bij die beoordeling dienen alle relevante feiten en omstandigheden in ogenschouw te worden genomen. In datzelfde arrest heeft de Hoge Raad eveneens geoordeeld dat indien een natuurlijk persoon handelt in zijn hoedanigheid als bestuurder/aandeelhouder van meerdere vennootschappen die een groep vormen, slechts onder bijzondere omstandigheden sprake kan zijn van een tegenstrijdig belang. Zie verder Van Veen,²⁵ Dooresteijn²⁶ en Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood.²⁷

De meest algemene vorm van bestuurdersaansprakelijkheid is de aansprakelijkheid op grond van een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). De ontvanger kan een actie uit onrechtmatige daad jegens bestuurders van een vennootschap instellen naast de specifieke

20 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033, NJ 2007/420 (*Bruil*).

21 Hof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, NJ 1994/481, Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI4018.

22 Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:6310.

23 HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7141, NJ 2009/595 en HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI712, NJ 2009/596.

24 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033, NJ 2007/420 (*Bruil*).

25 Vertegenwoordiging van rechtspersonen bij tegenstrijdig belang, *Ondernemingsrecht* 1999, 4, p. 93.

26 Tegenstrijdig belang: de stand van zaken, *WPNR* 1998/6337, p. 750-754, De nieuwe tegenstrijdig belangregeling en de praktijk, *Onderneming en Financiering* 2010 (18).

27 Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood, *Van de BV en de NV* 2022.

acties op grond van de antimisbruikwetten.²⁸ Op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de ontvanger het civiele recht mag toepassen, ook indien de fiscale vordering nog niet is geformaliseerd in een aanslag.²⁹ Heeft de ontvanger gekozen voor de civiele weg dan gelden de civiele waarborgen. Uit de zaak *Tradman* komt naar voren dat ook derden, in dit geval een trustkantoor en enige van haar medewerkers, op civielrechtelijke gronden aansprakelijk worden gehouden voor de door de Belastingdienst geleden schade. De grondslag van die vordering is dat het trustkantoor en haar medewerkers onrechtmatig tegenover de Belastingdienst hebben gehandeld. Die onrechtmatigheid bestond uit het misbruik maken van kasgeldvennootschappen en het buiten het zicht van de Belastingdienst houden van een aantal vennootschappen. Hof Amsterdam³⁰ heeft geoordeeld dat als het belastingrecht geen mogelijkheden (meer) biedt om de belastingschuld vast te stellen waarop de Staat of de ontvanger materieel aanspraak heeft, het privaatrecht in beginsel aan de Staat en de ontvanger niet de mogelijkheid biedt het aldus (mogelijk) misgelopen bedrag als schadevergoeding te vorderen van een derde wegens een door die derde gepleegde onrechtmatige daad. Op het ingestelde beroep in cassatie is door de Hoge Raad geoordeeld dat het vorderen van een schadevergoeding in een dergelijk geval in strijd is met het legaliteitsbeginsel. Bovendien vormt dat een onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke regels welke de grondslag vormen voor de heffing en inning van belastingen.³¹ Met andere schrijvers³² ben ik van mening dat, indien aansprakelijkstelling op grond van de Invorderingswet 1990 niet mogelijk is omdat niet aan de materiële vereisten voor die desbetreffende bepaling wordt voldaan, het niet aangaat dat de ontvanger toch eenzelfde resultaat zou bereiken bij het instellen van een actie uit onrechtmatige daad.

Bij de beoordeling van aansprakelijkheid op grond van een onrechtmatige daad geldt als hoofdregel dat het handelen van een bestuurder heeft te gelden als eigen gedraging van

- 28 Art. 4:124 Awb. Aan het zogeheten 'open-systeem' is wel een grens. Zo heeft de Hoge Raad de 'tweewegenleer' ontwikkeld (HR 8 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC7062, NJ 1998/890, BNB 1998/277). De Hoge Raad heeft geoordeeld dat indien de overheid zowel een civielrechtelijke als een publiekrechtelijke weg open staat om een bepaald resultaat te bereiken, zij van beide mogelijkheden gebruik mag maken, tenzij gebruik van de civiele weg een onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke regeling meebrengt (HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965, NJ 1991/393 (*Windmill*), BNB 1990/162). Ook het instellen van een civiele vordering tot afdwinging van de nakoming van de in art. 47 AWR neergelegde verplichting om informatie te verschaffen, levert geen strijd op met de 'tweewegenleer' (HR 18 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI5906, BNB 2010/21). In HR 15 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:890, NJ 2020/269 is geoordeeld dat het niet mogelijk is voor de overheid om de meerkosten die zij moet maken ten gevolge van het opzettelijk doen van onjuiste belastingaangiften door een belastingadviseur, op die belastingadviseur te verhalen; er is sprake van een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht.
- 29 HR 28 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2120, NJ 1997/102 (*Van Maarseveen/ontvanger*), HR 30 januari 2004, HR:2004:AF8839, NJ 2004/197 (*ontvanger/Heerenbeek Holding*), HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR7930, NJ 2005/347.
- 30 Hof Amsterdam 15 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3461, V-N 2021/9.20.
- 31 HR 4 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1579, BNB 2023/11.
- 32 *Cursus Belastingrecht Formeel Belastingrecht*, hoofdstuk 10.1.3.B, Deventer: Wolters Kluwer 2025, M.W.C. Feteris, *Formeel Belastingrecht*, p. 226-227, Deventer: Kluwer 2007, J.A. Booijs, *Aansprakelijkheid van bestuurders voor belastingschulden (Fiscale Monografieën nr. 104)* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003 en R.W.J. Kerckhoffs e.a., *Fiscaal Commentaar Invorderingswet*, p. 117, Deventer: Kluwer 2001.

de rechtspersoon. Deze hoofdregel staat er echter niet aan in de weg dat een bestuurder of orgaan naast de rechtspersoon tegenover een derde aansprakelijk is, indien deze bestuurder c.q. dit orgaan heeft gehandeld in strijd met de zorgvuldigheid die deze bestuurder c.q. dit orgaan naar verkeersnormen persoonlijk jegens de benadeelde in acht had behoren te nemen. In een dergelijke situatie dient het te gaan over of aan de bestuurder een voldoende ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt.³³ Bij een beoordeling of er sprake is van een zodanig ernstig persoonlijk verwijt dienen alle omstandigheden van het geval te worden betrokken.³⁴ Onder omstandigheden is echter geen ernstig verwijt noodzakelijk. In het arrest *Spaanse Villa* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het ook mogelijk is dat de aansprakelijkheid rust op een op de persoon persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting.³⁵ Ten aanzien van de verschillende vormen van bestuurdersaansprakelijkheid, interne aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW, de faillissementsaansprakelijkheid op grond van art. 2:238/2:248 BW en de externe aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW, kan de vraag worden opgeroepen of de wettelijke grondslagen niet gelijk zijn. De Valk³⁶ is van oordeel dat het om verschillende normcomplexen gaat. Huizink daarentegen is van mening dat de maatstaf voor aansprakelijkheid van bestuurders tegenover derden gelijk is aan de aansprakelijkheidsmaatstaf voor aansprakelijkheid van bestuurders tegenover de vennootschap.³⁷ Gelet op de door de rechters gebruikte overwegingen ben ik het met Huizink eens dat het bij alle vormen van bestuurdersaansprakelijkheid gaat om de vraag of de bestuurder een voldoende ernstig persoonlijk verwijt te maken valt.

In tegenstelling tot de antimisbruikwetgeving betreft een actie uit onrechtmatige daad een zogenoemde open norm, die naar de feiten en omstandigheden van elk voorkomend geval geconcretiseerd zal moeten worden. De drie antimisbruikwetten zijn meer toegesneden op

33 HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, NJ 1997/360 (*Staleman/Van de Ven*), HR 18 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4873, NJ 2000/295. In gelijke zin onder meer HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*). In HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, NJ 2009/21 (*Willemsen/NOM*) is geoordeeld dat art. 2:9 BW ook van toepassing is op een aansprakelijkheidsprocedure tussen een individuele (minderheids)aandeelhouder en een bestuurder (die tevens minderheidsaandeelhouder was). Daarnaast is geoordeeld dat het handelen in strijd met de statutaire bepalingen die een individuele aandeelhouder beogen te beschermen in beginsel aansprakelijkheid van de bestuurder tegenover die individuele aandeelhouder met zich brengt. Zie ook T. Kroeze, 'De aansprakelijkheid van de bestuurder ten opzichte van de individuele aandeelhouder', *V&O* 2008, nr. 11, p. 218.

34 HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7011, NJ 2003/455 (*Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*).

35 HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, NJ 2013/302. Zie ook HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:262, NJ 2015/21 (*Hezemans/M*). Zie ook de literatuur na het arrest van de Hoge Raad, onder meer W.A. Westenbroek, 'Metaalmoeheid na 88 jaar 'externe' bestuurdersaansprakelijkheid en Spaanse Villa, het is tijd voor herbezinning: laat de ernstig verwijt maatstaf los', *Ondernemingsrecht* 2015/69, P.D. Olden, 'Koester de maatstaf ernstig verwijt': beter hebben we niet', *Ondernemingsrecht* 2015/70, A. Karapetain, 'Bestuurdersaansprakelijkheid na Van de Riet/Hofmann: over hoe het is, hoe het was en zou moeten zijn', *WPNR* 2015/7052, M. Kroeze, 'Bestuurdersaansprakelijkheid of eigen onrechtmatige daad. Maatstaf voor aansprakelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2013, afl. 47, p. 243-246.

36 S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevend* (diss. Groningen) (deel 53 IVO-reeks), Deventer: Kluwer 2009.

37 J.B. Huizink, 'Bestuurdersaansprakelijkheid, een pot nat?', *Onderneming en Financiering* 2009, nr. 17, p. 100-113.

specifieke gevallen. Door deze nadere concretisering wordt in de drie antimisbruikwetten ook degene die tot aansprakelijkstelling over kan gaan een bewijsrechtelijke positie verschaft die het eenvoudiger maakt tot daadwerkelijke aansprakelijkstelling over te gaan. Dit is de reden dat er door de Belastingdienst niet snel een onrechtmatige-daadactie wordt ingesteld, hoewel dit in vele gevallen theoretisch wel mogelijk lijkt. Een uitzondering hierop was de aansprakelijkheid ex art. 40 (oud) Invorderingswet 1990.

Tijdens het faillissement van een rechtspersoon blijft een bestuurder van de rechtspersoon tegenover een schuldeiser of een derde persoonlijk aansprakelijk op grond van art. 6:162 BW wegens een specifiek tegen hem gepleegde onrechtmatige daad.³⁸ Art. 2:138 en 2:248 BW behelzen een bijzondere aansprakelijkheidsregeling, maar die beoogt niet de toepasselijkheid van art. 6:162 BW uit te sluiten. Zij zijn derhalve geen *lex specialis* van de onrechtmatige daad.

De hoofdelijke aansprakelijkheid van een bestuurder in geval van faillissement wegens onbehoorlijk bestuur ex art. 2:248 BW is geen aansprakelijkheid jegens de gefailleerde vennootschap maar een aansprakelijkheid jegens de boedel.³⁹ Een en ander betekent dat de bestuurder zijn vordering op failliete vennootschappen niet ex art. 53 Fw kan verrekenen met vordering van curator op bestuurder.⁴⁰

Art. 47 Fw is wel een *lex specialis* ten opzichte van art. 6:162 BW.⁴¹ De Hoge Raad heeft in 2001 geoordeeld dat een individuele schuldeiser in beginsel het recht heeft om een eigen vordering in te stellen tegen de bestuurders van de failliete vennootschap, zelfs indien die vordering op hetzelfde feitencomplex is gebaseerd als de 'collectieve' vordering van de curator.⁴²

Is er inderdaad sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur, dan zal dit veelal ook een grond voor onrechtmatige daad opleveren. In de fiscale bestuurdersaansprakelijkheidsregeling en de WBF kan er echter ook bij wijze van fictie worden aangenomen dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. De bewijslast inzake kennelijk onbehoorlijk bestuur wordt op deze wijze op de betreffende bestuurder afgewenteld. Indien een crediteur van een vennootschap een onrechtmatige-daadactie wenst in te stellen tegenover een van de bestuurders van de vennootschap, dient deze crediteur ten opzichte van de bestuurder het volledige en overtuigende bewijs te leveren van alle elementen van onrechtmatige daad.

38 HR 5 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF8257, *JOR* 2003/226.

39 HR 18 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI5912, *NJ* 2009/438.

40 HR 18 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI5912, *NJ* 2009/438.

41 HR 16 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6234, *NJ* 2000/578, Rb. Utrecht 14 januari 2004, ECLI:NL:RBUTR:2004:AO8730, *NJF* 2004/224 en Rb. Utrecht 24 maart 1999, ECLI:NL:RBUTR:1999:ZL0744, *JOR* 1999/182.

42 HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499 (*Sobi/Hurks*), *NJ* 2005/96 en HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD2684 (*Lunderstädt/De Kok c.s.*), *NJ* 2005/95.

In Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht is de bestuurdersaansprakelijkheid uitgebreid.⁴³ Het gevolg van deze wet is onder meer dat de volgende wijzigingen zijn aangebracht:

- Afschaffing minimumkapitaal. Ten minste één aandeel moet worden gehouden door een ander dan de bv.
- Maatschappelijk kapitaal hoeft niet meer in de statuten te worden opgenomen.
- Het kapitaal mag ook in een andere munteenheid dan de euro luiden.
- De stortingsplicht op aandelen kan voor 100% worden uitgesteld.
- Het opleggen van verplichtingen aan aandeelhouders bij statuten is verruimd.
- De verplichte blokkeringsregeling is afgeschaft.
- De verplichte bankverklaring als bedoeld in art. 2:203a lid 1 BW is afgeschaft. Ingeval de inbreng in natura plaatsvindt is de verplichte accountantsverklaring (art. 2:204a lid 2 en art. 2:204b lid 2 BW) afgeschaft.
- De nachtründungsregeling ex art. 2:240c BW is afgeschaft.
- Het verbod op financiële steunverlening ex art. 2:207c BW is afgeschaft
- Invoering van een uitkeringstest.
- Invoering van een (beperkte) balanstest.
- Vervallen beperking bij verkrijging eigen aandelen door de bv.
- Mogelijkheden tot kapitaalvermindering zijn verruimd.
- Introductie aandelen zonder winstrechten.
- Introductie aandelen zonder stemrecht.

Door de introductie van stemrechtloze aandelen is het makkelijker om aandelen aan werknemers te verstrekken daar zij dan geen stemrecht hebben in de algemene vergadering. Met betrekking tot de verzekeringplicht voor de werknemersverzekeringen verandert er niets.

Wel dient dan te worden beoordeeld of en in hoeverre is sprake is/wordt van een aanmerkelijk belang in de zin van art. 4.6 Wet IB 2001. Er is sprake van een aanmerkelijk belang indien de belastingplichtige, al dan niet samen met zijn partner, aandeelhouder is van ten minste 5% van het geplaatste aandelenkapitaal van een aandelensoort bezit.⁴⁴ De stemrechtloze aandelen worden als een afzonderlijke aandelensoort aangemerkt. Het aanmerkelijke belang is ook van belang in het kader van art. 40 Invorderingswet 1990. Aldaar is geregeld dat een aandeelhouder, die tezamen met zijn partner en zijn bloedverwanten in de rechte lijn ten minste een derde deel van het geplaatste aandelenkapitaal bezit en zijn aandelen vervreemdt, aansprakelijk is voor de VPB-schulden van de lege vennootschap. Door uitgifte van stemrechtloze en winstrechtloze aandelen kan de aandeelhouder bereiken dat hij minder dan een derde van het geplaatste aandelenkapitaal bezit en aldus de werking van art. 40 Invorderingswet 1990 omzeilen. Naar ik aanneem, is dit niet de bedoeling.

Uitgangspunt is dat de algemene vergadering van aandeelhouders bevoegd is tot bestemming van de winst en tot vaststelling van uitkeringen. De verplichte reserves kunnen niet

⁴³ Wet van 18 juni 2012, *Stb.* 2012, 299.

⁴⁴ Art. 4.6 Wet IB 2001.