

BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID IN THEORIE

Over rechtsvorming en taal, onbehoorlijk bestuur, onrechtmatige daad en ernstig verwijt

Verkorte citeerwijze: Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie* (IVOR nr. 108) 2017/[paragraafnummer].

Volledige citeerwijze: W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie*, diss. Rotterdam (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 108), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Omslagontwerp: Hans Roenhorst, wwwh2rplus.nl

ISBN 978-90-13-14566-3

ISBN 978-90-13-14567-0 (E-book)

NUR 827-715

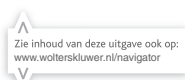
© 2017, W.A. Westenbroek

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Wolters Kluwer Nederland BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements) overeenkomst. De gegevens kunnen door Wolters Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen. Op alle uitgaven van Wolters Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.wolterskluwer.nl of kunt u opvragen bij onze klantenservice.



NAVIGATOR

Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie

Over rechtsvorming en taal, onbehoorlijk bestuur, onrechtmatige daad en ernstig verwijt

THE THEORY OF DIRECTORS' LIABILITY

About creation of law, language, improper management, tort and serious blame

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de
rector magnificus

prof.dr. H.A.P. Pols

en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op

vrijdag 3 november 2017 om 13:30 uur

door

Winand Aerjen Westenbroek

geboren te Luxemburg
(Luxemburg)

Erasmus University Rotterdam

The Erasmus University logo, featuring a stylized, handwritten-style script of the word "Erasmus" in a dark, possibly black, ink.

Promotiecommissie:

Promotor: Prof.mr. M.J. Kroeze
Prof.mr. B.F. Assink

Overige leden: Prof.mr. L. Timmerman
Prof.mr. F.M.J. Verstijlen
Prof.mr. C.A. Schwarz

Voorwoord

Dit boek bevat het resultaat van het promotieonderzoek van mr. Winand Westenbroek naar de theoretische kaders van het Nederlandse bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Op 3 november 2017 promoveerde hij als buitenpromovendus aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Als promotoren traden op prof. mr. M.J. Kroeze en prof. mr. B.F. Assink.

Westenbroek behandelt in zijn studie zowel interne bestuurdersaansprakelijkheid van art. 2:9 BW als externe bestuurdersaansprakelijkheid van art. 6:162 BW. Centraal staat de ernstigverwijtmaatstaf die wordt gehanteerd voor de beoordeling van aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen. Het is ruim dertig jaar geleden dat deze maatstaf in de literatuur werd geïntroduceerd voor de beoordeling van interne bestuurdersaansprakelijkheid. Het is twintig jaar geleden dat de Hoge Raad de maatstaf voor de beoordeling van interne bestuurdersaansprakelijkheid heeft overgenomen. Het is elf jaar geleden dat de Hoge Raad de maatstaf heeft overgenomen voor de beoordeling van externe bestuurdersaansprakelijkheid. De ernstigverwijtmaatstaf is in de literatuur meermaals grondig tegen het licht gehouden. Hoewel in de literatuur wel kritiek is geleverd op de ernstigverwijtmaatstaf – de maatstaf zou, kort gezegd, onduidelijk zijn en niet passen in de systematiek van de wet – wordt de maatstaf in de Nederlandse rechtswereld breed gedragen. De maatstaf is per 1 januari 2013 zelfs gecodificeerd in art. 2:9 BW.

Westenbroek geeft in zijn studie een veelomvattende rechtstheoretische en rechtshistorische analyse gericht op de totstandkoming, de (taalkundige) betekenis en de functie van de ernstigverwijtmaatstaf. Daarbij schuwt hij de controverse niet. Hij werpt vragen op als: Wat betekent de term ‘ernstig verwijt’ eigenlijk en wat bedoelt de Hoge Raad als hij de ernstigverwijtmaatstaf een ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’ noemt? Hoog ten opzichte van wat? Kortom, is de rechtsontwikkeling van de afgelopen dertig jaar wel zo vanzelfsprekend als het lijkt en is de ernstigverwijtmaatstaf wel te rechtvaardigen? Westenbroek concludeert dat dit niet het geval is. Daarbij gaat hij in op het onderscheid tussen rechtstheorie en rechtspolitiek, op het belang van taal voor het recht en op het belang van de ‘spelregels’ van de rechtswetenschap, zoals de rechtstheoretische interpretatie- en redeneermethoden, de logica, maar ook de trias politica.

VOORWOORD

Daarnaast besteedt hij ruim aandacht aan de totstandkoming en het gebruik van de ernstigverwijtmaatstaf. Arresten zoals *Staleman/Van de Ven*, *Ontvanger/Roelofsen*, *Willemsen/NOM*, *Spaanse Villa*, *Hezemans Air*, *RCI/Kastrop* en *Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters* passeren de revue. Hij staat stil bij vragen als: Wat betekent onbehoorlijke taakvervulling en wat zijn de consequenties van het collegialiteitsbeginsel en de daaruit voortvloeiende collectieve verantwoordelijkheid? Ook elementaire begrippen en leerstukken uit het burgerlijk recht worden behandeld. Wat zijn bijvoorbeeld de gevolgen van rechtspersoonlijkheid, rechtssubjectiviteit en toerekening? De aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder op grond van art. 2:11 BW komt eveneens aan bod. Met zijn onderzoek en de conclusie dat de ernstigverwijtmaatstaf dient te worden losgelaten, beoogt Westenbroek het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht weer begrijpelijk te maken.

Westenbroek brengt zijn bevindingen naar buiten op een moment dat in de politiek nog verder gedebatteerd moet worden over een mogelijke wijziging van art. 2:9 BW op grond van het op 8 juni 2016 bij de Tweede Kamer ingediende Voorstel van Wet bestuur en toezicht rechtspersonen. In hoofdstuk 8 doet hij een eigen voorstel voor art. 2:9 BW. In het debat hierover kan dit proefschrift dan ook een waardevolle bijdrage vormen. Het proefschrift vormt een basis voor verdere discussie en rechtsontwikkeling.

Het doet ons genoeg dit proefschrift op te nemen in de reeks Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht van de Rijksuniversiteit Groningen en Erasmus Universiteit Rotterdam.

M.J. Kroeze
J.B. Wezeman

Inhoud

Voorwoord	V
Lijst van gebruikte afkortingen	VII
Hoofdstuk 1. Inleiding	1
1.1 Ter introductie	1
1.2 Probleemstelling en rechtvaardiging onderzoek: rechtstheoretische analyse van de ernstigverwijtmaatstaf	3
1.2.1 Introductie van de ernstigverwijtmaatstaf	3
1.2.2 Externe bestuurdersaansprakelijkheid	5
1.2.3 Interne bestuurdersaansprakelijkheid	7
1.2.4 De realiteit van de ernstigverwijtmaatstaf	9
1.3 Paradigmatische rechtstheorie of rechtspolitiek?	21
1.4 Afbakening en methode	32
1.5 Opzet van het proefschrift	34
Hoofdstuk 2. Taal, methoden van rechtsvinding en rechtswetenschappelijke toetsing	39
2.1 Inleiding	39
2.2 Taal en recht	40
2.3 Trias politica en rechtsvorming door de rechter	44
2.3.1 Inleiding	44
2.3.2 Trias politica	44
2.3.3 Rechtsvinding en rechtsvorming: een semantische discussie?	46
2.3.4 Art. 81 lid 1 Wet RO	54
2.3.5 Trias politica en jurisprudentie als rechtsbron	57
2.3.6 Trias politica en doctrine als rechtsbron	57
2.3.7 Gedragsnormen, toetsingsnormen/toetsingsregels en beslissingsregels	58
2.3.8 Tot slot: de hoge drempel van de ernstigverwijtmaatstaf in het licht van rechtsvorming	59
2.4 Rechtstheoretische toetsing en interpretatiemethoden	60
2.4.1 Rechtstheoretische rede en de rationele reconstructie van een uitspraak	60
2.4.2 Grammaticale interpretatie	62
2.4.3 (Wet)systematische interpretatie	63
2.4.4 Wets- en rechtshistorische interpretatie	63

INHOUD

2.4.5	Anticiperende interpretatie	63
2.4.6	Teleologische interpretatie	64
2.4.7	Voorrang interpretatiemethoden in het licht van trias politica	64
2.4.8	Analogie en a contrario-redenering	64
2.4.9	Rechtsverfijning	65
2.5	Samenvatting	66
Hoofdstuk 3.	Interne bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW	67
3.1	Inleiding	67
3.2	Ontwikkeling art. 2:9 BW	67
3.3	De betekenis van ‘besturen’	72
3.4	De systematiek van art. 2:9 BW en stelplicht- en bewijslastverdeling	74
3.5	Eenmansbestuur: geen disculpatie behoudens belet of ontstentenis	77
3.6	Meerhoofdig bestuur: collectieve verantwoordelijkheid en het collegialiteitsbeginsel	79
3.6.1	Inleiding	79
3.6.2	Het algemene en financiële beleid	81
3.6.3	Spanningsveld tussen collegialiteitsbeginsel en taakverdeling: een onderscheid tussen ‘inhoudelijk (on)behoorlijke taakvervulling’ en ‘collegiaal (on)behoorlijke taakvervulling’	84
3.6.4	Stel- en bewijsplicht bij disculpatie, taakverdeling en belet	91
3.6.5	Collegialiteitsbeginsel voor alle rechtspersonen is een rechtspolitieke keuze	108
3.7	De toetsingsregels voor art. 2:9 BW en het verband met art. 2:138/248 BW	117
3.7.1	Inleiding: de relevantie van de parlementaire geschiedenis van art. 2:138/248 BW	117
3.7.2	(Kennelijk) onbehoorlijke taakvervulling als rechtsgrond voor aansprakelijkheid (de ‘behoorlijke taakvervullingsnorm’)	122
3.7.3	Onbehoorlijke taakvervulling van ‘het bestuur’ of van individuele ‘bestuurders’?	123
3.7.4	‘Kennelijk’ onbehoorlijk bestuur en onbehoorlijk bestuur: gedragsnormen en toetsingsregels zijn hetzelfde	125
3.7.5	Omvang van schade en bewijspositie bij art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW: beslissingsregels zijn verschillend	139
3.7.6	Het risico van hindsight bias (het ‘peilmoment’)	150
3.7.7	Objectieve toets van de inspanningsverbintenis (de maatman-bestuurder)	151
3.7.8	Beleidsruimte, ondernemen en de grijze zone: Waar gehakt wordt, vallen spaanders	156
3.8	Het civielrechtelijke schuldbegrip en overmacht in het kader van art. 2:9 BW	160
3.9	Samenvatting	168

Hoofdstuk 4.	Introdactie van de ernstigverwijtmaatstaf bij interne bestuurdersaansprakelijkheid	171
4.1	Inleiding	171
4.2	Oorsprong: Het <i>Schenkelaars Muziekinstrumentenfabriek</i> -arrest en het <i>Debrot</i> -arrest	171
4.3	Introdactie van de ernstigverwijtmaatstaf in de literatuur tussen 1986 en 1997 via de inspanningsverbintenis	173
4.4	Introdactie van de ernstigverwijtmaatstaf in 1997 in de rechtspraak (<i>Staleman/Van de Ven</i>)	178
4.4.1	Inleiding	178
4.4.2	Het hof in <i>Staleman/Van de Ven</i>	179
4.4.3	De conclusie van A-G Mok	180
4.4.4	De Hoge Raad in <i>Staleman/Van de Ven</i>	183
4.5	Rationele reconstructie van <i>Staleman/Van de Ven</i>	184
4.5.1	Inleiding	184
4.5.2	Rationele reconstructie op grond van letterlijke bewoordingen van het hof	185
4.5.3	Rationele reconstructie op grond van de conclusie van de A-G en het <i>Willemsen/NOM</i> -arrest	186
Hoofdstuk 5.	Analyse van de rationele reconstructie van <i>Staleman/Van de Ven</i>	189
5.1	Inleiding	189
5.2	Grammaticale analyse	191
5.2.1	Strikt grammaticale analyse: onbehoorlijke taakvervulling impliceert reeds ‘verwijtbaar’	191
5.2.2	Grammaticaal-wetshistorische analyse: ‘ernstig verwijt’ heeft van oorsprong dezelfde betekenis als ‘grove schuld’ (‘opzet of bewuste roekeloosheid’)	193
5.3	Wetsystematische en wets- en rechtshistorische analyse	216
5.3.1	Behoorlijke taakvervulling behelst blijkens wetsgeschiedenis een objectieve toets terwijl ernstig verwijt in de oorspronkelijke betekenis een subjectieve toets behelst	216
5.3.2	Onbehoorlijke taakvervulling houdt rekening met beleidsruimte in het licht van maatman-bestuurder	219
5.3.3	Het onderscheid tussen verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid, respectievelijk de inspannings- en de resultaatsverbintenis	221
5.3.4	De analogie tussen de bestuurder en de beroepsbeoefenaar en de norm van art. 7:401 BW	225
5.3.5	Rechtsgrond voor aansprakelijkheid: art. 2:9 BW derogeert aan arbeidsrechtelijke verhouding	228
5.3.6	De ratio en systematiek van art. 2:9 BW: stelplicht en bewijslast	233
5.3.7	Maatstaf past niet bij de uit het collegialiteitsbeginsel voortvloeiende verbintenis tot een collegiale taakuitoefening	238
5.3.8	Maatstaf wel in art. 2:9 BW, maar niet in art. 2:138/248 BW	241

INHOUD

5.3.9	De maatstaf en zijn rechtvaardiging verhoudt zich niet met fundamentele bestuursverplichtingen zoals art. 2:10 BW en art. 2:394 BW	244
5.3.10	Maatstaf is vooral gericht op bestuurders (van kapitaalvennootschappen) die moeten ondernemen	247
5.3.11	Het gevaar van hindsight bias en een ‘vaderlijke aanmaning’ aan de feitenrechter	253
5.4	Teleologische analyse	257
5.5	Anticiperende analyse	257
5.6	Doctrine, rechtsverfijning en de betekenis van de ernstigverwijtmaatstaf: schuldgradatie, toerekeningsmaatstaf of toetsingsnorm/aansprakelijkheidsnorm?	258
5.7	Conclusie: rechtsvorming in strikte zin	268
Hoofdstuk 6.	De ernstigverwijtmaatstaf in rechtspraak over interne bestuurdersaansprakelijkheid	271
6.1	Inleiding	271
6.2	Motivering van onbehoorlijk bestuur kan zonder ernstigverwijtmaatstaf (<i>Goedewaagen Beheer</i>)	271
6.3	De werking van art. 2:9 BW bij een enig bestuurder (<i>Van Dooren q.q./Hendriks</i>)	274
6.4	Geen aansprakelijkheid enig bestuurder voor het financiële beleid (het <i>Kasgeld</i> -arrest)?	275
6.5	Art. 2:9 BW en handelen in strijd met statutaire bepalingen (<i>Berghuizer Papierfabriek</i> en <i>Fibercom</i>)	277
6.6	Art. 2:9 BW impliceert de objectieve toets van een redelijk denkend ondernemer (<i>Skipper Club Charter</i>)	280
6.7	Een dubbele toets voor aansprakelijkheid in art. 2:9 BW	281
Hoofdstuk 7.	Tussenconclusie: de realiteit en wenselijkheid van de ernstigverwijtmaatstaf	289
Hoofdstuk 8.	Codificatie van de ernstigverwijtmaatstaf en een nieuw voorstel voor art. 2:9 BW	293
Hoofdstuk 9.	Externe bestuurdersaansprakelijkheid en de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf	313
9.1	Art. 6:162 BW	313
9.2	Standaardjurisprudentie 1927 – 1997	314
9.2.1	Kretzschmar/Mendes de Leon	314
9.2.2	<i>Van Dullemen/Sala</i> (nakomingsfrustratie)	315
9.2.3	Beklamel	316
9.3	Introductie terminologie in 1997-2005 die lijkt op ernstigverwijtmaatstaf uit interne aansprakelijkheid	316
9.3.1	Henkel/JMG	317
9.3.2	New Holland Belgium/Oosterhof	317

INHOUD

9.3.3	Textile Company APS/Steins	318
9.3.4	Ponteceen/Van Straten	319
9.3.5	Ontvanger/S	320
9.4	Introductie en onderbouwing ernstigverwijtmaatstaf 2006-2014	321
9.4.1	Ontvanger/Roelofsen	321
9.4.2	Spaanse Villa	322
9.4.3	<i>Hezemans Air</i> en <i>RCI/Kastrop</i>	323
Hoofdstuk 10. Analyse van de introductie en onderbouwing van de ernstigverwijtmaatstaf		327
10.1	Inleiding	327
10.2	Analyse van de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in <i>Ontvanger/Roelofsen</i>	329
10.2.1	Grammaticale analyse: introductie een gevolg van terminologiekeuze?	329
10.2.2	Analyse van de analogie tussen de bestuurder en de werknemer in het licht van de artt. 6:170-172 BW	333
10.2.3	Wetsystematische en wetshistorische analyse van normatieve convergentie in het licht van art. 6:170-172 BW	337
10.2.4	Teleologische analyse van normatieve convergentie in het licht van artt. 6:170-172 BW	341
10.2.5	Analyse in het licht van rechtsverfijning en betekenis art. 6:162 BW	343
10.2.6	Analyse in het licht van rechtsverfijning en systematisch toetsingsmodel – <i>RCI/Kastrop</i>	346
10.3	Wetsystematische analyse van het verschil tussen een ‘gewone’ onrechtmatige daad en bestuurdersaansprakelijkheid	353
10.4	Het toerekeningsleerstuk: rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit	362
10.4.1	Inleiding	362
10.4.2	Betekenis van toerekening en onderscheid met art. 6:98, 6:162 lid 3 en 6:170-172 BW	362
10.4.3	Rechtspersonen en rechtspersoonlijkheid	364
10.4.4	Toerekening van kennis en feitelijke handelingen	366
10.4.5	Toerekening van gedraging aan rechtspersoon impliceert geen eigen onrechtmatige daad	368
10.4.6	Toerekening door vertegenwoordigingsregels van Boek 3 BW in het vennootschapsrecht	370
10.4.7	Het doel van toerekening is wenselijke bescherming voor de wederpartij	372
10.4.8	Primaire en secundaire aansprakelijkheid heeft geleid tot hoge drempel voor aansprakelijkheid	377
10.5	Analyse van <i>Hezemans Air</i> en <i>RCI/Kastrop</i> : primaire en secundaire aansprakelijkheid	381
10.5.1	Inleiding	381
10.5.2	Rechtshistorische analyse van hoge drempel voor aansprakelijkheid door toerekening	382

INHOUD

10.5.3	Wetsystematische analyse: primaire en secundaire aansprakelijkheid bestaan niet en (rechts)persoonlijkheid en rechtssubjectiviteit zorgen voor bescherming	383
10.5.4	Wetsystematische en rechtshistorische analyse: rechtssubjectiviteit, eigen verantwoordelijkheid en het onderscheid tussen normsubjecten (hoedanigheid van handelende persoon)	386
10.5.4.1	Aansprakelijkheid van de officier van justitie (1991)	392
10.5.4.2	Aansprakelijkheid van de vertegenwoordiger (2004)	393
10.5.4.3	Buurmannen A, B en C (2013)	395
10.5.4.4	Aansprakelijkheid van de schilder (2015)	396
10.5.4.5	Aansprakelijkheid van de werknemer die een grondverzetmachine bestuurt (2015)	397
10.5.4.6	De Julianabrug in Alphen aan den Rijn (2015)	398
10.5.4.7	Onderscheid normen en eigen aansprakelijkheid rechtssubject: een rechtspolitieke keuze	399
10.5.5	Analogische analyse tussen de bestuurder en de vertegenwoordiger uit Boek 3 BW	404
10.5.6	Analogische analyse tussen de bestuurder en het rechtssubject in het algemeen: een ‘status aparte’ voor bestuurders? (hoedanigheid van handelende persoon)	408
10.6	Analyse van <i>Willemsen/NOM</i> , <i>Hezemans Air</i> en <i>RCI/Kastrop</i> : het belang van ondernemen	415
10.6.1	Inleiding	415
10.6.2	Rationele analyse: beleidsruimte is intern in het belang van de rechtspersoon	416
10.6.3	Wetshistorische en wetsystematische analyse: maatstaf is gebaseerd op gedachte dat bestuurder moet kunnen ondernemen	418
10.7	Analyse in het licht van samenloop en normatieve convergentie	421
10.8	Analyse in het licht van de bewaarnemersrol van de bestuurder in het maatschappelijk belang op grond van art. 2:5 BW jo. art. 2:9 BW	424
10.9	Analyse in verband met de stelplicht en bewijslast van art. 6:162 BW	436
10.10	Analyse in het licht van het gevaar van hindsight bias en ‘vaderlijke aanmaning’ aan de feitenrechter	441
10.11	Conclusie	444
Hoofdstuk 11.	Doorbraak van aansprakelijkheid ex art. 2:11 BW	449
11.1	Inleiding	449
11.2	Artikel 2:11 BW	450
11.3	Toepassing op interne en wettelijke aansprakelijkheid en vorm van risicoaansprakelijkheid	452
11.4	Rechtspersoonlijkheid, de bewaarnemersrol van de bestuurder bij art. 2:9 BW jo. art. 2:11 BW en het toerekeningsleerstuk	453

INHOUD

11.5	De toepasselijkheid van art. 2:11 BW op art. 6:162 BW-aansprakelijkheid (<i>Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters</i>)	457
11.5.1	Inleiding	457
11.5.2	Parlementaire geschiedenis van art. 2:11 BW met betrekking tot art. 6:162 BW	457
11.5.3	Het hof in <i>Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters</i>	459
11.5.4	De Hoge Raad in <i>Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters</i>	460
11.5.5	Stelplicht- en bewijslastverdeling in het licht van de abstracte rechtsvorm staan centraal	461
11.6	De betekenis van toerekening bij de beoordeling van aansprakelijkheid van tweedegraads bestuurders	466
11.7	De betekenis van toerekening van disculpatie aan rechtspersoon-bestuurder vs. Matroeskja-poppetjes	468
11.8	Slotbeschouwing	476
Hoofdstuk 12.	Rechtsvergelijking externe bestuurdersaansprakelijkheid	479
12.1	Inleiding	479
12.2	Externe bestuurdersaansprakelijkheid in Delaware	481
12.2.1	Inleiding	481
12.2.2	Interne aansprakelijkheid vs. gewone onrechtmatige daad ('tort')	482
12.2.3	Aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad van bestuurder/ vennootschap	483
12.2.4	Aansprakelijkheid in verband met overeenkomst tussen vennootschap en derde	484
12.2.5	Schending van een persoonlijk op de bestuurder rustende zorgvuldigheidsverplichting	487
12.2.6	Conclusie	488
12.3	Externe bestuurdersaansprakelijkheid in het Verenigd Koninkrijk	489
12.3.1	Inleiding	489
12.3.2	Aansprakelijkheid bestuurder gelijk behandeld als aansprakelijkheid vertegenwoordiger	490
12.3.3	'Negligent misstatement' en 'assumption of responsibility'	491
12.3.4	Normatieve convergentie en toerekening bij onrechtmatige daad ('tort')	492
12.3.5	Aansprakelijkheid in verband met overeenkomst tussen vennootschap en derde	497
12.3.6	Conclusie	499
12.4	Externe bestuurdersaansprakelijkheid in België	499
12.4.1	Inleiding	499
12.4.2	Interne aansprakelijkheid vs. gewone onrechtmatige daad	502
12.4.3	Aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad vennootschap	503
12.4.4	Aansprakelijkheid in verband met overeenkomst tussen vennootschap en derde (leer van de 'quasi-immuniteit').	504
12.5	Conclusie: geen normatieve convergentie in het buitenland	506

INHOUD

Hoofdstuk 13. Eindconclusie: de ernstigverwijtmaatstaf leidt tot bange bestuurders, burgers en rechtspersonen en dient te worden losgelaten	511
Samenvatting en conclusies	519
Summary	583
Lijst van aangehaalde literatuur	637
Geraadpleegde wetsgeschiedenis en wetten	661
Rechtspraakregister	665
Trefwoordenregister	681
Dankwoord	685
Curriculum Vitae	687
Bibliografie	689

Lijst van gebruikte afkortingen

AA	Ars Aequi
aant.	aantekening
AB	Tijdschrift Rechtspraak Bestuursrecht
A-G	Advocaat-Generaal
art.	artikel
Bb	Tijdschrift Bedrijfsjuridische Berichten
BBW	Belgisch Burgerlijk Wetboek
BNB	Tijdschrift Beslissingen in Belastingzaken
BW	Burgerlijk Wetboek
ca.	circa
C.A. No.	Civil Action Number
DCC	Dutch Civil Code
diss.	dissertatie
e.v.	en verder
FIP	Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk
HR	Hoge Raad der Nederlanden
JA	Tijdschrift Jurisprudentie Aansprakelijkheid
JAR	Tijdschrift Jurisprudentie Arbeidsrecht
JIN	Tijdschrift Jurisprudentie in Nederland
jo.	juncto
JOR	Tijdschrift Jurisprudentie Onderneming en Recht
LJN	Rechtspraak gepubliceerd op www.rechtspraak.nl
losbl.	losbladig
M&R	Tijdschrift voor Milieu & Recht
Minister	Minister van Justitie
m.nt.	met noot
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
o.a.	onder andere
De NV	Maandblad De Naamlooze Vennootschap
Ondernemingsrecht	Tijdschrift Ondernemingsrecht & Financieel recht
O&F	Tijdschrift Onderneming & Financiering
par.	paragraaf
q.q.	qualitate qua
Rb.	Rechtbank
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

RN	Tijdschrift Rechtspraak Notariaat
R&R	Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie & Rechtstheorie, thans genaamd Netherlands Journal of Legal Philosophy
r.o.	rechtsoverweging
RO	Tijdschrift Rechtspraak Ondernemingsrecht
RVR	Tijdschrift Rechtspraak Vastgoed Recht
Sr.	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
TOP	Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht
Trema	Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
TVVS	Tijdschrift voor vennootschappen, verenigingen en stichtingen
Van Dale	Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal
Vgl.	Vergelijk
V&O	Tijdschrift Vennootschap & Onderneming
vs.	versus
Wet AB	Wet Algemene Bepalingen
Wet RO	Wet op de Rechterlijke Organisatie
WOR	Wet op de Ondernemingsraden
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Wrra	Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren
WvK	Wetboek van Koophandel
WvV	Het Belgisch Wetboek van Vennootschappen van 7 mei 1999

“Het leven is zo eenvoudig, maar de mensen hebben het zo ingewikkeld gemaakt”

(Louis Couperus)

“Complexiteit is je vijand. (...) Het is moeilijk iets simpel te maken”

(Richard Branson)

Hoofdstuk 1. Inleiding

1.1 Ter introductie

In de jaren tachtig en tot begin jaren negentig van de vorige eeuw was het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid zowel in de maatschappij als in de rechtspraak van ondergeschikt belang. Het leerstuk was nog niet ontwikkeld en er bestond nauwelijks jurisprudentie.¹ Illustratief in dat verband is dat Van der Grinten in 1982 schreef: *“In de praktijk van het rechtsleven speelt de juridische aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen niet een rol van betekenis. Het komt uiterst zelden voor dat een bestuurder of commissaris in rechte wordt aangesproken op grond dat hij tekort zou zijn geschoten in zijn taakvervulling”*. Vordering tegen bestuurders en commissarissen kwamen *“uiterst zelden voor”*.²

In deze tijd is dit niet meer voor te stellen. De afgelopen twee decennia is in de maatschappij en in de rechtswereld veel aandacht geweest voor de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van bestuurders jegens rechtspersonen en derden. Misstanden of onbehoorlijk bestuur bij grote beursgenoteerde bedrijven als Ahold, KPNQwest en Enron, maar ook (recenter) bij Imtech, SNS Reaal, diverse woningcorporaties en thuiszorgorganisatie Meavita waren op verscheidene momenten een dagelijkse topic in de media. In de rechtswereld zijn daarnaast de afgelopen twee decennia richtinggevende arresten gewezen op het gebied van interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid die in de literatuur veel aandacht kregen en soms ook tot ophef hebben geleid. Deze arresten hebben een belangrijke rol gespeeld in de ontwikkeling van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Ook de anti-misbruikwetgeving die in 1987 werd ingevoerd met de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid (beter bekend als de Tweede

-
1. J.M. Blanco Fernández, *De Raad van Commissarissen bij de NV en BV* (diss. Maastricht; Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 19), 1993, p. 179.
 2. W.C.L. van der Grinten, ‘De mythe van de aansprakelijkheid’, *De NV* 60/11, 1982, p. 201.

HOOFDSTUK 1

Misbruikwet)³ en de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid in geval van Faillissement (beter bekend als de Derde Misbruikwet)⁴ heeft daarin een belangrijke rol gespeeld.

Het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht heeft een preventieve-, een punitieve- en een verwachtingsfunctie. De dreiging van persoonlijke aansprakelijkheid (punitief) vormt een prikkel (preventief) om behoorlijk te besturen en bestuurders worden ermee ‘in het gareel gehouden’. Tegelijkertijd zorgt het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht ervoor dat de rechtspersoon en de derde, met wie die rechtspersoon handelt, zullen verwachten (en dat ook mogen verwachten, gelet op de bewaarnemersrol die de bestuurder heeft in relatie tot de rechtspersoon) dat de bestuurder zich houdt aan de voor hem geldende normen. Die verwachting, die wordt gesterkt met de dreiging van persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder, is essentieel om de rechtspersoon in het maatschappelijk economisch verkeer een rol te laten spelen. Wordt de bestuurder namelijk niet vertrouwd dan (i) zullen de aandeelhouders de bestuurder te veel willen controleren en hem daarmee op onwenselijke wijze willen beperken in zijn taak de rechtspersoon te besturen en (ii) zullen derden niet genegen zijn zaken te doen met de rechtspersoon.

Ook voor de bestuurder is sprake van een verwachtingsfunctie. Het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht vormt namelijk het kader waarbinnen de bestuurder kan en mag besturen en waarbinnen de bestuurder mag verwachten niet persoonlijk aansprakelijk te worden gesteld. De bestuurder heeft beleidsruimte en moet kunnen ondernemen. Hij moet beleid kunnen uitstippelen en in een sfeer van onzekerheid (beleids)beslissingen nemen, terwijl die beslissingen niet altijd voordelig uitpakken voor de rechtspersoon of een derde. Als een dergelijke beslissing verkeerd uitpakt, is de bestuurder niet meteen aansprakelijk. De in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht ontwikkelde kaders maken dit duidelijk.

In dat bestuurdersaansprakelijkheidsrecht wordt in Nederland onderscheid gemaakt tussen enerzijds de zogenoemde *interne aansprakelijkheid* van de bestuurder jegens de rechtspersoon op grond van art. 2:9 BW en anderzijds de zogenoemde *externe aansprakelijkheid* van de bestuurder jegens derden op grond van het leerstuk van onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW.

-
3. Wet van 21 mei 1986, Stb. 276, houdende nadere wijziging van enige sociale verzekeringswetten, de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds en enige fiscale wetten in verband met het misbruik van rechtspersonen, die heeft geleid tot art. 36 Invorderingswet 1990, art. 16d Coördinatiewet Sociale Verzekering en art. 23 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000.
 4. Wet van 16 mei 1986, Stb. 275, houdende wijziging van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen, die heeft geleid tot invoering van de bepalingen neergelegd in art. 2:138/248 BW.

Een moeilijkheid in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht is het bepalen van de grens van de beleidsruimte ten opzichte van de aansprakelijkheid. Het gegeven dat de bestuurder een vertegenwoordiger is van de rechtspersoon en daardoor in beginsel niet uit eigen naam handelt maar namens de rechtspersoon, compliceert dit. Dit komt in de ontwikkeling van de leerstukken over bestuurdersaansprakelijkheid in de literatuur en in de jurisprudentie duidelijk naar voren. De voornoemde beleidsruimte en de voornoemde positie van de bestuurder ten opzichte van de rechtspersoon hebben zowel bij interne als bij externe bestuurdersaansprakelijkheid geleid tot de gedachte dat een ‘hoge drempel voor de aansprakelijkheid’ van een bestuurder moet bestaan.⁵ Een bestuurder kan pas aansprakelijk zijn jegens de rechtspersoon respectievelijk jegens een derde indien hem een zogenaamd ‘ernstig verwijt’ treft. Ik noem dit de ‘ernstigverwijtmaatstaf’.

Mijn studie naar bestuurdersaansprakelijkheid heeft zich volledig gericht op de voornoemde ernstigverwijtmaatstaf en het daarin vervatte paradigma dat sprake moet zijn van een hoge drempel voor aansprakelijkheid.

1.2 Probleemstelling en rechtvaardiging onderzoek: rechtstheoretische analyse van de ernstigverwijtmaatstaf

1.2.1 *Introductie van de ernstigverwijtmaatstaf*

De introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht vindt haar oorsprong in literatuur die in 1986 verscheen naar aanleiding van twee op het gebied van arbeidsrecht gewezen arresten uit 1975 (*Schenkelaars Muziekinstrumentenfabriek*)⁶ en 1983 (*Debrot*).⁷ In die arresten liet de Hoge Raad zich uit over de maatstaf die dient te worden gehanteerd bij de beoordeling van aansprakelijkheid van een werkgever jegens een werknemer respectievelijk een werknemer jegens een werkgever. De Hoge Raad oordeelde in het eerste arrest dat een werkgever altijd jegens de werknemer aansprakelijk is voor door deze werknemer geleden schade in de vervulling van zijn dienstbetrekking, tenzij de schuld van de werknemer bij die schade “zo ernstig is” dat de tekortkoming van de werkgever daartegen in het niet valt. In het tweede arrest oordeelde de Hoge Raad dat een werknemer, die in de vervulling van zijn

5. Het risico van zogenoemde hindsight bias (zie hierna par. 3.7.6) kan overigens ook hebben meegespeeld bij de gedachte dat een ‘hoge drempel voor de aansprakelijkheid’ van de bestuurder moet bestaan, maar dat is vooralsnog niet terug te zien in de rechtspraak.

6. HR 27 juni 1975, *NJ* 1976, 81 m.nt. G.J. Scholten (*Schenkelaars Muziekinstrumentenfabriek*).

7. HR 4 februari 1983, *NJ* 1983, 543 m.nt. P.A. Stein (*Debrot*).

dienstbetrekking schade bij de werkgever veroorzaakt, alleen jegens de werkgever aansprakelijk is, indien de werknemer daarvan “een ernstig verwijt” te maken valt. In de bedoelde literatuur werd het standpunt ingenomen dat voor de aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de rechtspersoon eveneens zou hebben te gelden dat de bestuurder een ernstig verwijt dient te kunnen worden gemaakt.⁸

In 1997 heeft de Hoge Raad dit standpunt, althans deze bewoordingen, overgenomen in het arrest *Staleman/Van de Ven*.⁹ Sindsdien is voor de aansprakelijkheid van een bestuurder, ten opzichte van de rechtspersoon waarvan hij bestuurder is (de *interne bestuurdersaansprakelijkheid*), ex art. 2:9 BW vereist dat deze bestuurder een ‘ernstig verwijt’ valt te maken.

In 2006 heeft de Hoge Raad in het arrest *Ontvanger/Roelofsen*¹⁰ geoordeeld dat, ook wanneer het gaat over de aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon ten opzichte van een derde wiens vordering op die rechtspersoon onbetaald en onverhaald is gebleven (de *externe bestuurdersaansprakelijkheid*), vereist is dat de bestuurder een ‘ernstig verwijt’ valt te maken. De Hoge Raad heeft daarbij een (zogenoemd ‘systematisch’)¹¹ toetsingsmodel geïntroduceerd waarin eerst de vraag aan de orde komt of de rechtspersoon onrechtmatig heeft gehandeld of een toerekenbare tekortkoming kan worden verweten. Vervolgens komt de vraag aan de orde of de bestuurder daarvan een ernstig verwijt valt te maken ten opzichte van de derde.

In 2008 heeft de Hoge Raad in het arrest *Willemsen/NOM*¹² duidelijk gemaakt dat de ernstigverwijtmaatstaf als een ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’ van een bestuurder tegenover de door hem bestuurd vennootschap wordt aanvaard

-
8. L.G. Eykman, ‘De aansprakelijkheid van directeuren en commissarissen tegenover de vennootschap, gezien vanuit algemene civielrechtelijke beginselen’, *TVVS* 1986, nr. 86/4 p. 87 e.v. P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen. Commentaar op de tweede en de derde misbruikwet* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 3), Deventer: Kluwer 1986, p. 17 en P. van Schilfgaarde, ‘De interne aansprakelijkheid van bestuurders’, in: I.P. Asscher-Vonk e.a. (red.), *Schetsen voor Bakels, Opstellen aangeboden aan Prof. H.L. Bakels ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar sociaal recht aan de Rijksuniversiteit te Groningen*, Deventer: Kluwer 1987, p. 273-274.
 9. HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*).
 10. HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*).
 11. De term ‘systematisch toetsingsmodel’ werd gehanteerd door P.D. Olden, ‘Koester de maatstaf “ernstig verwijt”: beter hebben we niet’, *Ondernemingsrecht* 2015/70, afl. 11, p. 367. L. Timmerman, ‘Naar geïntegreerde bestuurdersaansprakelijkheid?’, in: P. Essers, G. Raaijmakers en G. van der Sangen e.a. (red.), *Met Recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 481 sprak in dit verband van een beslissingsregel die aangeeft hoe de rechter tot zijn beslissing dient te komen.
 12. HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (*Willemsen/NOM*).

om mede het belang van die vennootschap en de daarmee verbonden onderneming te dienen, omdat daardoor wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.

In 2012 heeft de Hoge Raad in het arrest *Spaanse Villa*¹³ geoordeeld dat een bestuurder ook jegens een derde op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk kan zijn op grond van de schending van een persoonlijk op de bestuurder rustende zorgvuldigheidsverplichting, waarvoor de gewone regels van onrechtmatige daad zouden gelden en de ernstigverwijtmaatstaf niet geldt. De Hoge Raad maakte daarmee een onderscheid tussen externe bestuurdersaansprakelijkheid en een gewone onrechtmatige daad.

Op grond van de Wet bestuur en toezicht van 6 juni 2011 is de ernstigverwijtmaatstaf in het kader van interne bestuurdersaansprakelijkheid per 1 januari 2013 gecodificeerd in art. 2:9 BW.¹⁴

In 2014 heeft de Hoge Raad in de arresten *Hezemans Air*¹⁵ en *RCI/Kastrop*¹⁶ het in *Spaanse Villa* gemaakte onderscheid herhaald en heeft de Hoge Raad overwogen dat een hoge drempel voor externe bestuurdersaansprakelijkheid in de vorm van de ernstigverwijtmaatstaf wordt gerechtvaardigd door (i) de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de rechtspersoon en (ii) het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.

1.2.2 Externe bestuurdersaansprakelijkheid

Mijn gedachte de ernstigverwijtmaatstaf aan een grondige analyse te onderwerpen, vindt haar oorsprong in het voornoemde arrest *Spaanse Villa*. Naar aanleiding van dit arrest ontstond bij annotatoren en schrijvers veel commotie, omdat de Hoge Raad volgens sommigen het criterium op grond waarvan

13. HR 23 november 2012, *NJ* 2013, 302 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2013/40 m.nt. W.J.M. van Andel en K. Rutten (*Spaanse Villa*).

14. Wet van 6 juni 2011, *Stb.* 2011, 275 (Wet bestuur en toezicht, per 1 januari 2013 in werking getreden). Deze codificatie is vanuit rechtshistorisch oogpunt opmerkelijk te noemen. De wetgever deed in 1987 immers uitdrukkelijk afstand van de term ‘grove schuld’, die blijkens jurisprudentie dezelfde betekenis had als “ernstig verwijt” (zie hierna par. 5.2.2).

15. HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 21 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2014/296 m.nt. M.J. Kroeze (*Hezemans Air*).

16. HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 22 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2014/325 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*RCI/Kastrop*).

bestuurders aansprakelijk zijn jegens derden zou hebben ‘verlicht’.¹⁷ Kort gezegd, de Hoge Raad zou het criterium voor externe bestuurdersaansprakelijkheid verlicht hebben door de mogelijkheid open te laten dat een bestuurder niet op grond van de ernstigverwijtmaatstaf, maar op grond van een eigen gewone onrechtmatige daad aansprakelijk kon zijn jegens derden die in een bepaalde relatie stonden met de door die bestuurder vertegenwoordigde rechtspersoon.

Het heeft enige tijd geduurd voordat het stof was neergedaald. De rust keerde terug toen de Hoge Raad in 2014 de arresten *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop* wees. Daarin bevestigde hij dat de ernstigverwijtmaatstaf nog steeds gold en gaf hij zelfs een verdere onderbouwing voor het bestaan van de ernstigverwijtmaatstaf: In *Spaanse Villa* was volgens de Hoge Raad geen sprake van externe bestuurdersaansprakelijkheid, maar van een ‘gewone onrechtmatige daad’ waar de ‘gewone regels van onrechtmatige daad’ voor gelden. Volgens Kraaiipoel kon “*de controversé*” dan ook “*vooral worden samengevat als much ado about nothing*”.¹⁸

Bij mij bleef echter de vraag hangen waarom het arrest *Spaanse Villa* tot zo veel ophef leidde. Daarbij meende ik dat de arresten *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop*, en met name de rechtvaardiging die in deze arresten werd gegeven voor het hanteren van de ernstigverwijtmaatstaf als ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’ bij externe bestuurdersaansprakelijkheid, de vraag deden opwerpen of de principes van rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit wel voldoende werden onderkend. Ook kwam bij mij de vraag op of met de arresten niet te veel werd afgeweken van de wettelijke grondslag voor externe bestuurdersaansprakelijkheid, zijnde art. 6:162 BW. Op grond van dat artikel is voor aansprakelijkheid (gewoon) vereist dat de bestuurder *persoonlijk* inbreuk maakt op een

17. Het arrest wordt onder meer besproken door M. Stolp, ‘Enkele belangrijke aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW belicht’, *NJB* 2013/1344, afl. 22, p. 1440-1447; M.J. Kroeze, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid of eigen onrechtmatige daad. Maatstaf voor aansprakelijkheid’, *Ondernemingsrecht* 2013/47, p. 243-246; E. van Wechem, ‘Kroniek vermogensrecht’, *NJB* 2013/785, afl. 15, p. 954-955; De Kluiver 2013, onder punt 8; L. Timmerman, ‘Structuur en gedragsnorm in de ondernemingsrechtspraak van de Hoge Raad’, *WPNR* 2013/6969, p. 247, voetnoot 12; F.M.J. Verstijlen, ‘Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid’, *NJB* 2013/551, afl. 11, p. 664-670; M.H.C. Sinninghe Damsté, ‘Spaanse Villa’s (HR 23 november 2012, LJN BX 5881). Externe bestuurdersaansprakelijkheid versus onrechtmatige daad’, *TOP* 2013, afl. 1, p. 32-36; M.J.G.C. Raaijmakers, ‘Costa Blanca: ‘Directe aansprakelijkheid bestuurder buiten BV om’’, *AA* 2013, p. 125-128; P.D. Olden, ‘Toerekening of afrekening?’, *Ondernemingsrecht* 2013/1, p. 3-4; J. de Meij, ‘Zij aan zij aansprakelijk: wanneer verliest de bestuurder zijn vennootschappelijke bescherming?’, *V&O* 2013, afl. 1, p. 1-4; J.B. Huizink, ‘Maakt de Hoge Raad het vennootschapsrecht opnieuwodeloos ingewikkeld?’, *O&F* 2013, afl. 1, p. 23-32; P.D. Olden, ‘Voordracht ondernemingsrecht diner’, *Ondernemingsrecht* 2013/81 en J.H.M. Willems, ‘De barbier van Sevilla: uitdijende bestuurdersaansprakelijkheid volgens Paul Olden’, *Ondernemingsrecht* 2013/82.

18. B.I. Kraaiipoel, ‘De Spaanse Villa, een fata morgana’, *Bb* 2015/2.

recht, doet of nalaat in strijd met een wettelijke plicht of handelt in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Korter gezegd, hij moet *persoonlijk* een zorgvuldigheidsverplichting jegens de derde hebben geschonden. Tegelijkertijd leken rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit mij de werkelijke redenen waarom een bestuurder geen aansprakelijkheid hoeft te vrezen wanneer hij binnen de grenzen van zijn beleidsruimte zijn taken vervult, op een wijze zoals van hem verwacht mag worden. Een ‘hoge drempel’ in de vorm van de ernstigverwijtmaatstaf leek mij daarvoor niet nodig en deed ook de vraag ontstaan wat werd bedoeld met ‘hoge’ (hoog ten opzichte van wat?). Dit gaf mij voorts aanleiding te onderzoeken hoe de ernstigverwijtmaatstaf in 2006 vanuit het leerstuk van interne bestuurdersaansprakelijkheid is overgewaaid naar het leerstuk van externe bestuurdersaansprakelijkheid. Ook daar plaatste ik vraagtekens bij, omdat de ontwikkeling in de jurisprudentie geen duidelijke rechtvaardiging voor dit ‘overwaaien’ liet zien en het ook niet leek te rijmen met de eerdergenoemde rechtsbeginselen van rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit.

1.2.3 *Interne bestuurdersaansprakelijkheid*

Door de verwevenheid die het leerstuk van *externe* bestuurdersaansprakelijkheid heeft met het leerstuk van *interne* bestuurdersaansprakelijkheid, ben ik mij gaandeweg het onderzoek ook gaan richten op de introductie en het gebruik van de ernstigverwijtmaatstaf bij interne bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW.

Bij mij kwam toen als eerste de vraag op waarom in de eerdergenoemde literatuur van de jaren tachtig van de vorige eeuw is betoogd dat de ernstigverwijtmaatstaf, die werd gehanteerd voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van een werknemer jegens de werkgever, ook toegepast moest worden ter beoordeling van de aansprakelijkheid van bestuurders. De taalkundige en rechtshistorische betekenis van de term ‘ernstig verwijt’, die was gebaseerd op de wettelijke term ‘grove schuld’, was namelijk afgestemd op de subjectieve toets die gehanteerd werd voor de beoordeling van aansprakelijkheid van werknemers. Voor de beoordeling van aansprakelijkheid van bestuurders zou evenwel een objectieve toets moeten gelden: een bestuurder dient – anders dan een werknemer – berekend en bekwaam te zijn voor zijn taak. Zijn handelen wordt langs de objectieve lat gelegd van de ‘maatman-bestuurder’¹⁹ en hij

19. Deze objectieve lat blijkt ook uit het door de Hoge Raad gewezen arrest *Staleman/Van de Ven*, waarin als een relevante omstandigheid in het kader van de interne aansprakelijkheid van een bestuurder wordt genoemd: “*het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult*”.

HOOFDSTUK 1

kan zich niet verschuilen achter onervarenheid. Een werknemer kan dat wel. De wetsgeschiedenis die betrekking heeft op de aansprakelijkheid van bestuurders in geval van faillissement, liet mij bovendien zien dat de wetgever de term ‘grove schuld’ uitdrukkelijk en gemotiveerd had losgelaten omdat de term “*een te strenge toetssteen zou inhouden*” voor bestuurdersaansprakelijkheid.²⁰ Daarvoor in de plaats is in de Derde Misbruikwet de term ‘(kennelijke) onbehoorlijke taakvervulling’ geïntroduceerd, waarbij werd opgemerkt dat de betekenis aansluit bij de terminologie van het sinds 1976 geldende art. 2:8 BW (oud), zijnde het huidige art. 2:9 BW, waarin reeds van de term ‘behoorlijke taakvervulling’ gebruik werd gemaakt.

Bij de vraag of sprake was van onbehoorlijke taakvervulling diende de rechter daarnaast ook vóór de invoering van de ernstigverwijtmaatstaf in 1997 steeds rekening te houden met de beleidsruimte en de ondernemingsvrijheid van de bestuurder. Ook diende hij rekening te houden met het gevaar van ‘hindsight bias’. Het handelen van de bestuurder diende dus steeds beoordeeld te worden naar het moment waarop hij had gehandeld (en niet achteraf wanneer een bepaalde beslissing verkeerd blijkt te zijn uitgepakt). Dat diende te geschieden aan de hand van de vergelijking met – kort gezegd – een ‘maatman-bestuurder’. Als zijn handelen viel aan te merken als het handelen van een maatman-bestuurder, kon de bestuurder geen verwijt van onbehoorlijke taakvervulling worden gemaakt en was hij niet aansprakelijk.

Een bestuurder was dus per definitie niet ‘zomaar’ aansprakelijk jegens de rechtspersoon voor door hem genomen beslissingen of verrichtte bestuurs-handelingen die hadden geleid tot verliezen, misgelopen winsten of schade in de verbintenisrechtelijke sfeer tussen de rechtspersoon en derden. Dat was niet het gevolg van een subjectieve toets, zoals die ook voor de werknemer gold, en evenmin was dat het gevolg van een ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’ in de vorm van een ernstigverwijtmaatstaf. Dat was wel het gevolg van (i) een objectieve toets die gehanteerd moest worden bij de beoordeling van aansprakelijkheid en (ii) het feit dat deze toets toegepast diende te worden naar het moment van handelen, rekening houdend met het gevaar van hindsight bias. Deze toets verschilde in dat opzicht niet met de toets voor de beoordeling van aansprakelijkheid van een opdrachtnemer ex art. 7:400 BW. Pas als op grond van deze toets kon worden geconcludeerd dat een bestuurder een verwijt van onbehoorlijke taakvervulling viel te maken, ontstonden aansprakelijkheids-risico’s. Daarvoor moest de schade bovendien in voldoende causaal verband staan tot het verwijt dat de bestuurder gemaakt kon worden. De ratio en systematiek van art. 2:9 BW, die was gebaseerd op het collegialiteitsbeginsel

20. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 20.

en de daaruit voortvloeiende collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur, bracht in dat geval voorts met zich dat zijn medebestuurders in beginsel hoofdelijk aansprakelijk waren, tenzij zij zich konden disculperen. Die disculpatie kon niet slagen indien een medebestuurder zijn taken zogenaamd collegiaal onbehoorlijk had vervuld, bijvoorbeeld door onvoldoende (collegiaal) toezicht te houden op medebestuurders en door niet tijdig in te grijpen (zie hierover meer uitvoerig par. 3.6.3 en par. 3.6.4).

In mijn onderzoek naar de ernstigverwijtmaatstaf kwam ik, gelet op het voorgaande, tot het idee dat de ernstigverwijtmaatstaf aan het bovenstaande weinig toevoegt en dat de ernstigverwijtmaatstaf ook lastig in de systematiek van art. 2:9 BW was in te passen. Het voorgaande gaf mij aanleiding ook de introductie en het gebruik van de ernstigverwijtmaatstaf bij interne bestuurdersaansprakelijkheid aan een grondige analyse te onderwerpen.

1.2.4 *De realiteit van de ernstigverwijtmaatstaf*

Het is inmiddels ruim dertig jaar geleden dat de ernstigverwijtmaatstaf in de literatuur werd geïntroduceerd voor de beoordeling van interne bestuurdersaansprakelijkheid. Het is twintig jaar geleden dat de Hoge Raad de ernstigverwijtmaatstaf voor de beoordeling van interne bestuurdersaansprakelijkheid heeft overgenomen. Het is elf jaar geleden dat de Hoge Raad de maatstaf ook heeft overgenomen voor de beoordeling van externe bestuurdersaansprakelijkheid. Het hanteren van eenzelfde maatstaf voor interne en externe aansprakelijkheid is de afgelopen jaren in de literatuur veelal enthousiast onthaald en aangemoedigd in een streven naar zogenoemde normatieve convergentie.²¹

Hoewel de ernstigverwijtmaatstaf zijn oorsprong vindt in het arbeidsrecht, kan anno 2017 worden gesteld dat de ernstigverwijtmaatstaf bij de beoordeling van interne bestuurdersaansprakelijkheid inmiddels een volledig eigen betekenis lijkt te hebben gekregen die niet meer aansluit bij zijn ontstaansgeschiedenis. De betekenis die de maatstaf had in het arbeidsrecht lijkt niet dezelfde als die hij nu

21. Y. Borrius, 'Behoorlijk bestuur: één gedragsnorm?', in: G. Solinge, M. Holtzer e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003*, Deventer: Kluwer 2003, p. 79-102; Timmerman 2009b; J.B. Wezeman, 'Persoonlijke aansprakelijkheid van uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders', in: M.J. Kroeze e.a. (red.), *Bestuur en toezicht* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 67), Deventer: Kluwer 2010, p. 106; B.F. Assink, H.E. Bröring, L. Timmerman & S.N. de Valk, 'Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht – Een dwarsdoorsnede' in *Verslag van Symposium gehouden op 27 oktober 2010, georganiseerd door het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen/ Erasmus Universiteit Rotterdam*, Deventer: Kluwer 2011, p. 35; Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 1124 en 1133.

heeft in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht.²² In de Nederlandse rechtswereld staat voorts niet ter discussie dat de rechter een *objectieve* toets dient te hanteren bij de beoordeling van bestuurdersaansprakelijkheid. Door de objectieve maatman-bestuurdertoets, die thans wordt gehanteerd door de Hoge Raad bij de beoordeling van interne bestuurdersaansprakelijkheid, lijkt ook de taalkundige en rechtshistorische betekenis van de term ‘ernstig verwijt’ een ondergeschikt belang te hebben gekregen. Welke betekenis de term nog wel heeft, is daarentegen niet helemaal duidelijk. In de literatuur wordt verschillend erover gedacht en ook de (lagere) rechtspraak laat erover geen duidelijk beeld zien.

Dat neemt niet weg dat de ernstigverwijtmaatstaf zowel in de literatuur als in de jurisprudentie een steeds centralere rol is gaan spelen in de leerstukken van interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid. De ernstigverwijtmaatstaf wordt breed gedragen en onderschreven door gerespecteerde en (hoog)geleerde schrijvers en er bestaat een duidelijke lijn van bestendige, en met een normatief goed rechtsgevoel tot stand gekomen, jurisprudentie op dit gebied. Voor interne bestuurdersaansprakelijkheid heeft dit, zoals hiervoor gezegd, ertoe geleid dat de wetgever de ernstigverwijtmaatstaf, onder verwijzing naar *Staleman/Van de Ven*, per 1 januari 2013 heeft gecodificeerd in art. 2:9 BW (zie par. 1.2.1).²³ De ernstigverwijtmaatstaf heeft zijn centrale plek in het ondernemingsrecht daarmee nog verder verstevigd. Kort en goed, de ernstigverwijtmaatstaf lijkt niet meer weg te denken uit het ondernemingsrecht en lijkt een maatstaf te zijn geworden waar men niet meer omheen kan. Wat is dan nog het nut van een onderzoek?

In dit verband stel ik voorop dat ik mij volkomen bewust ben van het belang dat de ernstigverwijtmaatstaf heeft gekregen en van het feit dat de maatstaf breed gedragen wordt. Ik meen evenwel dat, hoe belangrijk en onmisbaar de rechtspraak en de literatuur op dit gebied ook zijn geweest voor de rechtsontwikkeling, dit niet in de weg zou moeten staan aan een grondige rechtstheoretische en wetenschappelijke analyse van de ernstigverwijtmaatstaf. Ten eerste omdat de ernstigverwijtmaatstaf in de afgelopen dertig jaar een vanzelfsprekendheid is geworden. Hoewel de ernstigverwijtmaatstaf in deze periode meermaals grondig tegen het licht is gehouden door gerespecteerde en (hoog)geleerde schrijvers, heeft een veelomvattende rechtstheoretische en rechtshistorische analyse, die hoofdzakelijk gericht is op de totstandkoming, de (taalkundige) betekenis en de functie van de ernstigverwijtmaatstaf, tot op heden niet plaatsgevonden

22. Dat blijkt ook uit het feit dat de ernstigverwijtmaatstaf steeds in onderlinge samenhang moet worden gelezen met de door de Hoge Raad in 1997 in het arrest *Staleman/Van de Ven* genoemde relevante omstandigheden, zie par. 4.4.

23. Bij die codificatie dienen de nodige vraagtekens te worden geplaatst (zie par. 5.2.2 en hoofdstuk 8).

in de omvang zoals in dit proefschrift naar voren gebracht. Ten tweede omdat (de toepassing van) de wet en de rechtspraak aan de rechtspersoon, de bestuurder en de derde duidelijkheid en (rechts)zekerheid moeten bieden over de geldende maatstaven voor aansprakelijkheid. De rechtspraak dient rechtstheoretisch rationeel, logisch en consequent te zijn. Dit is essentieel in het kader van de hiervoor in par. 1.1 genoemde preventieve, punitieve en verwachtingsfunctie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Indien geen duidelijkheid bestaat voor de rechtspersoon, de bestuurder en de derde, zal dat de functie van rechtspersoonlijkheid in het maatschappelijk economisch verkeer op negatieve wijze beïnvloeden. Zo valt voor te stellen dat (i) bestuurders bang worden te ondernemen en/of de rechtspersoon te vertegenwoordigen, (ii) derden niet meer met rechtspersonen durven te handelen zonder persoonlijke garanties van bestuurders te verlangen en (iii) rechtspersonen en aandeelhouders de beleidsruimte van de bestuurder zullen willen beperken met steeds verdergaande statutaire controlemechanismen. De probleemstelling die aan mijn onderzoek ten grondslag ligt, is dat de voornoemde duidelijkheid en (rechts)zekerheid als gevolg van de ernstigverwijtmaatstaf onvoldoende wordt geboden.²⁴ De ernstigverwijtmaatstaf leidt nog immer tot discussie in de literatuur en tot rechtspraak die mijns inziens niet altijd in alle opzichten vanuit rechtstheoretisch en – in een enkel geval – normatief oogpunt consequent lijkt.

De eerder in par. 1.2.1 genoemde codificatie van de ernstigverwijtmaatstaf per 1 januari 2013 doet mijns inziens overigens niet af aan het nut van mijn analyse. Uit de wetsgeschiedenis blijkt namelijk dat de codificatie met name lijkt te zijn ingegeven door de wens van de wetgever om de formulering van art. 2:9 BW te laten aansluiten op de in de literatuur en rechtspraak gebruikte terminologie, meer in het bijzonder het arrest *Staleman/Van de Ven*.²⁵ De wetgever heeft dus niet een rechtspolitieke overweging aan de codificatie ten grondslag gelegd, maar eerder een praktische. Mijn proefschrift heeft mede betrekking op de voormelde literatuur en rechtspraak. Indien de uitkomst van mijn analyse aanleiding geeft anders te kijken naar de ernstigverwijtmaatstaf, zou dat voor de wetgever reden kunnen zijn art. 2:9 BW opnieuw onder de loep te nemen en de praktische overweging die aan de codificatie ten grondslag lag, te heroverwegen.

24. Bij afronding van mijn onderzoek verscheen de dissertatie van N.T. Pham, *Directors' liability. A legal and empirical study* (diss. Rotterdam; Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 101), Deventer: Wolters Kluwer 2017. Zij concludeerde (zie hoofdstuk 7 van haar dissertatie): "Wel geeft de paper aan dat bestuurders zich zeer ongemakkelijk voelen wanneer zij geconfronteerd worden met onzekerheid over aansprakelijkheidsrisico's en dat zij deze onzekerheid zoveel mogelijk willen reduceren. Niet alleen weten bestuurders niet wat de werkelijke aansprakelijkheidsrisico's zijn, zij zijn evenmin geïnformeerd over wat de aansprakelijkheidsnormen zijn bij een eventuele formele bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure."

25. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 8-9.

Ik onderken dat ik met mijn betoog een minderheidspositie inneem in het Nederlandse rechtsdenken over bestuurdersaansprakelijkheid en dat mijn betoog wellicht niet kan worden beschouwd als in lijn met het geldend recht. De Hoge Raad hanteert de ernstigverwijtmaatstaf immers nu eenmaal. Dat de ernstigverwijtmaatstaf, mede naar aanleiding van publicaties van mijn hand, in de literatuur stellig wordt verdedigd²⁶ en dat mijn kritiek op de ernstigverwijtmaatstaf bij externe bestuurdersaansprakelijkheid bijvoorbeeld als een “*actueel meer revolutionair vergezicht*”²⁷ is omschreven, wat ik overigens positief opvat, is dan ook goed te begrijpen. Het voorgaande bevestigt dat de ernstigverwijtmaatstaf diepgeworteld is – waardoor mijn kritiek ook niet altijd goed lijkt te zijn begrepen²⁸ – en het betekent voor mij dat ik de nodige bescheidenheid in acht zou moeten nemen. Ik ben mij daar bewust van. Dit is voor mij echter geen reden mijn analyse niet uit te voeren of mijn betoog niet te delen. Integendeel, het ontbreken van een veelomvattende analyse van de ernstigverwijtmaatstaf in de omvang zoals in dit proefschrift naar voren gebracht, heeft mij gesteund in het nut van dit onderzoek. Dat nut is ook gelegen in de verdieping van de gedachtevorming over verschijnselen en begrippen in het hedendaagse recht, hetgeen tot een levendige discussie²⁹ kan leiden en mogelijk tot een aanpassing van het begrippenapparaat en de toepassing ervan in het recht. Uiteraard heb ik daarbij ten doel dat de ideeën die ik in dit proefschrift ontvouw, op enig moment in de toekomst een bijdrage kunnen leveren aan een andere rechtstheoretische benadering van bestuurdersaansprakelijkheid en een verfijning van het in dat verband gehanteerde begrippenapparaat.

In dit verband moet worden opgemerkt dat tijdens de parlementaire behandeling van de eerdergenoemde Wet bestuur en toezicht van 6 juni 2011, op grond waarvan de codificatie van de ernstigverwijtmaatstaf heeft plaatsgevonden, de Minister heeft toegezegd binnen drie jaar na invoering van die wet, de gehele

26. Zie bijvoorbeeld: Olden 2015. Zie voorts J. van Bakkum, ‘Reactie op Mr. W.A. Westenbroek, ‘Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening’, *Ondernemingsrecht* 2016/24’, *Ondernemingsrecht* 2016/98, p. 485-487 en L. Timmerman, ‘Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid’, *WPNR* 2016/7105, p. 324-330.

27. A.J.P. Schild, ‘Ontwikkelingen bestuurdersaansprakelijkheid: een overzicht’, *WPNR* 2015/7087, p. 1046-1056 die verwijst naar Westenbroek 2015b.

28. Olden 2015, p. 369 schreef bijvoorbeeld: “*De Westenbroek-maatstaf “je mag niet misleiden” had deze bestuurder echt niet meer guidance gegeven dan de huidige Beklamel-maatstaf*”. De “Westenbroek-maatstaf” verschilt echter juist niet met de *Beklamel*-maatstaf. Integendeel, ik betoog dat de Hoge Raad in HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Beklamel*) een duidelijke gedragsnorm heeft geformuleerd waarin de ernstigverwijtmaatstaf geen rol speelde. Deze ernstigverwijtmaatstaf werd in het externe bestuurdersaansprakelijkheidsrecht namelijk pas in 2006 geïntroduceerd in het arrest HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

29. W.J.M. van Veen, ‘Ontwikkelingen jurisprudentie Hoge Raad ondernemingsrecht’, *WPNR* 2016/7102, par. 3 signaleert het ontstaan van die discussie.

wet te evalueren.³⁰ Deze evaluatie³¹ vond deels gelijktijdig plaats met de totstandkoming van dit proefschrift. Toen de laatste hand aan dit proefschrift werd gelegd was het literatuuronderzoek, dat in het kader van voornoemde evaluatie door de Groningse onderzoeksgroep werd uitgevoerd, echter reeds afgerond. Hierdoor zijn de bevindingen in dit proefschrift niet in voornoemde evaluatie meegenomen. Voorts is van belang dat de Minister op 8 juni 2016 bij de Tweede Kamer een nieuw Voorstel van Wet bestuur en toezicht rechtspersonen³² heeft ingediend, dat een verdere aanpassing beoogt van art. 2:9 BW en een overheveling van art. 2:138/248 BW naar de algemene bepalingen van Boek 2 BW (zie hierna par. 3.2). De eerste zin van de memorie van toelichting bij dit laatste wetsvoorstel maakt duidelijk wat het wetsvoorstel beoogt: “*de regeling voor bestuur en toezicht bij de verschillende soorten rechtspersonen aan te vullen en te verduidelijken*”.³³ Een dergelijke verduidelijking is precies datgene wat dit proefschrift beoogt. Opmerkelijk is dat de Minister bij de indiening van dit voorstel van 8 juni 2016 de uitkomst van voornoemde evaluatie niet heeft afgewacht. De Afdeling Advisering van de Raad van State heeft in dat verband opgemerkt dat het wetsvoorstel van 8 juni 2016 vooruitloopt op de resultaten van voornoemde evaluatie, met als risico dat de wet op korte termijn opnieuw gewijzigd moet worden.³⁴ De Raad van State achtte het voorstel daarom op bepaalde punten prematuur en adviseerde in elk geval op die punten de evaluatie af te wachten. Ook in de Tweede Kamer werd de vraag gesteld waarom de regering niet ervoor heeft gekozen de Wet bestuur en toezicht van 6 juni 2011 eerst te evalueren alvorens het wetsvoorstel van 8 juni 2016 aan de Tweede Kamer te zenden.³⁵ De Raad van State merkte overigens op dat hoewel de op 6 juni 2011 voorgestelde norm voor taakvervulling door bestuurders en commissarissen uitsluitend een codificatie is van bestaande rechtsregels, dit niet wegneemt dat de Wet bestuur en toezicht van 6 juni 2011 in zijn geheel geëvalueerd zou worden.³⁶ Een dergelijke integrale toetsing lijkt mij zonder meer van belang, omdat met de voorgestelde wijzigingen in het wetsvoorstel van 8 juni 2016 mede wordt beoogd te voorzien in een basisregeling waarop in

30. *Handelingen I* 2010/11, 31 763, nr. 28, item 4, p. 26.

31. De evaluatie wordt uitgevoerd door het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het Ministerie van Veiligheid en Justitie (het WODC) in samenwerking met het Expertisecentrum *Institute for Governance and Organizational Responsibility* (IGOR) van de Rijksuniversiteit Groningen onder de werktitel ‘*Werkings van de nieuwe bepalingen uit de Wet bestuur en toezicht*’ met projectnummer 2730.

32. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 2 (Voorstel van Wet).

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

34. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 4 (Advies Raad van State en Nader Rapport), p. 3, 4 en 8.

35. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 5 (Verslag), p. 3-4.

36. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 4 (Advies Raad van State en Nader Rapport), p. 8.

sectorspecifieke regelgeving kan worden voortgebouwd.³⁷ Het feit dat eerdergenoemd literatuuronderzoek in het kader van voormelde evaluatie reeds was afgerond, waardoor de bevindingen in dit proefschrift niet in voornoemde evaluatie zijn meegenomen, zou dit proefschrift des te meer relevant kunnen maken voor de parlementaire behandeling van zowel voornoemde evaluatie als voornoemd wetsvoorstel van 8 juni 2016.

In verband met het voorgaande is ook van belang dat art. 2:9 BW, zoals dat nu luidt, nog steeds is gebaseerd op het in 1925 ingevoerde art. 31 Wet op de Coöperatieve Vereniging³⁸ en het in 1929 ingevoerde art. 47c WvK (oud).³⁹ Ook het wetsvoorstel van 8 juni 2016 is wat betreft art. 2:9 BW daarop terug te voeren. De per 1 januari 2013 gecodificeerde ernstigverwijtmaatstaf is voorts in 1986 in de literatuur geïntroduceerd in een tijd waarin het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht nog niet zo ver ontwikkeld was en waarin de maatschappij nog weinig aandacht schonk aan de verantwoordelijkheden van een bestuurder van een rechtspersoon. Het behoeft geen betoog dat dit anno 2017 anders ligt en dat ook daarom voldoende aanleiding bestaat de theorie, die aan de basis ligt van de praktijk, onder de loep te nemen. Want ondanks de centrale plek die de ernstigverwijtmaatstaf inmiddels heeft verworven in ons ondernemingsrecht, ben ik in mijn analyse tot de conclusie gekomen dat rechtshistorische, taalkundige en wetsystematische bezwaren bestaan tegen het handhaven van de ernstigverwijtmaatstaf, zowel voor interne als voor externe bestuurdersaansprakelijkheid. Ik meen dat wij terug dienen te gaan naar het gebruik van de wettelijke termen ‘onbehoorlijke taakvervulling’ ex art. 2:9 BW, respectievelijk ‘onrechtmatige daad’ ex art. 6:162 BW. Het belang dat taal heeft in ons recht is daarin niet te onderschatten. Recht uit zich in taal en de wetgever en rechter zullen steeds goed moeten stilstaan bij de taal die zij gebruiken. Ik ben de mening toegedaan dat vanuit taalkundig en rechtstheoretisch oogpunt geen rechtvaardiging bestaat voor het hanteren van de ernstigverwijtmaatstaf. De ernstigverwijtmaatstaf dient naar mijn mening daarom te worden losgelaten en de codificatie daarvan dient te worden teruggedraaid. Daarmee kan de door Kamerleden in het kader van het wetsvoorstel van 8 juni 2016 gevraagde “*nadere duiding van de meerwaarde van het wetsvoorstel*”, dat “*vooral een verduidelijking van het reeds geldende juridische kader*” zou moeten beogen, ook daadwerkelijk gegeven worden.⁴⁰

37. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 4 (Advies Raad van State en Nader Rapport), p. 7.

38. Wet van den 28sten Mei 1925, Stb. Nr. 204, houdende nieuwe wettelijke regeling van de Coöperatieve Vereniging.

39. Wet van den 2 den Juli 1928, Stb. Nr. 216, tot wijziging en aanvulling van de bepalingen omtrent de naamloze vennootschap en regeling van de aansprakelijkheid voor het prospectus, in werking getreden op 1 april 1929.

40. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 5 (Verslag), p. 2.

Ik merk bij dit alles op dat mijn beschouwingen zeker niet allemaal nieuw zijn. Opgemerkt moet worden dat de ernstigverwijtmaatstaf bij de toepassing van art. 2:9 BW in de loop der jaren in de literatuur tot verschillende – in mijn visie onnodige – rechtstheoretische beschouwingen heeft geleid over de betekenis daarvan, teneinde deze ‘een plaats’ te geven in art. 2:9 BW. Is het een toerekeningsmaatstaf, een schuldgradatie of een toetsingsnorm of dient de maatstaf een rol te spelen bij de beoordeling van de taakvervulling en/of bij de disculpatievraag?⁴¹ De onduidelijkheid die de ernstigverwijtmaatstaf met zich bracht bij het leerstuk van interne bestuurdersaansprakelijkheid, leverde ook veel kritiek op in de literatuur. Ook op het gebied van externe bestuurdersaansprakelijkheid is de ernstigverwijtmaatstaf allerm minst van kritiek gespaard gebleven. Een grondige analyse van de wetsgeschiedenis, de literatuur en jurisprudentie, alsmede van de daarin genoemde motivering van de ernstigverwijtmaatstaf bij interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid, is daarom nuttig. Dit geldt temeer nu de ernstigverwijtmaatstaf in de Nederlandse rechtswereld weliswaar breed gedragen wordt, maar allerm minst consensus bestaat over de functie en betekenis ervan en over de vraag of de maatstaf wel past in het systeem van de wet. Integendeel, ik zal in dit verband bij herhaling auteurs aanhalen, die zowel lang als kort geleden inconsistenties hebben geconstateerd bij de totstandkoming, de ontwikkeling en de toepassing van de ernstigverwijtmaatstaf, zowel in het kader van interne bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW als in het kader van externe bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW. Voor de beeldvorming heb ik hieronder een aantal citaten opgenomen.

Blanco Fernández in 1993:

*“Strikt genomen kan niet worden gezegd dat aansprakelijkheid ernstige verwijtbaarheid vereist. Aansprakelijkheid veronderstelt slechts onbehoorlijke taakvervulling, waarvoor, volgens de heersende leer, ernstige verwijtbaarheid is vereist.”*⁴²

41. Zie hierover: Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/200; D.A.M.H.W. Strik, Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid. Een maatpak voor de Board Room (diss. Rotterdam; Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 73), Deventer: Kluwer 2010, p. 23-24, 28, 30 en 49; Timmerman 2009b, p. 481 e.v. L. Timmerman, ‘Grondslagen van geldend ondernemingsrecht’ (oratie Rotterdam), *Ondernemingsrecht* 2009/2, nr. 31 en 32; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/446-448; B.F. Assink en P.D. Olden, ‘Over bestuurdersaansprakelijkheid – De reikwijdte van de maatstaf ‘ernstig verwijt’, vrijetekening en vrijwaring nader bezien’, *Ondernemingsrecht* 2005, afl. 1, p. 9-16; Asser/Maeijer 2-III 2000/321. Ik zal later op deze rechtstheoretische beschouwingen ingaan.

42. Blanco Fernández 1993, p. 174-179.

HOOFDSTUK 1

Blanco Fernández in 2000:

*“Het thans heersende standpunt dat aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling alleen ontstaat ingeval van ernstige verwijtbaarheid verdient heroverweging. Bestuurders en commissarissen zijn in beginsel aansprakelijk indien sprake is van gewone schuld.”*⁴³

Glasz, Beckman en Bos in 1994:

*“Onze benadering leidt ertoe dat de bandbreedte in de beoordeling behoorlijk of onbehoorlijk bepalend is voor de aansprakelijkheidsvraag: onbehoorlijk beoordeelde taakvervulling – de norm is: taakvervulling door besturen met bekwame en ervaren bestuurders – impliceert de verwijtbaarheid. De marge in de beoordeling omtrent de (on)behoorlijkheid vermijdt de discussie omtrent de mate van verwijtbaarheid.”*⁴⁴

Van der Vlis in 1994:

*“Het relevante criterium is derhalve of er sprake is van een tekortkoming; de ernst van de verwijtbaarheid blijft buiten beschouwing.”*⁴⁵

Assink in 2010:

*“Vragen, vragen, vragen; de literatuur is overvloedig en de Hoge Raad geeft het antwoord niet. Duidelijk is eigenlijk alleen dat ‘ernstig verwijt’ een objectief begrip is (geen subjectieve kwade trouw vereist), dat beoogt het aansprakelijkheidsrisico van de bestuurder enigszins te beperken. Dit laatste is wel belangrijk, maar als oogst vrij mager.”*⁴⁶

43. J.M. Blanco Fernández, ‘Rechtspositie en aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen’, *Ondernemingsrecht* 2000, afl. 17, p. 474.

44. J.R. Glasz, H. Beckman en J.A.M. Bos, *Bestuur en toezicht; taken, verantwoordelijkheden, aansprakelijkheden van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Kluwer 1994, p. 113-114.

45. P. van der Vlis, ‘Interne aansprakelijkheid van bestuurders: de functies van artikel 2:9 BW’, *TVVS* 1994/157; J.R. Glasz, *Enige beschouwingen over zinvol commissariaat*, Deventer: Kluwer 1995, p. 48.

46. Assink, ‘De Januskop van het ondernemingsrecht – Over facilitering en regulering van ondernemerschap’, *Ondernemingsrecht* 2010/50, par. 55 e.v.

Strik in 2010:

“Mijn argumenten daarvoor zijn de volgende. Allereerst is het niet wenselijk dat waar de wetgever heeft voorzien in separate toetsing van het (collectieve) gedrag en individuele toerekenbaarheid (disculpatie), dit in de jurisprudentie wordt samengesmolten tot één geïntegreerde toets. Dit werkt gemakzuchtige procesvoering van partijen in de hand en kan leiden tot slecht gemotiveerde rechterlijke beslissingen, die de systematiek en de bedoeling van de wet miskennen, en een gebrek aan eenheid in de rechtspraak. (...) Daarnaast is naar mijn mening (...) niet dringend noodzakelijk om de inhoudelijke norm tekortkoming in de behoorlijke taakvervulling of onbehoorlijk bestuur verder te specificeren met een aanvullende term zoals ernstig verwijt om vast te stellen dat het bestuur de inhoud van diens taak niet behoorlijk heeft vervuld. Voor de vaststelling of een bepaalde gedraging onrechtmatig is, hoeft ook geen aanvullende norm te worden toegepast.”⁴⁷

Assink in 2011 en 2013:

“In de vierde plaats neemt een vrijtekening de onzekerheid weg, die bestaat over de invulling van de ‘ernstig verwijt’ maatstaf; die invulling is notoir onduidelijk.”⁴⁸

Huizink in 2013:

“Waarmee, en dat lijkt me een belangrijke gevolgtrekking, in deze gevallen de op grond van de rechtspraak van de Hoge Raad vereiste voldoende ernstige verwijtbaarheid niet anders uitpakt dan de vereiste verwijtbaarheid volgens ‘de gewone regels van de onrechtmatige daad’.”⁴⁹

Bartman in 2014:

“Fair enough, maar toch knaagt er nog wat bij mij. Met het eerste argument werpt de Hoge Raad de derde eigenlijk voor: “Sorry, had u maar niet moeten handelen met een rechtspersoon!”. Dat is nogal straf. Natuurlijk, de rechtspersoon is primair aanspreekpunt wanneer men met hem contracteert, maar dat zegt toch niets over bestuurdersfatsoen? Rechtvaardigt het gebruik van

47. Strik 2010, p. 23 en 27.

48. B.F. Assink, ‘Vrijtekening door de vennootschap van ondernemende bestuurders’, in: L. Timmerman e.a. (red.), *Samenwerken in het ondernemingsrecht* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 80), Deventer: Kluwer 2011, par. 2.V, Onderwerp 2, herhaald in Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 1172.

49. Huizink 2013, p. 30.

HOOFDSTUK 1

een rechtspersoon dat zijn bestuurder zich onzorgvuldiger tegenover derden mag gedragen dan wanneer hij een eenmanszaak of vof zou bestieren? En wat betreft het tweede argument, is de maatschappelijke welvaart niet evenzeer gebaat met niet al te bange ondernemers zonder rechtspersoonlijkheid? Is rechtspersoonlijkheid niet zelf al bedoeld als een schild tegen persoonlijke aansprakelijkheid met het oog op de bevordering van de maatschappelijke welvaart? Is het werkelijk nodig daar ook nog een hoge drempel-voorrecht voor bestuurders aan toe te voegen bij de beoordeling van hun persoonlijk doen en laten?”⁵⁰

Verstijlen in 2013:

“Het ontgaat mij echter waarom in een dergelijke situatie ipso facto een ernstig verwijt zou moeten worden aangenomen. (...) Men zal toch niet willen aannemen dat een schending van een zorgvuldigheidsnorm steeds ernstig verwijtbaar is.”⁵¹

Verstijlen in 2015:

“Er is onvoldoende grond voor het vereist stellen van een ‘ernstig verwijt’ indien de relatie tussen de bestuurder persoonlijk en een derde aan de orde is.”⁵²

Van Veen in 2016:

“Het valt ook niet onmiddellijk in te zien waarom bestuurderschap (ondernemerschap?) mee zou moeten brengen dat de betamelijke zorgvuldigheid lichtvaardiger mag worden ingevuld dan gangbaar is voor (gewone) burgers. Dat kan in ieder geval niet worden afgeleid uit art. 2:9 BW. Dat hiermee een maatschappelijk belang is gediend, zoals de Hoge Raad stelt, is zeer de vraag.”⁵³

50. S.M. Bartman, ‘Anders dan het orakel van Delphi’, *Ondernemingsrecht* 2014/143, afl. 17, p. 723.

51. Verstijlen 2013, p. 4.

52. F.M.J. Verstijlen, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid in het gemene recht’, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten, en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015*, Deventer: Kluwer 2015, p. 323-348.

53. Van Veen 2016, par. 3.4.

De kritische constatering van deze en andere auteurs⁵⁴ stonden echter veelal op zich, zodat de overtuigende meerwaarde van de terechte kritiek in onderlinge samenhang bezien wellicht niet ten volle tot uiting is gekomen, althans niet tot een grondige herbezinning in de rechtswereld heeft geleid. In mijn proefschrift heb ik daarom onder meer de door deze auteurs en door mijzelf geconstateerde inconsistenties samengevoegd en in onderlinge samenhang beschouwd, uiteraard mede in het licht van de wetsgeschiedenis, rechtspraak en overige literatuur. Het beschouwen van de visies van deze auteurs in onderlinge samenhang, is uiterst functioneel gebleken voor een diepgaande verdergaande analyse van de ernstigverwijtmaatstaf in de respectievelijke contexten van interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid. Dat ik als advocaat met de leerstukken van interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid te maken heb gehad in het kader van procedures zowel voor als tegen bestuurders, heeft het animo mijn bevindingen in dit verband te benoemen en te delen vanzelfsprekend versterkt.

Ik hecht overigens eraan te benadrukken dat het loslaten van de inmiddels tot een paradigma verheven ernstigverwijtmaatstaf en de daarin vervatte ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’ allerm minst impliceert dat bestuurders plots ‘sneller’ aansprakelijk zullen zijn. *De facto* torn ik niet aan de bescherming van de bestuurder van de rechtspersoon. Ik meen alleen dat de rechtstheoretische basis van die bescherming niet gevonden moet worden in de ernstigverwijtmaatstaf, maar in de betekenis en ratio van art. 2:9 BW zelf en in de beginse-len van rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit die van belang zijn bij de beoordeling van aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW. Dit zou bij de lezer de vraag kunnen oproepen of mijn proefschrift niet te academisch van aard is en of het wel wat toevoegt aan de rechtspraktijk.

Waar het gaat om interne bestuurdersaansprakelijkheid zou toegegeven kunnen worden dat het praktische belang van de vraag of de leer van het ernstig verwijt op bestuurders van toepassing is, niet overschat moet worden.⁵⁵ Het komt uiteindelijk namelijk neer op de normatieve vraag wanneer een bestuurder aansprakelijk moet zijn omdat hij tekortgeschoten is in de verbintenis tot een

54. Zie naast voornoemde auteurs en naast mijn eigen eerdergenoemde publicaties: J.R. Glasz, ‘Aansprakelijkheid van directeuren en commissarissen, vanuit het vennootschapsrecht bezien’, *TVVS* 1986, nr. 86/4; Assink & Olden 2005; J.B. Huizink, ‘Artikel 2:9 BW. Enkele observaties’, in: J.B. Huizink e.d. (red.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 9; A. Karapetian, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid na Van de Riet/Hoffmann: over hoe het is, hoe het was en zou moeten zijn’, *WPNR* 2015/7052, p. 209-220; A. Karapetian, ‘RCI Financial Services/Kastrop & mededelingsplichten van de bestuurder van een vennootschap: hoe het strafrecht ons een handje helpt’, *TvI* 2015/51, Afl. 6, p. 336 e.v.; M.L. Tuil, ‘(Geen) aansprakelijkheid bij onjuiste gegevensverschaffing bij zekerheidsverlening – Een rol voor ‘dwalingsaansprakelijkheid’ na Hoge Raad 5 augustus 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, *NJ* 2015, 22 (RCI/X)?’, *MvV* 2015/2, p. 60-66.

55. Zo stelt Van der Vlis 1994, par. 5.

behoorlijke taakvervulling ex art. 2:9 BW. Of daarvoor de term ‘ernstig verwijt’ of ‘onbehoorlijke taakvervulling’ gehanteerd wordt, maakt niet zo veel uit zou gezegd kunnen worden. De vraag of een bestuurder onbehoorlijke taakvervulling kan worden verweten is voorts bijna net zo abstract als de vraag of een bestuurder een ernstig verwijt treft en zal steeds van geval tot geval moeten worden beoordeeld door de rechter. Ditzelfde zou gezegd kunnen worden over het leerstuk van externe bestuurdersaansprakelijkheid.⁵⁶ Maar het belang van de vraag of de leer van het ernstig verwijt op bestuurders van toepassing moet zijn, moet zeker ook niet onderschat worden vanuit een rechtswetenschappelijk perspectief: het recht moet duidelijk zijn en het recht moet toegepast worden. Het recht kent daarvoor eigen doelstellingen die in acht moeten worden genomen om als systeem te kunnen bestaan; daarbij spelen waarden als rechtszekerheid, doelmatigheid en coherentie een rol.⁵⁷ Door het recht op te vatten als een eenheid die zijn betekenis en rationaliteit ontleent aan onderliggende (rechts)beginselen en doeleinden wordt het een intelligibele⁵⁸ orde, vatbaar voor interne evaluatie en interne kritiek.⁵⁹ Mijn kritiek is dat de ernstigverwijtmaatstaf rechtstheoretisch niet te rechtvaardigen is, onduidelijkheid creëert over de leerstukken van interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid en dat de maatstaf deze leerstukken onnodig complex maakt.

De spreken van Couperus en Branson, die ik heb opgenomen aan het begin van dit proefschrift, illustreren waar ik bij het schrijven van dit proefschrift tegenaan liep. De ernstigverwijtmaatstaf is in de rechtspraak en de literatuur grondig en uitvoerig onderbouwd en heeft inmiddels een wettelijke basis gekregen. Om mijn visie, de ernstigverwijtmaatstaf los te laten, goed over het voetlicht te brengen, is het noodzakelijk op die onderbouwing in te gaan. Dit kan op bepaalde onderdelen leiden tot een zekere polemiek, maar zoals ik het zie zouden de leerstukken van interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid niet zo ingewikkeld moeten zijn als zij zijn gemaakt. Hoewel de omvang van dit proefschrift anders zou kunnen doen denken, beoog ik de leerstukken weer eenvoudig te maken. Paradoxaal genoeg is mij echter gebleken dat ik de omvang van dit proefschrift nodig heb om te laten zien dat beide leerstukken onnodig complex zijn gemaakt en dat het eenvoudiger kan. De bedoelde spreken van Couperus en Branson leken mij dus wel van toepassing. In het

56. Hoewel dat daar mijns inziens nog veel minder opgaat dan bij het leerstuk van interne bestuurdersaansprakelijkheid.

57. C. Smith, ‘Het normatieve karakter van de rechtswetenschap; recht als oordeel’, *R&R* 2009 (38), 3, p. 217.

58. Intelligibel betekent verstaanbaar en begrijpelijk in de context dat het slechts voor het verstand kenbaar is doch niet empirisch waarneembaar. Het recht en het systeem van het recht vormt dus bij uitstek een zogenoemde ‘intelligibele orde’.

59. Smith 2009, p. 218.

Jaarboek Corporate Governance 2014 werd de vrees uitgesproken dat het Nederlandse ondernemingsrecht meer en meer verworden is tot een wetenschap die voor de niet-specialist nog nauwelijks te doorgronden is en dat het voor degenen die met het onderwerp bestuurdersaansprakelijkheid worden geconfronteerd, lastig kan zijn regelgeving en jurisprudentie te vertalen naar de praktijk.⁶⁰ Dat wringt in het bijzonder daar waar regelgeving en rechtspraak voor de persoonlijke (vermogens)positie van bestuurders, commissarissen en van derden vergaande gevolgen kunnen hebben. Ik heb de bescheiden hoop dat mijn ‘revolutionair vergezicht’ zal bijdragen aan de bij de wetgever en rechterlijke macht liggende mogelijkheid om een verduidelijking en vereenvoudiging van de leerstukken van interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid te geven. Daarmee worden de leerstukken ook voor de niet-specialist weer iets doorgrondelijker gemaakt. Voorts wordt “*de regeling voor bestuur en toezicht bij de verschillende soorten rechtspersonen*” ook daadwerkelijk verduidelijkt, zoals is beoogd blijkens de eerder aangehaalde memorie van toelichting bij het wetsvoorstel van 8 juni 2016.⁶¹

1.3 Paradigmatische rechtstheorie of rechtspolitiek?

Ik onderken dat het antwoord op de vraag of een rechtstheoretisch leerstuk voldoende (rechts)zekerheid en duidelijkheid biedt in zekere zin subjectief van aard is. Daar hoeft geen consensus over te bestaan. Het kan bovendien als een rechtspolitieke vraag worden aangemerkt, omdat het recht, in ieder geval in theorie, niets anders is dan een taalkundige weergave van hetgeen de meerderheid van de bevolking (zij het vertegenwoordigd in de Staten-Generaal) kennelijk als juist accepteert. De werkelijkheid is echter iets complexer. Het recht is in de dagelijkse praktijk namelijk veel meer dan dat en bestaat uit een weergaloze hoeveelheid wetten, rechtspraak en doctrine, waarin de wet verder wordt toegelicht en waarbij talloze paradigma’s een rol spelen.

Daarnaast vindt de vorming van wetten in de politiek (rechtspolitiek) *de facto* plaats buiten het zicht van de burger. De op deze rechtsvorming gebaseerde of daaraan voorafgaande rechtstheoretische en/of rechtspolitieke beschouwingen komen voorts tot stand door het relatief kleine gezelschap van de beroepsbevolking in Nederland dat zich bezig houdt met de beoefening van het recht en/of met de specifieke vakgebieden waar een rechtsgebied betrekking op heeft. Binnen dat gezelschap van rechters, advocaten, juristen in het algemeen

60. J. Fleming, ‘Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders: de juridische risico’s van ondernemen’, in: M. Lückerath-Rovers, B. Bier, H. van Ees e.a. (red.), *Jaarboek Corporate Governance 2014*, Deventer: Kluwer 2014, par. 6.1.

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

HOOFDSTUK 1

en vakspecialisten, houdt een nog kleiner aantal rechtsbeoefenaars en vakspecialisten zich bezig met de rechtstheorie en rechtspolitiek binnen een bepaald leerstuk. De meeste doen dat slechts in de beoefening van de rechtspraktijk en sommigen doen dat ook in de rechtsliteratuur door het geven van rechtspolitieke en rechtstheoretische visies op het betrokken leerstuk. Deze rechtsbeoefenaars hebben samen met de rechterlijke macht een belangrijke invloed op de rechtsvinding, de rechtsverfijning en zelfs de rechtsvorming binnen het betrokken leerstuk. Hun mening doet ertoe en zal vaak gevolgd worden. Naast – en met name als verdieping op – de door de politiek gecreëerde rechtsregels bepalen zij de paradigma's binnen de rechtspraktijk. Bij het paradigma van de ernstigverwijtmaatstaf blijkt dat bijvoorbeeld uit de recente codificatie daarvan in art. 2:9 BW. De maatstaf is ontwikkeld in de rechtspraktijk op basis van het bestaande art. 2:9 BW en is vervolgens door de wetgever overgenomen in art. 2:9 BW.

Rechtstheorie is bovendien nauw verweven met *rechtspolitiek*. De vraag wanneer bijvoorbeeld sprake is van bedrog kan *rechtstheoretisch* worden benaderd door de parlementaire geschiedenis te onderzoeken, maar de toelichting die uit die parlementaire geschiedenis kan blijken is *rechtspolitiek* te noemen (er kan daarin namelijk zijn uitgelegd waarom een bepaalde handeling in onze maatschappij normatief als bedrog en dus als onaanvaardbaar wordt aangemerkt). De rechtstheoretische werkzaamheid, bestaande uit het vaststellen van de kaders van het leerstuk van bedrog, zoals dat uit de parlementaire geschiedenis blijkt, kan als een vorm van (rechts)wetenschap worden aangemerkt. De voornoemde kaders zelf zijn evenwel minder goed aan te merken als het resultaat van rechtswetenschappelijke werkzaamheden. Deze kaders zijn namelijk vooral het resultaat van een rechtspolitieke gedachtevorming over de normatieve kaders die men in de maatschappij wenselijk acht wanneer (rechts) personen rechtshandelingen verrichten. Deze normatieve kaders vormen in onze maatschappij op hun beurt de paradigma's, waar de in de rechtspraktijk ontwikkelde paradigma's op (dienen te) zijn gebaseerd.

Voorts is van belang dat – anders dan bij een exacte wetenschap – de in de rechtspraktijk ontwikkelde paradigma's zich niet lenen voor een oplossing van daadwerkelijk 'wetenschappelijke' vraagstukken. Dit geldt zowel voor de door de wetgever vastgestelde normatieve kaders en wetten, als voor de in de rechtspraktijk ontwikkelde verfijnde regels en normenkaders, die op hun beurt zijn gebaseerd op en/of zijn afgeleid van die wetten. De bedoelde paradigma's zijn eerder aan te merken als een combinatie van taaltekens, die (i) zijn vastgelegd door de wetgever, (ii) soms verder zijn ontwikkeld in de rechtspraak en de doctrine en (iii) bedoeld zijn om de burger zowel in het algemeen als in specifieke gevallen zo veel mogelijk duidelijk te maken welk gedrag maatschappelijk

gezien wenselijk of onwenselijk is. Daarbij geldt als onderliggend basisprincipe dat de wetgever het prerogatief heeft te bepalen welk gedrag maatschappelijk gezien wenselijk of onwenselijk is en dat de wetgever in eerste instantie degene is die bepaalt welke taaltekens daarvoor worden gebruikt. De wetgever mag rechtspolitiek bedrijven. De rechterlijke macht dient strikt genomen uitsluitend rechtstheorie te bedrijven (ook al is dat niet altijd mogelijk, zie par. 2.3.2 t/m 2.3.5 hierna). Terwijl (exacte) wetenschap de positieve werkelijkheid in beginsel probeert te verklaren, probeert het recht de positieve werkelijkheid juist te dicteren, te ordenen. Dat gebeurt enerzijds door het bedrijven van rechtspolitiek (hetgeen bijvoorbeeld betrekking heeft op de vraag: is bedrog aanvaardbaar?) en anderzijds door het bedrijven van rechtstheorie (hetgeen bijvoorbeeld betrekking heeft op de vraag: wat bedoelde de wetgever met de term ‘bedrog’?).

Nu zou gesteld kunnen worden dat het grootste deel van de maatschappij bekend zal zijn met het antwoord op de vraag wat bedrog in grote lijnen inhoudt. De tekst van art. 3:44 BW zal niet breed bekend zijn, maar de inhoud ervan zal overeenkomen met wat veel burgers als bedrog zullen omschrijven. Zodra echter meer in detail zal moeten worden bekeken of in een specifiek geval sprake is van bedrog, zal de gemiddelde burger-niet jurist al snel moeite kunnen krijgen met de veelheid van feitelijke en juridische omstandigheden en gevolgen die hierbij een rol kunnen spelen en die nader door het gebruik van taal in de rechtspraktijk zijn uitgewerkt, mede in een wisselwerking tussen rechtspraak en doctrine. Die rechtstheoretische en soms rechtspolitieke uitwerkingen kunnen op hun beurt ook als een paradigma worden aangemerkt, indien die uitwerkingen in de rechtspraktijk steeds opnieuw toepassing vinden.

De gemiddelde burger-niet jurist, hoewel deze geacht wordt de wet te kennen, heeft gelet op het voorgaande veelal onvoldoende kennis en begrip van het recht om zich zonder veel moeite op een zinvolle wijze over de rechtswetenschap uit te laten, net zo min als hij dat zou kunnen over de wetten die gelden in een exacte wetenschap zoals de wetten der fysica. In zijn dagelijkse leven hoeft hij dat natuurlijk ook niet. Wat evenwel niet uit het oog moet worden verloren is dat de rechtswetenschap in theorie iedere burger kan raken, omdat iedere burger, als rechtssubject binnen een rechtsstaat, onderworpen is aan het binnen die rechtsstaat geldende recht. Terwijl de burger niet wordt geacht de wetten der fysica te kennen, deze zullen in zijn dagelijks bestaan voor hem ook niet van belang zijn, wordt hij in theorie wel geacht de wet (zijnde het recht middels toepassing van de wet) te kennen.⁶² Sterker, hij heeft in een democratische

62. In HR 27 februari 2015, *NJ* 2015, 240 m.nt. P. Van Schilfgaarde (*ING/D*), r.o. 3.3.3 leek dit adagium door de Hoge Raad enigszins te worden losgelaten in het kader van externe bestuurdersaansprakelijkheid. De Hoge Raad overwoog in dit arrest dat onbekendheid van een bestuurder met een bepaalde wettelijke regel mede van belang kan zijn voor de vraag of de bestuurder een ‘ernstig verwijt’ treft. De Hoge Raad overwoog echter ook dat de

rechtsstaat indirect via de volksvertegenwoordiging medezeggenschap over hoe het recht eruit hoort te zien. Hoewel de burger-niet jurist *de facto* zich weinig met het recht zal bezighouden, is het gebruik van een taalkundig logische en begrijpelijke terminologie en het hanteren van rechtstheoretisch logische redeneringen door rechtspraak en doctrine dan ook van fundamenteel belang om het recht *de iure* voor die gewone burger toegankelijk en controleerbaar te blijven houden. In de theorie dient de wet en het recht, dat zich soms in niet op de wet terug te voeren paradigma's uit, dan ook begrijpelijk te zijn voor de burger. Dat zou naar mijn mening minst genomen moeten betekenen dat een gemiddelde jurist zonder te veel moeite het recht alsmede de taal en de logica ervan aan die burger moet kunnen uitleggen. Zo ook A-G Langemeijer die in 1960 schreef:⁶³

“Ook al moge de burger-niet-jurist zich zelden bij zijn gedrag aan de wets-tekst oriënteren, de mogelijkheid moet toch voor hem blijven openstaan om dit wel te doen. In ieder geval is het wenselijk dat een jurist hem in de regel omtrent de strekking van de wet kan voorlichten zonder dat dit moeite en dus kosten behoeft mede te brengen van de orde van grootte van die welke met een geding in drie instanties gepaard gaan.”

Men zou kunnen stellen dat niet alleen de wetgever en de rechterlijke macht hierin een verantwoordelijkheid hebben, maar dat gelet op de wisselwerking tussen – en wederzijde beïnvloeding van – doctrine en rechtspraak, ook de rechtswetenschap in het algemeen een zekere ethische jurist-gebonden verantwoordelijkheid heeft, zoals alle wetenschappers dat op hun vakgebied hebben. Die verantwoordelijkheid houdt naar mijn mening in ervoor te waken dat de in de rechtspraak gevormde paradigma's taalkundig en rechtstheoretisch begrijpelijk en logisch blijven en in rechtspolitieke en taalkundige zin niet afwijken van de wet. Die verantwoordelijkheid brengt met name met zich dat ruimte moet bestaan voor discussie binnen de rechtswereld. Naar mijn idee wordt deze verantwoordelijkheid door de rechtspraak in Nederland ook genomen. De rechtspraak staat niet gesloten voor nieuwe rechtstheoretische en rechtspolitieke inzichten en in de doctrine wordt op een veelheid van rechtsgebieden openlijk gediscussieerd over het recht.

benadeelde niet hoeft te stellen dat de bestuurder *wel* bekend was met een bepaalde wettelijke regel. Dat mag de benadeelde namelijk veronderstellen. De bestuurder zal dus zelf een beroep erop moeten doen dat hij *niet* bekend was met de wettelijke regel. Uit het arrest blijkt voorts niet duidelijk in welke mate onbekendheid met de wet van belang kan zijn. Ik zou menen dat het enkele voldoen aan de bedoelde stelplicht de bestuurder niet zal vrijpleiten, maar dat daarvoor hoe dan ook meer omstandigheden nodig zijn. In de betrokken zaak had de bestuurder bijvoorbeeld advies ingewonnen bij een advocaat en had hij op dat advies vertrouwd. Van Schilfgaarde merkt in zijn noot terecht op dat de benadering van de Hoge Raad meer in overeenstemming is met het oorspronkelijke in het Latijn negatief geformuleerde adagium ‘Nemo censetur ignorare legem’, letterlijk vertaald: “niemand wordt geacht de wet *niet* te kennen”.

63. Conclusie bij HR 11 november 1960, *NJ* 1961, 35.

Een en ander neemt niet weg dat ervoor gewaakt moet worden dat bepaalde paradigma's in stand blijven, bijvoorbeeld omdat het gezelschap van rechts-beoefenaars binnen een bepaald leerstuk een dusdanige kritieke massa heeft dat taalkundige, rechtshistorische en meer in het algemeen rechtstheoretische tegengeluiden op bestaande rechtspraak en doctrine minder goed worden gehoord.⁶⁴ Het openstaan voor die tegengeluiden is met name ook van belang indien een bepaald, in rechtspraak en doctrine tot stand gekomen, paradigma mede is onderbouwd met rechtspolitieke argumenten die niet met zoveel woorden zijn terug te vinden in de uit de wetsgeschiedenis blijkende wil van de wetgever, of daarmee zelfs strijdig zijn. Een paradigmaverschuiving kan dan wenselijk zijn gelet op het rechtspolitieke argument dat binnen de volksvertegenwoordiging tot stand gekomen paradigma's ten onrechte sluipenderwijs zijn opzij gezet door in de rechtspraak en doctrine tot stand gekomen paradigma's hetgeen strijdig kan zijn met de idee van de scheiding der machten (de trias politica).

Daarbij is van belang dat het recht taal- en plaatsgebonden is en dat geen mondiale empirisch wetenschappelijke juridische waarheid bestaat, die de in de rechtspraak en doctrine van een bepaalde rechtsstaat ontstane paradigma's kan weerleggen op basis van een exact-wetenschappelijke benadering die in de positieve werkelijkheid 'tastbaar' is. Dat is bij de wetten der fysica uiteraard anders. De positieve werkelijkheid fungeert in de fysica als het ware als een rechtvaardiging voor het bestaan van een wet der fysica, waarbij niet van belang is of die wet in Nederland of in Frankrijk is ontstaan. Deze wet der fysica is universeel en de wetenschap zal deze omarmen indien de wet de toets aan de positieve werkelijkheid doorstaat.⁶⁵ Het recht is echter niet aan deze positieve werkelijkheid te toetsen, omdat de in de rechtspraktijk ontwikkelde paradigma's het resultaat zijn van taalkundige en normatieve meningsvorming. Dat maakt het per definitie lastig een bestaand paradigma succesvol te bekritisieren. Rechts-politieke paradigma's en argumenten zijn naar hun aard per definitie niet goed wetenschappelijk te bekritisieren omdat deze nu eenmaal het resultaat zijn van normatieve meningsvorming. Rechts-theoretische paradigma's en argumenten

64. In Westenbroek 2015b spreek ik in dat verband bewust van de 'heilige status' van de ernstigverwijtmaatstaf.

65. Hoewel uiteraard ook in de exacte wetenschap nieuwe theorieën en inzichten tot de nodige ophef kunnen leiden en niet steeds meteen geaccepteerd zullen worden. Denk aan Pythagoras die in de 6 e eeuw v. Chr. stelde dat de wereld niet plat, maar bolvormig was. Denk ook aan de Amsterdamse fysicus E.P. Verlinde van het Delta Institute for Theoretical Physics van de Universiteit van Amsterdam die in november 2016 zijn theorie openbaar maakte op het gebied van de zwaartekracht en daarmee – naar ik als leek op het gebied van fysica begriip – de relativiteitstheorie van Einstein ter discussie stelde. Zie: E.P. Verlinde, *Emergent Gravity and the Dark Universe*, Cornell University Library, 8 November 2016, <https://arxiv.org/abs/1611.02269>.

die hebben geleid tot een *rechtspolitiek* paradigma zouden echter wel wetenschappelijk bekritiseerbaar moeten zijn. Zij kunnen namelijk getoetst worden aan de in de rechtspraktijk toegepaste rechtstheoretische interpretatie- en redeneermethoden (zie hierover par. 2.4), waarover in de rechtswetenschap consensus bestaat dat die de ‘spelregels’ bepalen. Terwijl de positieve werkelijkheid de spelregels van de exacte wetenschap beheerst, zijn het deze interpretatie- en redeneermethoden die de spelregels van de rechtswetenschap beheersen. Het toekennen van consequente en uniforme betekenis aan de taaltekens die het recht gebruikt, is voor een consequente toepassing van die spelregels vanzelfsprekend een belangrijke voorwaarde. Daadwerkelijk *bewijzen* dat een rechtstheoretisch paradigma of rechtstheoretisch argument juist of onjuist is, zal echter nog steeds vrijwel onmogelijk zijn omdat deze paradigma’s en argumenten niet aan de positieve werkelijkheid zijn te toetsen. Ze zijn namelijk uitsluitend te toetsen aan taalkundige begrippen die in de rechtspraktijk worden gehanteerd, terwijl bovendien de meerderheid binnen de rechtspraktijk zal bepalen of een bepaald paradigma of argument, uitgedrukt in taaltekens, als ‘juist’ wordt aanvaard. Ook al wordt in de rechtspraktijk gebruikgemaakt van algemeen aanvaarde rechtstheoretische interpretatie- en redeneermethoden, die het ‘juiste’ van het ‘onjuiste’ moeten onderscheiden, een harde onafhankelijke toets, zoals de positieve werkelijkheid, bestaat niet.

In de wetenschapsfilosofie bestaat de paradigmatheorie van Thomas Kuhn.⁶⁶ Volgens deze theorie moet – zeer algemeen geformuleerd – binnen de wetenschap rekening worden gehouden met het verschijnsel dat nieuwe wetenschappelijke waarnemingen, die niet in een bestaand paradigma passen, zullen leiden tot een opeenstapeling van aanpassingen van een model waardoor het model zelf onder spanning komt te staan. Er kan dan in de wetenschap een nieuw paradigma worden voorgesteld, maar tegelijkertijd zal onder wetenschappers een weerstand kunnen opkomen tegen deze verandering. Die weerstand zal zich dan met name uiten in een verdere verdediging van het bestaande paradigma. Ervan uitgaande dat men in de *exacte* wetenschap rekening zou moeten houden met dit verschijnsel, moet minst genomen de mogelijkheid worden aanvaard dat dit verschijnsel in de *rechtswetenschap* nog sterker kan spelen. De rechtswetenschap is namelijk niet aan de positieve werkelijkheid te toetsen, maar is het resultaat van taalkundige en normatieve meningsvorming binnen een selectief gezelschap dat het recht beoefent. De realiteit is dat een daadwerkelijke paradigmaverschuiving pas kan plaatsvinden, wanneer in de doctrine en rechtspraak voldoende aanhang bestaat voor een nieuw paradigma.

66. T.S. Kuhn, *The structure of scientific revolutions* (International encyclopedia of unified science vol. 2, no. 2), Chicago, IL: University of Chicago Press 1962.

Tijdens mijn onderzoek – dat naar mijn mening voornamelijk *rechtstheoretisch* van aard is – is mij wel eens voorgehouden dat niet alleen juridisch inhoudelijke argumenten zijn aan te voeren tegen mijn bevindingen, maar dat het uiteindelijk ook hangt op *rechtspolitiek* en de rol van de Hoge Raad: hoe zullen we bestuurdersaansprakelijkheid inrichten? Heeft de Hoge Raad daarin niet een rechtsvormende functie? Dient de Hoge Raad niet een leidraad te creëren aan de hand waarvan feitenrechters bestuurdersaansprakelijkheid kunnen beoordelen? Als de wetgever het niet eens is met de Hoge Raad, dan zal de wetgever toch wel hebben ingegrepen? Het gaat mij echter primair om de *rechtstheorie* en niet om het antwoord op voornoemde retorische en voornamelijk *rechtspolitieke* vragen.⁶⁷ Ik denk voorts niet dat in het huidige tijdperk de wetgever zich als prioriteit heeft gesteld zich te verdiepen in de rechtstheoretische rechtvaardiging van de ernstigverwijtmaatstaf. Ik beschouw deze retorische (en voornamelijk *rechtspolitieke* en dus normatieve) vragen dan ook als een uiting van de hiervoor door Thomas Kuhn bedoelde weerstand tegen een paradigmaverschuiving. Het bestaansrecht van de ernstigverwijtmaatstaf wordt verdedigd met (nieuwe of nog meer) *rechtspolitieke* argumenten zonder dat daadwerkelijk inhoudelijk wordt ingegaan op mijn *rechtstheoretische* argumenten die het bestaansrecht van de ernstigverwijtmaatstaf in twijfel trekken. De bevindingen in mijn proefschrift zouden zo paradoxaal genoeg ertoe kunnen leiden dat de centrale plek van de ernstigverwijtmaatstaf in het ondernemingsrecht nog verder wordt verstevigd. Ik denk echter niet dat *rechtstheoretische* kritiek met *rechtspolitiek* beantwoord dient te worden. Of mijn rechtstheoretische beschouwingen uiteindelijk binnen de rechtspraktijk als juist zullen worden aangemerkt, is uiteraard een andere vraag. Ik denk (vanzelfsprekend) dat ik rechtstheoretisch het gelijk aan mijn zijde heb, maar ik ben mij bewust dat gelijk *hebben*, waar men het (wederom vanzelfsprekend) niet mee eens hoeft te zijn, niet hetzelfde is als gelijk *krijgen*. Uiteindelijk is gelijk krijgen immers afhankelijk van de vraag of mijn betoog gevolgd gaat worden door de wetgever en de rechterlijke macht, waarbij de doctrine uiteraard haar invloed kan uitoefenen. Anders gezegd, het antwoord op de vraag of mijn beschouwingen zullen leiden tot de door mij bepleite paradigmaverschuiving in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht (het loslaten van de ernstigverwijtmaatstaf), zal afhankelijk zijn van de vraag hoe dit proefschrift door de doctrine, wetgever en rechterlijke macht wordt ontvangen.

67. Dit proefschrift is dan ook hoofdzakelijk *rechtstheoretisch* van aard, maar gelet op de verwevenheid tussen *rechtspolitiek* en *rechtstheorie* zullen onvermijdelijk ook meer *rechtspolitiek* getinte zienswijzen naar voren komen.

Gelet op het voorgaande en met het oog op hoe dit proefschrift in de rechtspraktijk zou kunnen worden ontvangen wil ik benadrukken, terwijl ik onderken dat verwevenheid bestaat tussen rechtspolitik en rechtstheorie, dat naast genoemde verwevenheid ook *onderscheid* bestaat tussen *rechtspolitik* en *rechtstheorie*.

In *rechtspolitik* bestaat geen juist of onjuist maar bestaan *keuzes* die gebaseerd zijn op morele overtuigingen. Een rechtspolitieke vraag is bijvoorbeeld: ‘bent u voor of tegen de persoonlijke aansprakelijkheid van een vertegenwoordiger die namens zijn opdrachtgever bewust meewerkt aan bedrog van een derde?’ Ook de vraag ‘bent u voor of tegen een hoge drempel voor aansprakelijkheid van bestuurders?’ is van rechtspolitieke aard. Timmerman omschreef onlangs in dit verband dat men ervoor kan kiezen, als men een meer terughoudende bestuurdersaansprakelijkheid wenst, over de gehele linie van de bestuurdersaansprakelijkheid het begrip ‘ernstig verwijt’ van toepassing te laten zijn. Dat is volgens Timmerman een ‘*volstrekt legitieme rechtspolitieke keuze*’ die de Hoge Raad heeft gemaakt.⁶⁸ Ook Assink liet zich in gelijke zin uit door te spreken van een ‘*rechtspolitieke boodschap*’ van de Hoge Raad dat de verhoogde drempel van aansprakelijkheid niet snel wordt gehaald.⁶⁹ Het recht is in feite het resultaat van keuzes van rechtspolitik.⁷⁰ Nu kan gediscussieerd worden over de vraag of het wel aan de rechter (meer in het bijzonder de Hoge Raad) is om deze *rechtspolitieke* keuze te maken (die discussie heeft betrekking op de vraag of de rechter uitsluitend aan *rechtsvinding* of ook aan *rechtsvorming* mag doen, zie daarover hierna par. 2.3 e.v.), maar ik bekritiseer het paradigma van de ernstigverwijtmaatstaf voornamelijk vanuit *rechtstheoretische* overwegingen en minder vanuit *rechtspolitieke* overwegingen.⁷¹ Ik heb geen sterke voorkeur voor of tegen een ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’ van bestuurders. Dat laat ik graag aan de wetgever over, die naar aanleiding van een rechtspolitiek debat zijn legitieme oordeel daarover dient te vormen zonder zich daarbij te laten (mis)leiden door terminologie (*terminologie* dient wat dat betreft te worden onderscheiden van *normatiek*) die zich in de literatuur en rechtspraak heeft ontwikkeld. Wel merk ik op dat ik een rechtspolitieke voorkeur heb om bij het leerstuk van interne bestuurdersaansprakelijkheid het handelen van de bestuurder te toetsen aan de hand van een objectieve maatstaf, waarin de mate van schuld in civielrechtelijke zin (opzet, roekeloosheid, schuld, onbewuste schuld, etc.) in beginsel geen rol speelt. Ik meen echter dat die rechtspolitieke voorkeur niet anders is dan de oorspronkelijke visie van de wetgever bij de totstandkoming

68. Timmerman 2016, par. 2.

69. B.F. Assink, ‘Verbindingen tussen bestuurderschap, bestuurdersaansprakelijkheid en civielrechtelijk bestuursverbod’, *WPNR* 2013/6983, par. 8.

70. H.C.F. Schoordijk, ‘Het recht is het resultaat van keuze van rechtspolitik’, *NJB* 2008/678.

71. Hoewel ik zoals gezegd onderken dat daar enige verwevenheid tussen bestaat.

van de wettelijke bepalingen, die in de loop der tijd het leerstuk van interne bestuurdersaansprakelijkheid hebben bestreken. Die oorspronkelijke visie lijkt niet te zijn veranderd in de loop der jaren. Ook heb ik een rechtspolitieke voorkeur om bij het leerstuk van externe bestuurdersaansprakelijkheid het handelen van de bestuurder niet anders te toetsen dan het handelen van een willekeurig ander (rechts)persoon, zoals een werknemer, die onderworpen is aan art. 6:162 BW. Ook hier denk ik dat die rechtspolitieke voorkeur niet anders is dan de visie van de wetgever. Ik denk niet dat de maatschappij het wenselijk zou achten dat bestuurders beter beschermd worden dan werknemers. Ten aanzien van beide leerstukken denk ik evenwel dat rechtspolitiek en rechtstheorie te veel met elkaar in verwevenheid zijn gekomen. Als gevolg van een – naar mijn mening onjuiste – *rechtstheoretische* ontwikkeling in de rechtspraak en de literatuur, is in de rechtspraak en de literatuur (maar niet expliciet bij de wetgever) de *rechtspolitieke* gedachte ontstaan dat voor aansprakelijkheid van bestuurders een zogenoemde ‘hoge drempel’ zou moeten gelden in de vorm van de ernstigverwijtmaatstaf. Ten aanzien van interne bestuurdersaansprakelijkheid heeft deze *rechtspolitieke* gedachte zelfs geleid tot de codificatie van een regel die *rechtstheoretisch* naar mijn mening niet te rechtvaardigen is.

In *rechtstheorie* kan men – anders dan bij *rechtspolitiek* – mijns inziens wél tot zekere hoogte over juiste of onjuiste, althans over te verdedigen en niet te verdedigen argumenten en redeneringen spreken. Die *rechtstheoretische* argumenten en redeneringen zijn met name in de rechtspraak (maar ook in de literatuur) een uitkomst van het proces van rechtsvinding. Men is op zoek naar het recht en vindt het recht door de wet toe te passen en te interpreteren door de eerdergenoemde spelregels. Rechtsvinding is bij uitstek dan ook een specifieke cognitieve activiteit die in alle gevallen moet blijven voldoen aan de eisen van de rechtstheoretische rede.⁷² De rechtstheoretische wetenschap dient zijn argumenten te putten uit het geldende positieve recht met behulp van vooral tekstanalytische methoden, praktische argumenten en redeneerwijzen.⁷³ Daarbij kunnen de rechtspraak en daarin gecreëerde rechtsregels op aanvaardbaarheid worden onderzocht, zowel naar vorm als naar inhoud. Een bepaalde constructie kan worden verworpen omdat een andere constructie passender wordt geacht.⁷⁴ Rechtspraak kan voorts getoetst worden aan de eisen van legaliteit en rationaliteit. Legaliteit houdt onder meer in dat de beslissing is voorzien van een juiste juridische motivering, gebaseerd op de geldende juridische regels. Rationaliteit houdt in dat de beslissing inzicht geeft in de wijze waarop de rechter aanknoopt

72. I. van Domselaar, ‘Zelfbevestigende’ versus ‘ontregelde’ rechtspraak’, *NJB* 2011/795.

73. Asser/Vranken Algemeen deel**** 2014/9.

74. H.S. Taekema, A.M.P. Gaakeer, M.A. Loth, *Recht in Context. Een inleiding tot de rechtswetenschap*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015, p. 138 en H. Franken e.a., *Inleiden tot de rechtswetenschap*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 134.

HOOFDSTUK 1

bij het juridische regelstelsel en in de werkelijke motieven die de rechter aan de juridische motivering ten grondslag legt.⁷⁵ De aanvaardbaarheid van een rechterlijke uitspraak is dan ook onder meer afhankelijk van de kwaliteit van de rechtspraak.⁷⁶ Het recht kent in dit verband, zoals gezegd, eigen doelstellingen die in acht moeten worden genomen om als systeem te kunnen bestaan. Daarbij spelen waarden als rechtszekerheid, doelmatigheid en coherentie een rol.⁷⁷

Door het recht op te vatten als een eenheid, die zijn betekenis en rationaliteit ontleent aan onderliggende beginselen⁷⁸ en doeleinden⁷⁹, wordt het zoals gezegd een intelligibele orde, vatbaar voor interne evaluatie en interne kritiek.⁸⁰ Die kritiek kan bijvoorbeeld inhouden dat een op enig moment geformuleerde rechtsregel op een specifiek onderdeel van het recht niet coherent is met rechtsregels die andere onderdelen van het recht bestrijken of daarmee inconsistent is.⁸¹ In dit proefschrift komt bij externe bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW in dat verband de vraag aan de orde waarom een ernstigverwijtmaatstaf zou moeten gelden voor de beoordeling van aansprakelijkheid van een bestuurder jegens een derde, terwijl een vergelijkbare maatstaf niet geldt voor de beoordeling van aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW van bijvoorbeeld een werknemer jegens een derde.

Ook de interpretatie van een (wettelijke) regel, die zich mede kan uiten in de taal die de rechter gebruikt bij de toepassing van de regel, is op een rechtswetenschappelijke basis te bekritisieren, als die interpretatie niet goed valt te rijmen met in de rechtswetenschap aanvaarde interpretatiemethoden zoals de grammaticale, systematische, wethistorische, rechtshistorische, rechtsvergelijkende of teleologische methode (zie par. 2.4).⁸² De uitleg van de formule en de uitdrukking in taaltekens, is dan ook een voornaam onderdeel van de rechtswetenschap en in de taal vindt de vormgeving van rechtswetenschappelijke bezinning plaats.⁸³ In dit proefschrift komt in dat verband bijvoorbeeld de vraag

75. Franken e.a. 1999, p. 170.

76. M.G. IJzermans, 'Legitimiteit door de dialoog in de rechtszaal', *RM Themis* 2016/1, p. 18.

77. Smith 2009, p. 217.

78. Zoals in dit proefschrift onder meer relevant: de beginselen van rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit.

79. Zoals in dit proefschrift onder meer relevant: bestuurders die moeten kunnen ondernemen en geen onbehoorlijke taakvervulling moet kunnen worden verweten op grond van bijvoorbeeld hindsight bias.

80. Smith 2009, p. 218.

81. Taekema, Gaakeer & Loth 2015, p. 138.

82. Franken e.a. 1999, p. 194 e.v.

83. J.J. Loeff, 'Enkele opmerkingen aangaande de verhouding van taal en recht', in: J.F. Glastra van Loon, R.A.V. van Haersolte, J.M. Polak (red.), *Speculum Langemeijer, 31 rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 303 e.v.

aan de orde of het gebruik van de term ‘ernstig verwijt’ bij art. 2:9 BW en art. 6:162 BW vanuit rechtswetenschappelijk oogpunt past binnen één van de gangbare interpretatiemethoden en of de term coherent is met de in voornoemde wetsbepalingen opgenomen normen, die spreken van een verplichting tot een ‘behoorlijke vervulling van de taak’ (art. 2:9 BW),⁸⁴ respectievelijk van een ‘doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’ (art. 6:162 BW).

De ernstigverwijtmaatstaf is een paradigma binnen het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Het is de taak van de rechtswetenschap de in het recht ontwikkelde paradigma’s te toetsen aan de rechtstheoretische kaders (de spelregels) waarbinnen de rechtswetenschap opereert. Het is voorts de taak van de rechtswetenschap deze paradigma’s los te laten, indien deze paradigma’s de voormelde toets niet kunnen doorstaan. Loth schreef in dit verband dat vooruitgang in de rechtswetenschap plaatsvindt door een verandering van paradigma of perspectief. Dat is niet altijd een kwestie van keuze, maar ook een kwestie van (anders) zien (een ‘Gestalt switch’). Vernieuwende juristen zijn zij die erin slagen om, in weerwil van het dominante programma, van perspectief te wisselen en daarmee een nieuwe horizon voor kennis te openen. Dat is in de rechtswetenschap niet anders dan in andere disciplines, waar de paradigmatische vernieuwingen worden afgewisseld met perioden van normaal-wetenschappelijk onderzoek.⁸⁵ Ik denk dat deze opmerkingen van Loth betrekking hebben op rechtswetenschap in de meeste brede betekenis, dat wil zeggen dat ze van belang zijn voor zowel de rechtspolitiek als de rechtstheorie. Teneinde de bedoelde paradigmatische vernieuwing een kans te geven is het van belang voor de rechtswetenschap in het algemeen en de doctrine in het bijzonder om, ondanks de verwevenheid, ook het onderscheid tussen *rechtstheorie* en *rechtspolitiek* te maken. Dat is voorts ook een taak van de rechtswetenschap. Zo wordt een zinvolle rechtswetenschappelijke discussie namelijk niet vertroebeld door de door Thomas Kuhn bedoelde weerstand vanuit het bestaande paradigma. Daarmee wordt voorts een bepleite paradigmaverschuiving in de doctrine en rechtspraak op zijn inhoudelijke merites beoordeeld. Het belang hiervan geldt te meer aangezien de doctrine invloed heeft op de vormgeving van het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid in de rechtspraak. De in de doctrine en rechtspraak naar voren gebrachte *rechtspolitieke* overwegingen zouden, gelet op al het voorgaande, mijns inziens niet bepalend moeten zijn voor een goede rechtswetenschappelijke beoordeling van de in dit proefschrift ingenomen *rechtstheoretische* standpunten.

84. Op 1 januari 2013 is de ernstigverwijtmaatstaf weliswaar gecodificeerd in art. 2:9 BW, maar die codificatie lijkt met name te zijn ingegeven door de wens van de wetgever de formulering van art. 2:9 BW te laten aansluiten op de in de literatuur en rechtspraak gebruikte terminologie, meer in het bijzonder op de terminologie uit het arrest *Staleman/Van de Ven*. Zie daarover: *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 8-9.

85. M.A. Loth, ‘Hoe raar zijn die juristen eigenlijk?’, *NJB* 2014/272.

1.4 Afbakening en methode

Dit onderzoek betreft niet een onderzoek naar de feitelijke omstandigheden waaronder een bestuurder persoonlijk aansprakelijk kan zijn jegens de rechtspersoon of jegens derden. Het onderzoek richt zich specifiek en uitsluitend op de vraag of de totstandkoming en het gebruik van de ernstigverwijtmaatstaf, als beoordelingsmaatstaf voor interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid, vanuit de rechtstheorie is te rechtvaardigen.

Ik heb in mijn onderzoek gebruikgemaakt van de binnen de rechtswetenschap gangbare methodologie voor rechtswetenschappelijk onderzoek, die niet verschilt met de methodologie van de rechter, zoals die van oudsher uitvoerig is uiteengezet in de rechtsvindingsliteratuur. In dat verband heb ik onderzoek gedaan naar de wetgeving, de parlementaire geschiedenis, de jurisprudentie en de literatuur. Ik heb daarbij volgens de regels der kunst gebruikgemaakt van in de rechtswetenschap gangbare tekstanalytische methoden en redeneerwijzen.⁸⁶

Ten aanzien van interne bestuurdersaansprakelijkheid heb ik gekeken naar de totstandkoming en de werking van art. 2:9 BW en de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in 1986 in de literatuur en in 1997 in het arrest *Staleman/Van de Ven*. Meer specifiek heb ik gekeken naar de betekenis van het begrip ‘(on) behoorlijke taakvervulling’, als bedoeld in art. 2:9 BW, alsook naar het uitgangspunt van collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur waarbij de individuele bestuurder de mogelijkheid heeft zich te disculperen. Ik heb daarbij onderzocht in hoeverre de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf destijds in rechtstheoretische zin te rechtvaardigen was. In dit proefschrift heb ik in dit kader een aantal keren gebruikgemaakt van oudere drukken van handboeken.

Voor externe bestuurdersaansprakelijkheid heb ik gekeken naar de wijze waarop de ernstigverwijtmaatstaf in combinatie met een zogenoemd systematisch toetsingsmodel door de Hoge Raad in 2006 in het arrest *Ontvanger/Roelofsen* is geïntroduceerd. Voorts heb ik gekeken naar de rechtvaardiging die de Hoge Raad in de latere arresten *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop* heeft gegeven voor het gebruik van de ernstigverwijtmaatstaf als ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’. Het door de Hoge Raad gemaakte onderscheid tussen de ‘gewone regels van onrechtmatige daad’ ex art. 6:162 BW en de (ongewone) regels van externe bestuurdersaansprakelijkheid (eveneens ex art. 6:162 BW) heeft daarbij mijn bijzondere aandacht gehad. Ik heb voorts stilgestaan bij het begrip ‘rechtspersoonlijkheid’ en de leerstukken van toerekening en kwalitatieve aansprakelijkheid.

86. Asser/Vranken Algemeen deel**** 2014/9.

Daarnaast heb ik in het kader van externe bestuurdersaansprakelijkheid op hoofdlijnen een rechtsvergelijkend onderzoek gedaan naar de vraag hoe met dit leerstuk wordt omgegaan onder het recht van Delaware in de Verenigde Staten, het recht van het Verenigd Koninkrijk en het recht van België. Ik heb daarbij niet uitputtend en tot in detail onderzocht hoe externe bestuurdersaansprakelijkheid in de verschillende jurisdicties is geregeld en onder welke omstandigheden daarvan sprake kan zijn. Het doel van mijn rechtsvergelijkend onderzoek was uitsluitend te laten zien dat de in Nederland aangenomen normatieve convergentie tussen het interne en het externe bestuurdersaansprakelijkheidsrecht, waarbij gebruik wordt gemaakt van een hoge drempel voor aansprakelijkheid in de vorm van de ernstigverwijtmaatstaf, niet zo vanzelfsprekend is als thans in Nederland wordt aangenomen. De rechtsvergelijking heeft dan ook hoofdzakelijk als doel te laten zien dat mijn visie op externe bestuurdersaansprakelijkheidsrecht in Nederland niet heel anders is dan in bepaalde andere rechtssystemen. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar interne bestuurdersaansprakelijkheid zou overigens ook erg interessant zijn geweest, maar in het kader van de afbakening van mijn proefschrift heb ik een dergelijk onderzoek niet uitgevoerd.

Mijn keuze om een vergelijking te maken met de genoemde rechtssystemen is gebaseerd op verschillende motieven. Voor Delaware geldt dat verschillende rechtsgeleerden, zoals Assink, Kroeze en Timmerman, in het verleden hebben gepleit voor de invoering in Nederland van een norm voor interne aansprakelijkheid van bestuurders die vergelijkbaar is met de uit Delaware bekende zogenoemde ‘business judgment rule’, ook ter beoordeling van het optreden van het bestuur in enquêteprocedures.⁸⁷ Gelet op de gedachte om een met de business judgment rule vergelijkbare maatstaf in te voeren voor interne aansprakelijkheid, leek het logisch te kijken naar de vraag hoe Delaware omgaat met externe bestuurdersaansprakelijkheid. In Nederland wordt bovendien waarde gehecht aan het Angelsaksische bestuursmodel. Zo werd met de Wet bestuur en toezicht⁸⁸ het gebruik van een one tier board naar Angelsaksisch model gefaciliteerd. Mijn keuze voor een vergelijking met het recht in het Verenigd

87. Zie onder andere: B.F. Assink, ‘Enige beschouwingen over Duitse ontwerpwetgeving, de Amerikaanse ‘business judgment rule’ en ontwikkelingen in het Nederlandse vennootschapsrecht’, *Ondernemingsrecht* 2005/131; B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag: binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware* (diss. Rotterdam; Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 59), Deventer: Kluwer 2007, p. 1-4; B.F. Assink, ‘Kan de Delaware business judgment rule wat betekenen voor het Nederlands vennootschapsrecht, specifiek het enquêterecht?’, *Ondernemingsrecht* 2008/66; M.J. Kroeze, *Bange Bestuurders* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005, p. 18; Timmerman 2009a; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/448.

88. Wet bestuur en toezicht, Wet van 6 juni 2011, Stb. 2011, 275 (per 1 januari 2013 in werking getreden).

HOOFDSTUK 1

Koninkrijk lag daarom ook voor de hand. Gelet op onze gemeenschappelijke geschiedenis op het gebied van het civiele recht en het feit dat de ontwikkeling van de jurisprudentie over bestuurdersaansprakelijkheid tevens een kwestie van taalgebruik lijkt te zijn, kon een vergelijking met het Belgische rechtssysteem niet ontbreken.

De resultaten van mijn onderzoek zijn op afzonderlijke momenten eerder al deels gepubliceerd. Ten eerste tijdens een voordracht op 11 juni 2015 op het jaarlijks congres van *Ondernemingsrecht* en voorts in een aantal publicaties in *Ondernemingsrecht*,⁸⁹ *RM Themis*⁹⁰ en *WPNR*.⁹¹

Het onderzoek is afgesloten op 1 maart 2017.

1.5 Opzet van het proefschrift

Hoofdstuk 2 gaat in op een aantal rechtswetenschappelijke uitgangspunten. Allereerst zal worden ingegaan op de verhouding tussen de wetgever en de rechterlijke macht en de leer van de scheiding der machten. In dat verband zal worden stilgestaan bij de termen ‘rechtsvorming’ (hetgeen primair een taak is van de wetgever) en ‘rechtsvinding’ (hetgeen de taak van de rechter is). Ook zal worden ingegaan op de betekenis van de taal voor het recht. Dit is van belang omdat het recht in eerste instantie wordt geuit door taal. Het gebruik van consequente formuleringen is in het kader van rechtszekerheid dus niet van ondergeschikt belang. Verder zal in dit hoofdstuk worden ingegaan op de in de rechtswetenschap gangbare tekstanalytische methoden en redeneerwijzen.⁹² Deze tekstanalytische methoden en redeneerwijzen worden in de hoofdstukken daarna gebruikt om de introductie en onderbouwing van de ernstigverwijtmaatstaf rechtstheoretisch te toetsen.

89. 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, afl. 11, p. 353-366; W.A. Westenbroek, ‘Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening’, *Ondernemingsrecht* 2016/24, afl. 3, p. 112-121; W.A. Westenbroek, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid: Hoe iets is en hoe iets behoort te zijn. Naschrift naar aanleiding van de reactie van Mr. drs. J. van Bakkum op *Ondernemingsrecht* 2016/24’, *Ondernemingsrecht* 2016/98, p.487-489.

90. W.A. Westenbroek, ‘Artikel 2:9 BW en de ernstig verwijt maatstaf bij bestuurdersaansprakelijkheid’, *RM Themis* 2016/4, p. 175-192.

91. W.A. Westenbroek, ‘De schaduwzijde van de ontwikkeling in het rechtspersonenrecht: de ‘ernstig verwijt’-maatstaf en ‘externe werknemersaansprakelijkheid’’, *WPNR* 2017/7144, p. 276-286.

92. Zie hierover: Asser/Vranken Algemeen deel**** 2014/9.

Hoofdstuk 3 gaat in op interne bestuurdersaansprakelijkheid en de ontwikkeling, betekenis en ratio van art. 2:9 BW. Gelet op het belang van de wetsgeschiedenis van art. 2:138/248 BW voor art. 2:9 BW zal uitvoerig op die wetsgeschiedenis worden ingegaan. Er zal voorts worden ingegaan op de betekenis van de term ‘(kennelijke) onbehoorlijke taakvervulling’, de systematiek van stelplicht en bewijslastverdeling, de verhouding tussen enerzijds het collegialiteitsbeginsel, de daarmee samenhangende collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid en anderzijds de taakverdeling binnen het bestuur en de mogelijkheid van disculpatie. Daarnaast zal worden ingegaan op de uit de wetsgeschiedenis voortvloeiende toetsingsregels om te beoordelen wanneer sprake is van onbehoorlijke taakvervulling, waaronder begrepen de objectieve toets van de maatman-bestuurder.

In hoofdstuk 4 beschrijf ik de oorsprong van de ernstigverwijtmaatstaf die ligt in het arbeidsrecht en de wijze waarop de ernstigverwijtmaatstaf via de literatuur en het arrest *Staleman/Van de Ven* is overgewaaid naar het leerstuk van interne bestuurdersaansprakelijkheid. In dit hoofdstuk wordt ook een zogenoemde ‘rationele reconstructie’ gemaakt van het arrest *Staleman/Van de Ven*, met als doel het arrest aan een rechtswetenschappelijke toetsing te kunnen laten onderwerpen.

In hoofdstuk 5 wordt vervolgens onderzocht of de introductie en het gebruik van de ernstigverwijtmaatstaf in het leerstuk van interne bestuurdersaansprakelijkheid rechtstheoretisch te rechtvaardigen is. Daarbij wordt gebruikgemaakt van het merendeel van de in hoofdstuk 2 genoemde tekstanalytische methoden en redeneerwijzen en wordt tevens stilgestaan bij de in dat hoofdstuk genoemde rechtswetenschappelijke uitgangspunten, zoals de scheiding der machten en het belang van de taal voor het recht. In dit hoofdstuk komt onder meer de vraag aan de orde of de ernstigverwijtmaatstaf past bij de ratio en systematiek van art. 2:9 BW en bij het collegialiteitsbeginsel. In hoofdstuk 6 wordt vervolgens ingegaan op de jurisprudentie op het gebied van interne bestuurdersaansprakelijkheid en op de vraag of de ernstigverwijtmaatstaf in dit leerstuk rechtstheoretisch te rechtvaardigen is. Hoofdstuk 7 bevat een tussenconclusie.

In hoofdstuk 8 wordt ingegaan op de codificatie van de ernstigverwijtmaatstaf per 1 januari 2013 in art. 2:9 BW. Hierin wordt uiteengezet dat die codificatie is gebaseerd op de wens om aan te sluiten bij de in de literatuur en jurisprudentie gehanteerde terminologie en dat daar geen rechtspolitieke redenen voor lijken te bestaan. Voorts wordt stilgestaan bij het op 8 juni 2016 bij de Tweede Kamer ingediende Voorstel van Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.⁹³ De

93. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 2 (Voorstel van Wet).

HOOFDSTUK 1

daarin opgenomen bepalingen, die betrekking hebben op interne bestuurdersaansprakelijkheid, zijn (nog steeds) terug te voeren op het in 1925 ingevoerde art. 31 Wet op de Coöperatieve Vereeniging⁹⁴ en het in 1929 ingevoerde art. 47c WvK (oud).⁹⁵ Ik doe in dit hoofdstuk een voorstel deze bepalingen aan te passen aan deze tijd. De door mij voorgestelde aanpassingen komen kort gezegd erop neer dat (i) de ernstigverwijtmaatstaf niet meer gehanteerd wordt, (ii) duidelijker wordt gemaakt wat de verhouding is tussen enerzijds het collegialiteitsbeginsel en de daarmee samenhangende collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid en anderzijds de taakverdeling binnen het bestuur en de mogelijkheid van disculpatie en (iii) de voor de beoordeling van interne bestuurdersaansprakelijkheid reeds lang bestaande objectieve toets, rekening houdend met hindsight bias, wordt gecodificeerd.

Hoofdstuk 9 behandelt de rechtspraak op het gebied van externe bestuurdersaansprakelijkheid en de introductie en onderbouwing van de ernstigverwijtmaatstaf in die rechtspraak. Dit hoofdstuk is uitsluitend beschrijvend van aard.

In hoofdstuk 10 wordt vervolgens onderzocht of de introductie, het gebruik en de onderbouwing van de ernstigverwijtmaatstaf in het leerstuk van externe bestuurdersaansprakelijkheid rechtstheoretisch te rechtvaardigen is. Daarbij wordt opnieuw gebruikgemaakt van een aantal van de in hoofdstuk 2 genoemde tekstanalytische methoden en redeneerwijzen en wordt tevens stilgestaan bij de in dat hoofdstuk genoemde rechtswetenschappelijke uitgangspunten, zoals de scheiding der machten en het belang van de taal voor het recht. In dit hoofdstuk wordt voorts uitvoerig ingegaan op het toerekeningsleerstuk. Vervolgens komt onder meer het onderscheid tussen een gewone onrechtmatige daad en externe bestuurdersaansprakelijkheid aan de orde. Daarbij wordt ingegaan op de beginselen van natuurlijke persoonlijkheid, rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit. Daarna wordt ingegaan op de vraag of een (maatschappelijk) belang bestaat dat bestuurders moeten kunnen ondernemen en of dat een rechtvaardiging vormt voor het hanteren van de ernstigverwijtmaatstaf. Tot slot wordt ingegaan op de zogenoemde bewaarnemersrol van een bestuurder van een rechtspersoon in het maatschappelijk verkeer ten opzichte van een derde.

94. Wet van den 28sten Mei 1925, Stb. Nr. 204, houdende nieuwe wettelijke regeling van de Coöperatieve Vereeniging.

95. Wet van den 2 den Juli 1928, Stb. Nr. 216, tot wijziging en aanvulling van de bepalingen omtrent de naamloze vennootschap en regeling van de aansprakelijkheid voor het prospectus, in werking getreden op 1 april 1929.

INLEIDING

In hoofdstuk 11 wordt ingegaan op de doorbraak van aansprakelijkheid ex art. 2:11 BW, waarbij opnieuw wordt stilgestaan bij de beginselen van natuurlijke persoonlijkheid, rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit.

In hoofdstuk 12 zijn de resultaten van het rechtsvergelijkend onderzoek weergegeven op het gebied van externe bestuurdersaansprakelijkheid.

Hoofdstuk 13 bevat een samenvattende eindconclusie.

Hoofdstuk 2. Taal, methoden van rechtsvinding en rechtswetenschappelijke toetsing

2.1 Inleiding

De ernstigverwijtmaatstaf is een maatstaf die in het kader van interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid niet door de wetgever, maar in de rechtspraak en doctrine bij de interpretatie en de toepassing van de wet is ontwikkeld. Het is in dit verband goed stil te staan bij de verhouding tussen de rechter en de wetgever en bij de vraag welke interpretatie- en redeneermethoden de rechter en de doctrine ter beschikking staan om de wet te interpreteren en toe te passen. Anders gezegd, om het recht te vinden. Hoe het recht wordt gevonden, is aan de hand van deze interpretatie- en redeneermethoden rechtswetenschappelijk te toetsen. Dit geldt zowel voor de rechtsvinding door de rechter als voor de wijze waarop in de doctrine wordt betoogd dat het recht moet worden gevonden. Het belang van taal moet bij dit alles zeker niet onderschat worden. In de hierna volgende paragrafen zal ik eerst ingaan op het belang van taal voor het recht. Daarna zal ik stilstaan bij de verhouding tussen de rechter en de wetgever en de daarmee samenhangende rechtsvinding en rechtsvorming door de rechter. Vervolgens zal ik stilstaan bij de wijze waarop een rechterlijke uitspraak en de doctrine kunnen worden geanalyseerd en bij een aantal interpretatie- en redeneermethoden die daarbij gebruikt kunnen worden.

Mijn onderstaande opmerkingen over taal, de trias politica, rechtsvinding respectievelijk rechtsvorming en interpretatiemethoden zijn overigens zeker niet veelomvattend of bijzonder diepgaand. Er is veel geschreven over deze onderwerpen¹ en ik heb niet de illusie dat ik aan de veelheid aan literatuur op dit

1. Zie over rechtsvorming bijvoorbeeld de bijdragen van verschillende auteurs in: W.M.T. Keukens en M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), *Raad & Daad, Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 2008, p. 9-29 en de in voetnoot 23 daarvan genoemde literatuur. In 2015 heeft het maandblad *AA* voorts als onderwerp voor de maandbladrubriek 'Rode Draad' het onderwerp 'Rechtsvorming door de Hoge Raad' gekozen. Elke maand van het jaar 2015 is in een uitvoerige bijdrage in *AA* stilgestaan bij dit onderwerp. Alle bijdragen zijn gebundeld in de bundel: M. Samadi, T.A. Keijzer, R. de Graaff, C.C. de Kluiver (red.), *Rechtsvorming door de Hoge Raad*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 2016. Zie over taal bijvoorbeeld de bijdragen van vele auteurs in de speciale editie van maandblad *AA* 2015, afl. 7 die zich focust op de betekenis van taal voor het recht. Zie voorts: M.A. Loth, *Recht, taal en logica*, *AA* 31 (1982) 4; Taekema, Gaakeer & Loth 2015, p. 41.

HOOFDSTUK 2

gebied iets nieuws toe te voegen heb. Met mijn onderstaande opmerkingen beoog ik voornamelijk de lezer van dit proefschrift een bepaald perspectief te bieden, waarbinnen de door mij in dit proefschrift ingenomen standpunten mede gezien kunnen worden.

2.2 Taal en recht

Taalgebruik komt in de wet groot gewicht toe. De wet moet immers begrijpelijk zijn om nageleefd te kunnen worden. Een wet die niet duidelijk, helder en precies is verwoord, is nutteloos. De praktijk leert echter dat niet alle wetten probleemloos te begrijpen zijn voor de burger. De wet buigt zich immers over uiteenlopende, vaak complexe onderwerpen en dat brengt mee dat het taalgebruik niet altijd overzichtelijk en duidelijk is. Juridische kennis is dan ook vaak noodzakelijk voor het begrijpen van de wet. Zo gezien kan de taal van het recht worden beschouwd als een taal op zichzelf.²

Ook in de rechtspraak is taal het belangrijkste communicatiemiddel, zowel voor de partijen onderling als voor het kenbaar maken van het rechterlijk oordeel naar buiten toe. De rechter gebruikt de taal om de wet te interpreteren en te motiveren hoe hij tot zijn beslissing is gekomen. Hij moet hierbij altijd bewust zijn van een zorgvuldig taalgebruik: de beslissing moet duidelijk en begrijpelijk geformuleerd zijn en mag geen tegenstrijdigheden bevatten. Deze kunnen immers ten koste gaan van de legitimiteit van de beslissing. Ook bij het kunnen begrijpen van een rechterlijke beslissing komt kennis van de ‘juridische taal’ van pas.³

Kortom, alle recht is in taal geformuleerd.⁴ Taal en recht zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. Recht is een verschijnsel dat zonder taalgebruik nauwelijks voorstelbaar is omdat wetten en rechterlijke beslissingen in een taal zijn geformuleerd. Processen van rechtsvorming en rechtstoepassing kunnen worden gezien als processen van informatieverwerking waarin de taal het communicatiemiddel is.⁵ Recht is een talige activiteit die door het aanwenden van een eigen begrippenapparaat de wereld ordent.⁶ In dit begrippenapparaat geldt dat (i) de betekenis van woorden vaak zodanig discursief is bepaald dat de taalgebruiker

2. K. Bovend'Eerd, C. de Kluiver, L. Trapman & M. Samadi, ‘Recht en taal’, *AA* 2015, afl. 7, p. 554.

3. Bovend'Eerd, De Kluiver, Trapman & Samadi 2015, p. 554.

4. Loth 1982, p. 188.

5. Franken e.a. 1999, p. 142 e.v.

6. Taekema, Gaakeer & Loth 2015, p. 41.

ze alleen maar kan gebruiken in de betekenis die zij hebben⁷ en (ii) onze hedendaagse rechtscultuur sterk gebonden is aan geschreven en dus bedachte en gerationaliseerde vormen,⁸ hetgeen noopt tot een consequent gebruik van taal.⁹ De taal in het recht is als het ware een institutionele taal met een specifiek begrippenapparaat en specifieke procedures.¹⁰ Dit betekent dat wij juristen denken en spreken in die institutionele beroepstaal. Dat taalgebruik is medebepalend voor de wijze waarop wij de juridische wereld zien.¹¹ Wie het wezen van een (juridisch) begrip wil doorgronden, moet overigens ook kijken hoe dit begrip in de betrokken taalgemeenschap gebruikt wordt.¹² Fleuren schreef recentelijk:

*“begrippen – de categorieën waarin we de wereld, de verschijnselen en de handelingen indelen (bijvoorbeeld ‘object’, ‘rivier’, ‘kleur’, ‘rood’, ‘levend wezen’, ‘mens’, ‘jongen’, ‘zeehond’, ‘lopen’, ‘contract’, ‘wet’) – [zijn] menselijke instituties: het zijn producten van de taal. Dit wil natuurlijk niet zeggen dat er geen werkelijkheid bestaat buiten de taal, maar gegeven de diversiteit van het landschap is het de taalgemeenschap die een onderscheid maakt tussen bergen, heuvels, rivieren, beken, dalen, bos, heide, enz. De verbinding tussen taal en werkelijkheid wordt in de taal gelegd. De taal maakt deel uit van de menselijke levensvorm en brengt tot uitdrukking waar we belang in stellen.”*¹³

Taal en terminologie hebben dus niet een doel op zich, maar – zeker in het recht – als doel de werkelijkheid te ordenen en betekenis te geven. De taal is het communicatiemiddel, het instrument om duidelijk te maken wat men van

7. M.A. Loth, *Recht in drievoud. Enkele gedachten over recht, norm en rechtsvinding*, Deventer: Kluwer 2001, p. 155.
8. J.J. van der Ven, ‘Rechtspreken, Aantekeningen over recht en taal’, in: J.F. Glastra van Loon, R.A.V. van Haersolte, J.M. Polak (red.), *Speculum Langemeijer, 31 rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 501 e.v.
9. Dit betekent overigens niet per definitie dat de betekenis van juridische begrippen niet kan wijzigen. Zie bijvoorbeeld: J.W.A. Fleuren, ‘Hoe komen juridische begrippen en regels aan hun betekenis? Het belang van de taalfilosofie van de latere Wittgenstein voor de rechtsgeleerdheid’, *AA* 2015, afl. 7, p. 575. Zij schrijft: “*De grammatica van een begrip is niet alleen vaak impliciet niet eenduidig, maar ook aan ontwikkeling onderhevig. Zoals spelregels ontwikkeld en veranderd kunnen worden, kan ook de grammatica en daarmee de betekenis, dus het wezen, van een begrip veranderen. Zo was een ‘vrijgezel’ ooit een ongehuwde man, maar een vrouw zal tegenwoordig toch haar wenkbrauwen fronsen als zij op een feestje de man met wie zij samenwoont een eindje verderop tegen een jongedame hoort zeggen dat hij nog vrijgezel is*”. Zij schrijft voorts: “*Er zijn begrippen waarvan de gebruikswijzen zich zó hebben ontwikkeld dat het niet (meer) mogelijk is één enkele omschrijving te geven die recht doet aan al deze gebruikswijzen.*”
10. A.M.P. Gaakeer, ‘Recht, taal en de ordening van de werkelijkheid’, *AA* 2015, afl. 7, p. 602.
11. Vgl. Gaakeer 2015, p. 603.
12. Fleuren 2015, p. 575.
13. Fleuren 2015, p. 574.

HOOFDSTUK 2

elkaar mag verwachten. In het recht, dat wordt geuit in taal, ligt als het ware de systematiek van de samenleving vast.¹⁴ De wet heeft dus geen betekenis en geen functie zonder taal, omdat de wet in taal kenbaar is gemaakt. Rechterlijke beslissingen zijn gebaseerd op een interpretatie van die taal en zijn zelf ook weer kenbaar gemaakt door taal. Om deze rechterlijke beslissingen af te dwingen, zal de deurwaarder de taal van de beslissing weer dienen uit te leggen, enzovoort.

De keuze voor een bepaalde term door de rechter (in dit proefschrift: de term ‘ernstig verwijt’) kan dus niet los worden gezien van de betekenis en de functie die deze term in de taalgemeenschap al dan niet heeft en had. Wat betekent die term? Waarom gebruikt de rechter die term? Is het gebruik van die term taalkundig te rechtvaardigen in het licht van de betekenis die deze heeft in de institutionele taal van het recht (mede gezien in het licht van de in de rechtswetenschap omschreven interpretatiemethoden die in de volgende paragrafen worden omschreven) en in de betekenis die daaraan in de maatschappij wordt gegeven?¹⁵ Terwijl in dit verband op de wetgever de verantwoordelijkheid rust (taalkundig) duidelijke wetten te maken om zo onduidelijkheid over interpretatie zo veel mogelijk te voorkomen, dient de rechter zich bij het proces van rechtsvinding in beginsel te houden aan de letterlijke woorden van de wettekst. Afwijking van deze woorden is slechts bij uitzondering toegelaten. Andere dan taalkundige overwegingen die bij rechtsvinding een rol kunnen spelen zullen van uitzonderlijke kracht moeten zijn, willen zij een ondubbelzinnige taalkundige betekenis opzij kunnen zetten. Deze kracht van de woorden wordt gerechtvaardigd door de rechtszekerheid. In de conclusie van A-G Langemeijer bij HR 11 november 1960¹⁶ wordt dat als volgt toegelicht:¹⁷

“De burger moet kunnen vertrouwen op wetsvoorschriften die bij onbevangingen lezing op zich zelf slechts één uitlegging toelaten en ten aanzien waarvan ook niet daarnaast staande omstandigheden, zoals bijvoorbeeld de

14. Bovend'Eerdt, De Kluiver, Trapman & Samadi 2015, p. 554.

15. Wat betreft de betekenis in de maatschappij kan worden opgemerkt dat de dynamiek van de ontwikkeling van taal en betekenis in de samenleving lang niet altijd naadloos in te passen is in de institutionele taal die het recht is. Begrippen uit ons dagelijks taalgebruik hebben in het juridisch begrippenapparaat veelal een andere, niet zelden scherp afgebakende betekenis. Zie: Gaakeer 2015, p. 602.

16. HR 11 november 1960, *NJ* 1961, 35.

17. J.M. Polak, ‘De conclusies van Langemeijer’, in: J.F. Glastra van Loon, R.A.V. van Haersolte, J.M. Polak (red.), *Speculum Langemeijer; 31 rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 409 onder verwijzing naar HR 4 januari 1949, *NJ* 1949, 286; HR 13 juni 1958, *NJ* 1958, 352; HR 8 januari 1960, *NJ* 1960, 127 m.nt. L.E.H. Rutten; HR 11 november 1960, *NJ* 1961, 35 en HR 24 januari 1964, *NJ* 1964, 465 m.nt. G.J. Scholten.

onredelijkheid van de uitkomst of de onverklaarbare afwijking van een gevestigde traditie, aan die uitlegging twijfel wekken. Ook al moge de burger-niet-jurist zich zelden bij zijn gedrag aan de wetstekst oriënteren, de mogelijkheid moet toch voor hem blijven openstaan om dit wel te doen. In ieder geval is het wenselijk dat een jurist hem in de regel omtrent de strekking van de wet kan voorlichten zonder dat dit moeite en dus kosten behoeft mede te brengen van de orde van grootte van die welke met een geding in drie instanties gepaard gaan.”

Het betoog van Langemeijer onderstreept dat taal en rechtswetenschap onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. Uitgangspunt is dat de rechter zich aan de woorden van de wet dient te houden en tot een rechterlijke beslissing dient te komen door een strikte toepassing van de wet middels het syllogisme (zie par. 2.3.2 hierna). Dat is ook logisch: nu recht zich uit in taal, zal taalgebruik van de rechter, dat afwijkt van taalgebruik van de wetgever, in (zeer) strikte zin kunnen worden gezien als een inbreuk op de trias politica (zie par. 2.3.2 hierna). Dat is natuurlijk niet altijd het geval. Als de rechter toch afwijkt van de letterlijke bewoordingen van de wettekst, kunnen daar verschillende in de rechtswetenschap omschreven interpretatie- en redeneermethoden (zie hierna par. 2.4 e.v.) aan ten grondslag liggen, zonder dat daarmee derhalve steeds een inbreuk wordt gemaakt op de trias politica.

Ook bij het toepassen van voornoemde interpretatie- en redeneermethoden, waar de rechter zich bijvoorbeeld kan baseren op de wets- en rechtsgeschiedenis of op jurisprudentie waarin reeds eerder op een bepaald onderwerp of een bepaalde term is ingegaan, dient de rechter het belang van de institutionele taal van het recht uiteraard in het oog te houden. Simpel gezegd: als de rechter en de juridische taalgemeenschap steeds de term ‘blauw’ hebben gebruikt voor een specifieke rechtstoestand, zal het tot verwarring leiden als de rechter dezelfde term plots gaat gebruiken voor een andere rechtstoestand, die in de taalgemeenschap bijvoorbeeld eerder als ‘rood’ werd gezien. Daarnaast geldt dat als de wetgever aan een bepaalde rechtstoestand het juridische begrip ‘rood’ heeft gekoppeld, het niet aan de rechter is aan die rechtstoestand het begrip ‘blauw’ te koppelen. Als uitgangspunt geldt immers dat de rechter in beginsel niet de vrijheid heeft van de wet af te wijken en de verplichting heeft de wet toe te passen. De rechter dient het recht ‘te vinden’ en niet ‘uit te vinden’, dat is in beginsel namelijk aan de wetgever voorbehouden. Nu het recht zich uit in taal, is daarmee onlosmakelijk verbonden dat de rechter zich zo veel mogelijk aan de taal van de wet dient te houden.

HOOFDSTUK 2

2.3 Trias politica en rechtsvorming door de rechter

2.3.1 Inleiding

Er bestaan twee redenen waarom ik in dit proefschrift wil stilstaan bij de trias politica en rechtsvinding respectievelijk rechtsvorming door de rechter. De eerste is dat de Hoge Raad met de introductie van de term ‘ernstig verwijt’ bij zowel interne als externe bestuurdersaansprakelijkheid is afgeweken van de letterlijke bewoordingen van de wettekst van art. 2:9 BW (oud) en art. 6:162 BW. Dit doet voorts de vraag ontstaan of de Hoge Raad daarmee ook is afgeweken van de ratio en strekking van deze bepalingen. De tweede reden is dat de Hoge Raad de ernstigverwijtmaatstaf kwalificeert als een ‘hoge drempel’ voor zowel interne (*Willemsen/NOM*)¹⁸ als externe (*Hezemans Air* en *RCI/Kastrop*)¹⁹ bestuurdersaansprakelijkheid. Naar mijn mening is uit de wetsgeschiedenis niet op te maken dat de wetgever heeft voorzien in deze ‘hoge drempel’ (wat die hoge drempel exact inhoudt, blijft overigens, bij gebreke van een referentiekader ten opzichte waarvan die drempel dan hoog is, onduidelijk). De vraag is of de Hoge Raad hier rechtspolitiek heeft bedreven (hetgeen het prerogatief van de wetgever is) of slechts rechtsvormend heeft opgetreden in de zin dat hij invulling en uitleg heeft gegeven aan reeds door de wetgever beoogde normen.

2.3.2 Trias politica

De trias politica (ook wel de driemachtenleer genoemd) is een uitwerking van het idee van staatsinrichting, ook bekend onder de term ‘scheiding der machten’ (binnen een staat), dat de Franse verlichtingsfilosoof Charles de Montesquieu in 1748 omschreef in zijn boek *De l’esprit des lois* (‘Over de geest van de wetten’). De drie machten waar Montesquieu het over had waren de wetgevende macht, de uitvoerende macht en de rechtsprekende macht. De rechtsprekende macht zou niet meer moeten zijn dan een ‘wetstoepasser’. De trias politica is in veel continentaal-Europese juridische systemen een belangrijk principe van de democratische staatsorganisatie, ook in Nederland. Het parlement (Eerste Kamer en Tweede Kamer) is wetgever, de regering is uitvoerder en de rechterlijke macht, spreekt recht.²⁰

De trias politica brengt met zich dat de rechter (die ‘recht vindt’ en de wet toepast) niet op de stoel van de wetgever mag zitten (die ‘het recht vormt’ en de wet maakt). De belangrijkste verantwoordelijkheid (of beter: verplichting) van

18. HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21 m.nt J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (*Willemsen/NOM*).

19. HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 21 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2014/296 m.nt. M.J. Kroeze (*Hezemans Air*) en HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 22 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2014/325 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*RCI/Kastrop*).

20. Overigens: hoewel de Tweede Kamer het recht van initiatief heeft, komt verreweg de meeste wetgeving tot stand naar aanleiding van een wetsvoorstel van het kabinet.

de rechter in een zaak is het *toepassen van de wet* door het *toetsen* van de feiten en omstandigheden aan de in de wet vastgelegde gedragsnormen.²¹ Door toepassing van de gedragsnorm in de wet wordt ‘recht gevonden’ dat door de wetgever is ‘gevormd’. Deze uitgangspunten zijn terug te vinden in de artt. 11, 12 en 13 van de Wet AB.²² Art. 11 Wet AB luidt:

“De regter moet volgens de wet regt spreken: hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordeelen.”

Art. 12 Wet AB luidt:

“Geen regter mag bij wege van algemeene verordening, dispositie of reglement, uitspraak doen in zaken welke aan zijne beslissing onderworpen zijn.”

Art. 13 Wet AB luidt:

“De regter die weigert regt te spreken, onder voorwendsel van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der wet, kan uit hoofde van regtsweigering vervolgd worden.”

De ‘scheiding der machten’ – waaraan art. 12 Wet AB mede uitdrukking geeft – is een fundamenteel beginsel in onze constitutionele orde en heeft, zolang art. 12 Wet AB niet is gewijzigd, kracht van wet.²³ Gelet op deze verplichting van de rechter om recht te spreken, zal de rechter steeds van geval tot geval moeten vaststellen welke gedragsnorm in het geding is (anders gezegd, op welke gedragsnorm hij zijn beslissing moet baseren). De rechter moet daarvoor het recht vinden. Anders gezegd, de rechter moet aan *rechtsvinding* doen door wetstoepassing.

Volgens de codificatiegedachte zou het gehele positieve recht in wetten moeten zijn vastgelegd en zou de rechter in feite slechts door het toepassen van de eenvoudigste vorm van logica (het syllogisme), de regel moeten toepassen op

21. H. Drion, ‘Functies van rechtsregels in het privaatrecht’, in: J.F. Glastra van Loon, R.A.V. van Haersolte, J.M. Polak (red.), *Speculum Langemeijer; 31 rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 51. Franken e.a. 1999, p. 400 e.v. en 429 e.v.; P.J.P. Tak, *Rechtsvorming in Nederland. Een inleiding*, Heerlen: Samson H.D. Tjeenk Willink/Open Universiteit 1994, p. 28 e.v.

22. Wet van 15 mei 1829, houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk, Stb. 1829, 28.

23. Van Veen 2016, par. 4.1.

de feiten. Het syllogisme is een redeneerwijze waarin een conclusie op dwingende wijze wordt bereikt, doordat een algemeenheid – de major – samengebracht wordt met een bijzonderheid – de minor. De major is de rechtsregel, de minor is het rechtens relevante feit. Tak noemt het volgende voorbeeld. Stel dat er een regel is die luidt: wie iets leent moet dit terug geven (major). Het concrete feit is dat iemand een boek heeft geleend, maar dat nog niet heeft teruggegeven (minor). De rechter dient te onderzoeken of de minor onder de major valt. Omdat dit het geval is moet hij de major toepassen. De persoon moet dus tot teruggave worden verplicht door de rechter.²⁴ Hoewel in een groot aantal gevallen de rechter op deze wijze recht kan spreken, behoeft het geen toelichting dat het niet altijd zo eenvoudig is. Het maatschappelijk leven is immers zo gecompliceerd en dynamisch, dat het voor de wetgever ondoenlijk is in alle gevallen en in alle daaraan verbonden rechtsvragen te voorzien en deze afdoende te regelen.²⁵ De wetgever kan weliswaar proberen door middel van voorschriften menselijk gedrag te reguleren, maar een wetgever kan nu eenmaal niet alles voorzien.²⁶ Houdt de wet geen oplossing in voor het hem voorgelegde geval, dan zal de rechter, gelet op de verplichting ex art. 13 Wet AB, die oplossing zelf moeten geven.²⁷

2.3.3 *Rechtsvinding en rechtsvorming: een semantische discussie?*

Hoewel de codificatiegedachte ervan uitgaat dat al het recht steeds in de wet te vinden zou moeten zijn (*rechtsvinding*),²⁸ is dat *de facto* niet altijd het geval. Wetteksten zijn niet altijd duidelijk of bevatten bewust open normen en begrippen (de ‘maatschappelijke betamelijkheid’ van art. 6:162 BW, de ‘redelijkheid en billijkheid’, maar ook de ‘behoorlijke taakvervulling’ van art. 2:9 BW), die bedoeld zijn om geïnterpreteerd te worden. De wetgever speelt daarmee in op het feit dat hij niet alles kan voorzien²⁹ en zorgt op deze manier ervoor dat ook niet-voorzien gevallen onder die wettelijke bepalingen kunnen vallen.³⁰ De rechter moet het recht invullen, (open) wetsbepalingen uitleggen en daarbij kunnen maatschappelijke ontwikkelingen een rol spelen.³¹ Dit doet zich bijvoorbeeld ook voor wanneer wetten zijn verouderd. De wet is namelijk het

24. Tak 1994, p. 268.

25. Tak 1994, p. 173.

26. Franken e.a. 1999, p. 173.

27. Tak 1994, p. 173.

28. Tak 1994, p. 173-174.

29. G. Corstens, *De rechtsstaat moet je leren. De President van de Hoge Raad over de rol van de rechter*, Amsterdam: Prometheus 2015, p. 61.

30. Franken e.a. 1999, p. 173.

31. L. Timmerman, ‘Hoe kan uitvoering worden gegeven aan rechtsvorming door de rechter’, in: G.J.M. Corstens e.a. (red.), *De Positie van de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 28.

resultaat van tijd-, plaats- en cultuurgebonden inzichten. In de literatuur wordt deze zingeving, althans deze rechtstoepassing, door de rechter ook als *rechtsvorming* in plaats van *rechtsvinding* aangemerkt.³² Gelet op het voorgaande wordt in de literatuur gesteld dat de leer van de machtenscheiding, de trias politica, in de praktijk niet in al zijn scherpte houdbaar is. Rechtsvorming is daarom niet steeds exclusief aan de wetgever voorbehouden en de rechter levert daar soms een noodzakelijke bijdrage aan.³³

Tegelijkertijd wordt in de literatuur gesteld dat niet de indruk dient te ontstaan dat rechtsvorming een essentieel onderdeel is van de taak van de rechter. Het ‘rechtsvormend’ aspect bij de totstandkoming van beslissingen zou hoofdzakelijk een rol spelen bij a-typische gevallen die in geen enkel patroon vallen en waarin de wetgever niet heeft voorzien.³⁴ Er blijven namelijk staatsrechtelijke bedenkingen bij rechtsvorming door de rechter (in strikte zin), omdat het evenwicht tussen de staatsmachten – de verdeling op basis van de trias politica – ernstig erdoor zou worden verstoord.³⁵ Rechtsvorming (in strikte zin), de creatie van rechtsregels, is in de eerste plaats een taak van de wetgever.³⁶ De rechtsvorming (in strikte zin) van de rechter als wetgever-plaatsvervanger behoeft daarom een bijzondere legitimatie. Deze legitimatie lijkt alleen gegeven in de gevallen waarin de behoefte aan het stellen van een regel algemeen erkend wordt, de wetgever in gebreke is gebleven en duidelijk is in welke richting de oplossing gezocht moet worden zonder dat de rechter daardoor verzeild raakt in maatschappelijke en politieke controverses.³⁷ Zo kan worden voorgesteld dat in een specifieke zaak de rechter ook buiten de landsgrenzen dient te kijken om te beoordelen wat rechtens is. Nederland maakt nu eenmaal deel uit van een internationale (‘meerlagige’) rechtsorde, zodat de rechter niet alleen de Nederlandse wet dient toe te passen, maar ook in Nederland recht dient te vormen dat niet op de Nederlandse wet is gebaseerd. Van Gestel en Loth stellen in dit verband dat wij onze opvattingen over rechterlijke rechtsvinding moeten

32. Franken e.a. 1999, p. 174 en Tak 1994, p. 174.

33. Tak 1994, p. 173-174.

34. Tak 1994, p. 199 en Van Veen 2016, par. 4.1: “Daar waar de rechter door de wetgever is geroepen om uitspraak te doen, doet zich wel eens de situatie voor dat de wetgever geen adequaat toetsingskader biedt. In dat geval kan worden aanvaard dat de rechterlijke macht zelf voor zover noodzakelijk nadere invulling geeft en (expliciet of impliciet) de wetgever op zijn verantwoordelijkheden aanspreekt.”

35. C.A.J.M. Kortmann, *Staatsrecht en raison d’Etat*, Deventer: Kluwer 2009, p. 12 betoogt in dit verband dat de rechter de afgelopen jaren de trias politica onvoldoende in acht heeft genomen, waardoor een onontwarbare kluwen aan uitspraken, rechterlijke regels en subregels zijn ontstaan waarin de wetgever hoognodig orde moet scheppen.

36. Franken e.a. 1999, p. 181.

37. Tak 1994, p. 199.

HOOFDSTUK 2

herijken in het licht van de rechter in een meerlagige rechtsorde.³⁸ Rechterlijk activisme (in de zin van rechtsvorming door het stellen van regels) is volgens hen verdedigbaar zolang en voor zover democratische kanalen niet goed functioneren.³⁹

Bij de niet a-typische gevallen, en dat is de overgrote meerderheid van de door de rechter te behandelen zaken, vindt de rechter in de wet voldoende aanknopingspunten voor een oplossing. Ook dan is van een automatische toepassing van de wet, waarbij de rechter slechts spreekbuis is van de wetgever, meestal echter geen sprake. Door de wet te interpreteren en door de feiten in de hem voorliggende zaak toe te spitsen op de wettelijke regel, doet de rechter in feite namelijk ook aan rechtsvorming en ligt zijn bijdrage in het verlengde van de rechtsvorming door de wetgever.⁴⁰

Uit het voorgaande kan een semantische discussie worden afgeleid. Wat betekent ‘rechtsvorming’ eigenlijk? Toen Asser nog raadsheer was bij de Hoge Raad schreef hij daarover:

*“De rechter, en zeker de Hoge Raad, is ook steeds actiever geworden in de rechtsvorming. Het gaat al lang niet meer om wat ‘leemten in de wet’ waarin moet worden voorzien. De wet zelf laat meer dan eens de rechter zijn gang gaan (denk aan het nieuwe BW) en de wetgever spreekt meer dan eens uit dat een bepaald onderwerp moet worden overgelaten aan de rechter om daaraan verder gestalte te geven. Dat de wetgever het primaat van rechtsvorming zou hebben is dus een grotendeels achterhaald idee. Dat wordt eigenlijk alleen maar bevestigd als de Hoge Raad zo nu en dan meent dat de rechtsvorming die van hem in een bepaalde zaak wordt gevraagd ‘de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat’ en hij daarmee tot uitdrukking brengt dat de wetgever er eventueel in moet voorzien.”*⁴¹

38. Naar aanleiding van Rb. ’s-Gravenhage 24 juni 2015, *AB* 2015/336 m.nt. Ch.W. Backes (*Urgenda*) verscheen R. van Gestel & M.A. Loth, ‘Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0?’, *NJB* 2015/1849. Deze bijdrage werd bekritiseerd door L. Bergkamp, ‘Rechtsvinding in de moderne rechtsstaat’, *NJB* 2016/140 waarop een naschrift volgde van R. van Gestel & M.A. Loth, ‘Rechtsvorming in een meerlagige rechtsorde’, *NJB* 2016/141. Deze bijdragen in de *NJB* illustreren dat in de literatuur de nodige discussie bestaat over hoe ver de rechter mag gaan in rechtsvorming.

39. Van Gestel & Loth 2016.

40. Tak 1994, p. 199.

41. W.D.H. Asser, ‘Rechtsvorming door de Hoge Raad: Enkele inleidende opmerkingen’, in: W.M.T. Keukens en M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), *Raad & Daad, Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 11.

Kortmann meende in dezelfde bijdrage dat de rechter beter op zijn traditionele plaats had kunnen blijven⁴² en betoogde in zijn afscheidscollege dat rechters niet rechtsvormend bezig mogen zijn, omdat zij daarmee op de stoel van de wetgever plaatsnemen.⁴³

Hammerstein, eveneens oud-raadsheer bij de Hoge Raad, schreef het volgende:

*“Bij rechtsvorming formuleert de rechter weliswaar nieuwe normen, doch hij doet dat altijd op basis van reeds bestaand recht en erkende rechtsbeginselen en binnen de grenzen van de rechtsorde en het rechtstelsel waarin hij opereert. Met ander woorden, bij rechtsvorming moeten we niet denken dat de rechter opeens met geheel naar eigen inzicht ontworpen nieuwe regels op de proppen komt. Mijn ervaring in de rechtspraak (van de laatste ruim dertig jaar) is dat de rechter zeer behoedzaam is bij het vormen van nieuw recht, omdat hij zich altijd ervan bewust is dat hij niet op de stoel van de wetgever mag gaan zitten”. (...) In wezen is de vraag die Kortmann naar mijn indruk aan de orde heeft willen stellen, in hoeverre de rechter bij het geven van een beslissing mag uitgaan van door hem zelf ontwikkelde algemene regels en normen. Hij is kennelijk van mening dat de rechter daarin uiterst terughoudend moet zijn. Voor die opvatting valt ook wel iets te zeggen. Wetgeving is bij ons in beginsel gebaseerd op een besluitvorming van de democratisch gekozen leden van een wetgevend orgaan, al kennen wij ook regels die door het bestuur worden uitgevaardigd. Bij wetgeving behoort het maken van politieke keuzen. De rechter is niet gekozen en heeft geen politieke opdracht. De rechter heeft ook niet de expertise om uit een wirwar van belangen en technische mogelijkheden een afgewogen regel te destilleren. Daarmee is evenwel niet gezegd dat de rechter niet soms nieuw recht vormt. Dat doet hij voortdurend en dat kan hij ook niet vermijden, omdat in een snel veranderende en complexe samenleving zich voortdurend nieuwe rechtsvragen aandienen waarop antwoord moet worden gegeven. De rechtspraak is ook zo omvangrijk en ingewikkeld geworden, mede door de invloed van Europeesrechtelijke ontwikkelingen, dat de rechter wel oog moet hebben voor coördinatie en samenhang van beslissingen, en soms geheel nieuwe paden moet inslaan.”*⁴⁴

42. C.A.J.M. Kortmann, ‘De rechtsvormende taak van de Hoge Raad’, in: W.M.T. Keukens en M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), *Raad & Daad, Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 31-37 bevat in feite een herhaling van zijn betoog in C.A.J.M. Kortmann, ‘De rechtsvormende taak van de Hoge Raad’, *Trema* 2005/6, p. 250-252.

43. Kortmann 2009a, p. 11 die een rechtsvormende taak van de Hoge Raad afwijst.

44. A. Hammerstein, ‘Rechtsvorming door de rechter is onvermijdelijk’, *AA* 2009, afl. 10, p. 672.

HOOFDSTUK 2

Schutte schreef in reactie hierop – in lijn met de visie van Kortmann – dat hij onder rechtsvorming niet begrijpt:

“het invullen van open wettelijke normen door de rechter. Als de wetgever een open norm stelt, al dan niet verpakt met formules als ‘maatstaven van redelijkheid en billijkheid’ en verwijzingen naar algemene rechtsbeginselen, dan verleent de wetgever daarmee een bevoegdheid aan de rechter om het individuele geval zo te beschikken als de rechter dat onder de omstandigheden, dat wil zeggen: gelet op alle bewezen stellingen die aan hem worden voorgelegd, rechtens voorkomt.”

Schutte concludeerde vervolgens:

“Kortom, de discussie wordt mijns inziens erg vertroebeld doordat de ‘rechtsvormende-taak’-denkers – niet geheel ten onrechte – ‘rechtsvorming’ zien wanneer de rechter open wettelijke voorschriften invult, en vervolgens – wél ten onrechte – daaruit afleiden dat de rechter ‘een rechtsvormende taak’ heeft.”⁴⁵

Boogaard en Uzman constateerden voorts dat de kritiek van Kortmann op rechtsvorming door de rechter wordt veroorzaakt door de betekenis die Kortmann aan de term ‘rechtsvorming’ geeft:

“Op diverse plaatsen spreekt Kortmann zijn steun uit aan relatief vergaande of politieke gevoelige rechtsvinding. Hij noemt dat echter rechtsontwikkeling of interpretatie. Het gaat Kortmann bij ‘rechtsvorming’ om de vorming van geheel nieuw recht zonder enige geschreven wettelijke grondslag.”⁴⁶

Uit het voorgaande kan worden opgemaakt dat wat er ook zij van de betekenis van rechtsvorming, zowel de ‘voorstanders’ als de ‘tegenstanders’ van ‘rechtsvorming’ de mening zijn toegedaan dat de rechter de bevoegdheid heeft in

45. C. Schutte, ‘De Rechtsvormende taak van de rechter? Een kritische noot’, *AA* 2009, afl. 10, p. 676-680.

46. G. Boogaard en J. Uzman, ‘Rode Draad Rechtsvorming door de Hoge Raad. Tussen Montesquieu en Judge Dredd. Over rechter, politiek en rechtsvorming’, *AA* 2015, afl. 1, p. 53.

wetten vastgelegde open normen uit te leggen en in te vullen. De ene noemt dit rechtsvorming, de ander niet.⁴⁷ Het belang van deze discussie zie ik niet.⁴⁸ Het is niet zo zwart-wit als men soms doet voorkomen.⁴⁹ Davids, oud-President van de Hoge Raad, merkte dan ook op dat het betoog van Kortmann reacties van voor- en tegenstanders van rechtsvorming losmaakte,⁵⁰ maar ook dat dit misschien eerder een debat van semantische aard was.⁵¹ Hij constateerde in dat verband dat (i) Hammerstein rechtsvorming zag als het zoeken naar antwoorden op rechtsvragen die niet *volledig* worden bepaald door geldend recht⁵², (ii) Kortmann rechtsvorming zag als vorming van geheel *nieuw* recht zonder wettelijke grondslag en (iii) Boogaard en Uzman tot de conclusie kwamen dat het erop lijkt dat de Hoge Raad, waar hij spreekt over zijn ‘rechtsvormende taak’, uitsluitend doelt op het invullen van open normen, de ontwikkeling van beginselen en van *bestaand* geschreven recht.

Wellicht zouden we gelet op al het voorgaande, ter beslechting van de discussie over rechtsvorming, als middenweg kunnen spreken van ‘rechtsvormende rechtsvinding’ wanneer de rechter recht spreekt door het toepassen, interpreteren en uitleggen van open normen. De term ‘rechtsvorming’ zou dan gehanteerd kunnen worden voor het geval waarin sprake is van het creëren van een nieuwe norm door de rechter die niet terug te voeren is op een wettelijke bepaling en waarbij de rechter derhalve op een *rechtspolitieke* wijze tot zijn beslissing is

-
47. M.A. Loth, ‘Oordelen op tegenspraak. Over de rationaliteit van het rechterlijk oordeel’, *R&R* 2005/1, p. 60 stelt zelfs dat rechtspraak politiek is en dat de rechter, met zijn rechtshandhavende en geschillenbeslechtende taak, bijdraagt aan de rechtsvorming en het zelfbestuur van een politieke gemeenschap. Dit in tegenstelling tot Hammerstein die in bovenstaand citaat juist uitdrukkelijk opmerkte: “*De rechter is niet gekozen en heeft geen politieke opdracht*”.
48. J.B.M. Vranken spreekt in Asser/Vranken Algemeen deel**** 2014/55 en 2014/79 over een nogal abstract-theoretische discussie over de rechtsvormende taak van de rechtspraak en met name van de Hoge Raad, waarin tegenstanders stellen dat *rechtsvorming* niet mag, maar *rechtsontwikkeling* wel. Hij noemt dat terecht een louter semantisch onderscheid dat niets verheldert.
49. De reactie van C.A.J.M. Kortmann, ‘De taak van de rechter. Reactie op ‘Rechtsvorming door de rechter is onvermijdelijk’ van A. Hammerstein en ‘Een “rechtsvormende taak” van de rechter? Een kritische noot’ van C. Schutte’, in *AA* 2009, afl. 11, p. 765-766 lijkt mij dan ook volkomen terecht.
50. Zie bijvoorbeeld ook: Timmerman 2009c, p. 27 die de rechtsvormende taak van de rechter als uitgangspunt neemt en de door Kortmann ‘aangezwengelde discussie onzinnig vindt’.
51. W. Davids, ‘Rode Draad Rechtsvorming door de Hoge Raad. Woorden achteraf in een aggrerende bijdrage’, *AA* 2015, afl. 12, p. 1009-1019.
52. Hetgeen aansluit bij de opmerkingen van oud-President van de Hoge Raad S.K. Martens, ‘De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter’, *NJB* 2000, afl. 14, p. 747-758.

gekomen.⁵³ De term ‘rechtsvormende rechtsvinding’ zou dan gebruikt kunnen worden voor alle gevallen waarin een rechtswetenschappelijk proces van het toepassen van interpretatie- en redeneermethoden heeft plaatsgevonden, waarbij een door de wetgever reeds gecreëerde (open) norm, vastgelegd in een wettelijke regel, voor de rechter als basis heeft gediend. Het recht wordt daarbij namelijk nog steeds ‘gevonden’ in de wettelijke regel die geïnterpreteerd wordt en die op basis van een bepaalde redeneerwijze op de onderliggende feiten wordt toegepast. In sommige gevallen van dat ‘rechtsvormende rechtsvindings’-proces zullen nieuwe maatschappelijke inzichten en/of ontwikkelingen aanleiding geven het recht te verfijnen en/of een bepaalde regel naar analogie toe te passen op een geval dat voorheen niet door die regel werd bestreken. De Hoge Raad speelt bij dit alles uiteraard een belangrijke rol. Zijn uitspraken hebben soms een betekenis die boven het concrete geschil uitstijgt waardoor deze uitspraken kunnen doorwerken in vele honderden, zo niet duizenden zaken in feitelijke instanties.⁵⁴ In de literatuur wordt begrijpelijk gesteld dat deze uitspraken rechtsvormende meerwaarde hebben en dat het feit dat rechters rechtsvormend bezig zijn, niet ter discussie staat.⁵⁵

In de literatuur wordt het door mij gemaakte onderscheid tussen rechtsvorming en rechtsvormende rechtsvinding overigens ook onderkend, doch niet expliciet gemaakt.⁵⁶ Dat is ook begrijpelijk. Het interpreteren en toepassen van (vage) wettelijke regels kan begrijpelijk als ‘rechtsvorming’ worden aangemerkt, omdat de rechter in een specifieke zaak, die geen gelijkenissen heeft met eerdere zaken, een vage wettelijke term invulling geeft en daarmee het recht nader vorm geeft. Iedere rechter (dus ook de lagere rechter) heeft te maken met gevallen waarin hij niet alleen de zaak zelf beslist, maar ook door zijn beslissing en motivering ervan een meer algemene norm formuleert en daarmee dus iets nieuws

53. De rechter zal hiertoe ex artt. 12 en 13 Wet AB ook gehouden zijn indien er geen wettelijke bepalingen voorhanden zijn. Men blijft echter twijfels hebben over hoe ver de rechter daarin mag gaan. In zijn noot bij Rb. 's-Gravenhage 24 juni 2015, AB 2015/336 m.nt. Ch.W. Backes (*Urgenda*) schrijft Backes bijvoorbeeld dat hoewel hij de politieke boodschap die de rechtbank heeft gegeven en de politieke gevolgen die het vonnis al heeft gehad positief vindt, hij sterke twijfels heeft of dit vonnis juridisch juist is, waarmee Backes doelt op de scheiding der machten.

54. Asser/Vranken Algemeen deel**** 2014/39.

55. Asser/Vranken Algemeen deel*** 2005/9.

56. Tak 1994 maakt dit onderscheid bijvoorbeeld wel op p. 199, maar behandelt de interpretatie van rechtsregels (op grond van bijvoorbeeld een grammaticale, wetshistorische of rechtshistorische methode) onder het hoofdstuk genaamd “*Inhoudelijke aspecten van de rechterlijke rechtsvorming*”. In Franken e.a. 1999, p. 171 e.v. wordt onder het hoofdstuk ‘Rechtsvorming door de rechter’ zowel rechtsvinding als rechtsvorming behandeld, waarbij ook van rechtsvorming wordt gesproken wanneer de rechter een regel moet toepassen die door de wetgever bewust vaag is geformuleerd.

toevoegt aan ons recht.⁵⁷ Wanneer een rechter in feitelijke instantie uitleg geeft aan een wettelijke bepaling, zou daarom gesproken kunnen worden van rechtsvorming of rechtsontwikkeling. Davids merkte op:

*“Rechtspreken zonder in voorkomende gevallen een beslissing te geven die kan worden geduid als rechtsontwikkeling, is niet mogelijk. Het aloude artikel 13 Wet Algemene Bepalingen, dat rechtsweigerig ‘onder voorwendsel van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der wet’ verbiedt, zou anders niet kunnen worden nageleefd.”*⁵⁸

De laatste oud-President van de Hoge Raad Corstens merkte in dit verband op:

*“Voor veel rechtsregels geldt echter dat hun precieze betekenis pas echt duidelijk wordt in de rechtspraak. Door de toepassing van die regels in concrete gevallen wordt de exacte inhoud van het recht kenbaar.”*⁵⁹

Het recht wordt dan dus ‘kenbaar’, aldus Corstens (of anders gezegd, het recht wordt zo ‘gevonden’). Maar omdat het recht alleen ‘gevonden’ kan worden door toepassing van (wettelijke) regels in concrete gevallen wordt *tegelijktijd* recht ‘gevormd’. Het ‘vinden’ en het ‘vormen’ van het recht gaan dus hand in hand. Ik denk dat de term ‘rechtsvormende rechtsvinding’ hier dan ook goed op zijn plaats is.

Waar het gaat om rechtsvorming in de hiervoor bedoelde strikte zin bestaat mijns inziens weinig discussie in de literatuur. Dat is iets waarmee de rechter zich in beginsel niet bezig dient te houden. Kortmann heeft dat redelijk onomwonden betoogd, maar het is ook op te maken uit de meerderheid van de andere literatuur, waaronder de hiervoor behandelde literatuur afkomstig van (oud-) raadsheren van de Hoge Raad. Ik zeg dat de rechter zich ‘in beginsel’ niet bezig dient te houden met rechtsvorming in strikte zin, omdat er vanzelfsprekend gevallen zijn wanneer de rechter dat wel moet doen. Soms kan de politiek niet of niet tijdig tot oplossingen komen voor lastige kwesties. Dat is bijvoorbeeld het geval bij technische ontwikkelingen waar de wet nog geen rekening mee heeft gehouden, of wanneer nationaal recht in strijd wordt geacht met internationaal recht. Als de rechter dan met een zaak wordt geconfronteerd waarin die kwestie speelt, zal hij een antwoord moeten geven gelet op zijn verplichting ex art. 13 Wet AB.⁶⁰ In dat geval zal de rechter dus in zekere zin aan rechtspolitiek doen.

57. Hammerstein 2009, p. 674.

58. Davids 2015, p. 1011.

59. Corstens 2015, p. 62.

60. Corstens 2015, p. 63.

HOOFDSTUK 2

Daarbij dient de rechter echter nog immer de nodige terughoudendheid te betrachten, zoals blijkt uit de door oud-President van de Hoge Raad Martens in 2000 uiteengezette uitgangspunten die daarbij in acht dienen te worden genomen.⁶¹ Ik zal daar nu niet verder op ingaan en wil mij beperken tot de conclusie dat rechtsvorming in strikte zin door de Hoge Raad nog steeds eerder uitzondering dan regel is. In dat verband is het goed om stil te staan bij art. 81 lid 1 Wet RO.

2.3.4 Art. 81 lid 1 Wet RO

Art. 81 Wet RO luidt als volgt:

“Indien de Hoge Raad oordeelt dat een aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, kan hij zich bij de vermelding van de gronden van zijn beslissing beperken tot dit oordeel.”

Men zou kunnen betogen dat dit artikel een wettelijke basis biedt voor de Hoge Raad om zich met rechtsvorming in strikte zin bezig te houden, althans om zich in verdergaande mate met rechtsvorming bezig te houden dan lagere rechters. Ik meen echter dat dit op een misvatting berust.⁶²

Om te beginnen is art. 81 Wet RO in 1988 ingevoerd met als doel een bepaalde selectie aan de poort te creëren, omdat door de toenemende werklast en oplopende achterstanden bij de Hoge Raad de kwaliteit en de rechtspraak van de Hoge Raad in het gedrang was gekomen.⁶³ Het artikel is niet ingevoerd om de Hoge Raad een ruimere bevoegdheid te geven dan die voor de invoering van het artikel reeds bestond.

Voorts geldt dat de term ‘rechtsontwikkeling’ betrekking heeft op het uitbreiden, verfijnen, verklaren en bijsturen van iets, te weten het recht dat reeds bestaat. Rechtsvorming (in strikte zin) is iets anders, te weten het creëren van iets dat nog niet bestond.⁶⁴ ‘Rechtsontwikkeling’ is daarnaast niet iets dat is voorbehouden aan de Hoge Raad. Iedere rechter draagt bij aan de rechtsontwikkeling door

61. Martens 2000, p. 750.

62. Zie ook: Davids 2015, p. 1011, die schrijft dat “*die basis niet erg stevig is*” en Hammerstein 2009, p. 674 die schrijft “*dat een ruimere grondslag dan deze bepaling voor de rechtsvormende taak noodzakelijk is*”.

63. W.D.H. Asser, ‘Van selectie achter de poort naar selectie aan de poort’, in: A.M. Hol, I. Giesen en F.G.H. Kirsten (red.), *De Hoge Raad in 2025. Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 74.

64. Kortmann 2008, p. 33.

in iedere aan hem voorliggende zaak de wet toe te passen op de hem voorgelegde feiten en omstandigheden (zie par. 2.3.3, waar in dit verband wordt gesproken over rechtsvorming en rechtsvormende rechtsvinding). De *wet* is immers niets anders dan geschreven tekst die uitgelegd moet worden in het concrete geval, terwijl het *recht* zich uit in de rechterlijke beslissing over de vraag welke partij in het concrete geval in het gelijk wordt gesteld. Bovendien is het zo dat ook de lagere rechter in voorkomende gevallen aan rechtsvorming in strikte zin moet doen, wanneer hij aanloopt tegen een leemte in de wet of een tegenstrijdigheid. Nu art. 81 Wet RO niet voor de lagere rechter is geschreven, terwijl ook de lagere rechter aan rechtsontwikkeling en (soms) aan rechtsvorming in strikte zin doet, moet, aldus ook oud-President van de Hoge Raad Davids, worden vastgesteld dat art. 81 Wet RO geen wettelijke basis biedt voor de Hoge Raad om in verdergaande zin aan rechtsvorming dan wel rechtsontwikkeling te doen dan de lagere rechter.⁶⁵

Het voorgaande neemt niet weg dat de Hoge Raad vanzelfsprekend het laatste woord heeft in die rechtsvorming en rechtsontwikkeling. De Hoge Raad speelt als hoogste rechter daarin een belangrijke rol. In de parlementaire geschiedenis is hierover gezegd:

“In de praktijk wordt de cassatietaak van de Hoge Raad opgevat als de opdracht om in hoogste instantie de rechtseenheid te bewaken, de rechtsontwikkeling te bevorderen en rechtsbescherming te verlenen op de aan de Hoge Raad bij de wet toebedeelde rechtsgebieden. Bij het bewaken van de rechtseenheid gaat het om de eenvormige uitleg en toepassing van de rechter van rechtsregels en rechtsbegrippen, zowel binnen afzonderlijke rechtsgebieden als in samenhang tussen afzonderlijke rechtsgebieden. De rechtsontwikkeling wordt bijvoorbeeld bevorderd als de Hoge Raad open wettelijke normen nader invult, of wettelijke voorschriften uitlegt. Invulling aan zijn rol op het vlak van het bieden van rechtsbescherming geeft de Hoge Raad onder meer door toetsing van de motivering van de feitenrechter op begrijpelijkheid. In concrete zaken overlappen de uitoefeningen van deze functies elkaar veelal. Wanneer de Hoge Raad bijvoorbeeld uitleg geeft aan de wettelijke regeling van het aanwezigheidsrecht in strafzaken, wordt daarmee niet alleen de rechtsontwikkeling bevorderd. Doordat feitenrechters zich naar de uitspraak van de Hoge Raad richten, wordt tevens de rechtseenheid gediend.

65. Vgl. Davids 2015, p. 1011.

HOOFDSTUK 2

Daarnaast treedt een rechtsbeschermend effect op, doordat ook in zaken waarin de rechtzoekende niet doorprocedeert tot aan de Hoge Raad, de feitenrechters het recht toepassen met inachtneming van de rechtspraak van de Hoge Raad.”⁶⁶

Hammerstein merkte terecht op dat de Hoge Raad ongetwijfeld tot taak heeft:

“leiding te geven aan de gewone rechtspraak door in de hem voorgelegde gevallen waarin dat mogelijk is de richting te bepalen waarin het recht zich ontwikkelt, hetzij door de knoop van de rechtseenheid door te hakken waar verschil van opvatting bestaat, hetzij normen verder in te vullen of te ontwikkelen waarvan ook in toekomstige gevallen in beginsel (want we kennen geen precedentwerking) wordt uitgegaan.”⁶⁷

Art. 81 Wet RO laat dan ook voornamelijk zien dat de Hoge Raad een doorslaggevende rol heeft in het zorgen voor rechtseenheid bij het proces van (rechtsvormende) rechtsvinding, zijnde de uitleg en toepassing van rechtsregels door hemzelf en door de rechters in feitelijke instanties. Daarbij hoort vanzelfsprekend ook het geven van invulling en uitleg aan (open) wettelijke normen, zeker wanneer feitenrechters zich daar verschillend over hebben uitgelaten. Daarmee zorgt de Hoge Raad tezamen met de lagere rechtspraak voor rechtsontwikkeling. Die ‘rechtsontwikkeling’ moet mijns inziens voornamelijk worden begrepen in de context dat wettelijke bepalingen noodzakelijkerwijs soms algemeen geformuleerd zijn en niet zijn toegesneden op specifieke feitelijke omstandigheden, omdat deze wettelijke bepalingen anders te beperkt toepasbaar zijn in het complexe en dynamieke maatschappelijk leven waarin elke handeling en omstandigheid steeds feitelijk anders zal zijn, maar wettelijk toch op eenzelfde wijze gekwalificeerd kan worden. Met de uitleg en toepassing van een dergelijke wettelijke bepaling door een feitenrechter, draagt deze rechter ook bij aan de rechtsontwikkeling. Indien verschillende feitenrechters in gevallen waarin de feiten vergelijkbaar zijn (maar niet gelijk, dat zijn ze vrijwel nooit), een verschillende interpretatie en toepassing geven aan een wettelijke bepaling, kan de Hoge Raad daarin een knoop doorhakken. Dan moet vanzelfsprekend wel cassatie zijn ingesteld. De Hoge Raad kan dan een nieuwe interpretatie geven, maar kan ook ervoor kiezen om de interpretatie van de ene feitenrechter (impliciet) te verwerpen en de andere (impliciet) te volgen. Indien de Hoge Raad meent dat in een hem voorliggende zaak de rechtsontwikkeling door de feitenrechter reeds op een juiste wijze heeft plaatsgevonden, kan deze de klacht op

66. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 576, nr. 3 (MvT), p. 1 bij Wijziging van de Advocatenwet, de Wet op de rechterlijke organisatie en enige andere wetten ter versterking van de cassatierechtspraak (versterking cassatierechtspraak).

67. Hammerstein 2009, p. 674.

vereenvoudigde wijze afdoen ex art. 81 Wet RO. Dat de Hoge Raad dus toezicht dient te houden en de lijn in de rechtsontwikkeling dient te bewaken staat buiten kijf, maar een wettelijke grondslag voor het vormen van nieuw recht biedt art. 81 Wet RO niet.

2.3.5 *Trias politica en jurisprudentie als rechtsbron*

De in jurisprudentie (op basis van ‘rechtsvormende rechtsvinding’) ontwikkelde rechtsregels vormen naast de bestaande wettelijke bepalingen een nieuwe praktische rechtsbron waar rechters hun beslissing in toekomstige gevallen op kunnen (maar niet moeten)⁶⁸ baseren en waarin zij het recht kunnen vinden. Het feit dat partijen van een rechterlijke uitspraak in hoger beroep of in cassatie kunnen gaan, zorgt ervoor dat aan uitspraken van gerechtshoven en de Hoge Raad een groot gezag wordt verleend. De praktijk laat dan ook zien dat lagere rechters de rechtsregels afkomstig van hogere rechters vaak volgen. Zolang deze in de jurisprudentie ontwikkelde rechtsregels in het verlengde liggen van de rechtsvorming van de wetgever, kan gezegd worden dat de rechter, die een beroep doet op deze rechtsregel, aan (rechtsvormende) rechtsvinding doet. Een daadwerkelijke rechtsbron in de zin van de wet is het echter niet: de rechter blijft gebonden aan de wet en niet aan de rechtspraak. Pas als in de rechtspraak toegepaste regels volledig zelfstandige keuzes van de rechters hebben geëist (zonder dat de rechter zich heeft gebaseerd op een interpretatie van de wet), kan rechtspraak als een eigen rechtsbron worden gezien.⁶⁹ Wij zagen hiervoor echter dat dit op gespannen voet kan staan met de trias politica.

2.3.6 *Trias politica en doctrine als rechtsbron*

Ook doctrine heeft invloed op het recht. Indien een opvatting door vele rechtsgeleerden wordt gedragen, kan dat het rationaliteitsaspect van een bepaalde regeling aantasten. Voor de wetgever kan dit reden zijn de wet aan te passen en voor de rechter kan dit reden zijn daarop vooruit te lopen. Het feit dat doctrine invloed heeft, betekent echter niet dat dit als een rechtsbron is aan te merken. Ieder maatschappelijk verschijnsel heeft invloed op het recht. De doctrine heeft weliswaar het gezag van de rationaliteit, maar mist het gezag van de macht. De doctrine bepaalt niet hoe het moet en de rechter is daar – anders dan aan de wet – niet aan gebonden. Doctrine vormt derhalve geen rechtsbron.⁷⁰ Baseert de rechter zich in zijn rechterlijk oordeel uitsluitend op de doctrine en niet op de wet,

68. Anders dan in het Engels recht, bestaat in Nederland namelijk geen formeel precedentenrecht. Zie ook: Hammerstein 2009, p. 674: “want we kennen geen precedentwerking”.

69. Franken e.a. 1999, p. 133-134.

70. Taekema, Gaakeer & Loth 2015, p. 138; Franken e.a. 1999, p. 136.

HOOFDSTUK 2

althans ligt zijn beslissing niet in het verlengde van de rechtsvorming door de wetgever, dan is geen sprake van (rechtsvormende) rechtsvinding, maar van rechtsvorming in de meest strikte vorm. Er zijn dan staatsrechtelijk bedenkingen te plaatsen bij de beslissing, gelet op de eerdergenoemde trias politica.

2.3.7 Gedragsnormen, toetsingsnormen/toetsingsregels en beslissingsregels

Men zou kunnen stellen dat wettelijke bepalingen naast gedragsnormen soms ook beslissingsregels en/of toetsingsnormen/toetsingsregels⁷¹ bevatten of impliceren die door de rechter gehandhaafd moeten worden.⁷² Met beslissingsregels wordt volgens Drion bedoeld: regels waarvan de primaire functie is aan te geven hoe in bepaalde conflictsituaties door de rechter moet worden beslist. Het is met name de wetgever die deze beslissingsregels reeds in de wet heeft opgenomen door aan het schenden van de gedragsnorm een consequentie te verbinden. Als de wetgever dat niet heeft gedaan, is de beslissingsregel vaak af leiden uit de gedragsnorm. Drion noemde het volgende voorbeeld: “*Neem een regel als die van art. 44 van het Wegenverkeersreglement. De bestuurder die van richting wil veranderen moet o.a. zijn voornemen duidelijk en tijdig kenbaar maken. Zoals alle verkeersregels een typische gedragsregel. Daaraan doet niet af dat in een bepaald proces deze regel een beslissingsfunctie kan vervullen.*”⁷³ Is bijvoorbeeld sprake van een ongeval omdat iemand heeft verzuimd zijn verkeerslicht te gebruiken, dan zal deze beslissingsfunctie door de rechter kunnen worden geformuleerd in de volgende beslissingsregel: ‘een persoon die schade heeft veroorzaakt door in strijd met het wegenverkeersreglement zijn knipperlicht niet te gebruiken, is aansprakelijk voor die schade.’ In dit voorbeeld:

71. In de literatuur wordt veelal gesproken over ‘toetsingsnormen’. Ik geef de voorkeur aan de term ‘toetsingsregel’ omdat (i) daarmee duidelijker het onderscheid wordt gemaakt met de term ‘gedragsnorm’ en (ii) met de term in feite wordt beoogd duidelijk te maken welke regels de rechter dient te hanteren bij de beoordeling van de vraag of een (gedrags)norm is geschonden. Ik zal in dit proefschrift beide termen blijven hanteren.

72. Zie hierover: Drion 1973, p. 57-58; L. Timmerman, ‘Toetsing van ondernemingsbeleid door de rechter, mede in rechtsvergelijkend perspectief. Over het onderscheid tussen gedragsnormen en toetsingsnormen’, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 555; L. Timmerman, ‘Impliceert beperkte toetsing door de rechter ook beperkte verantwoordelijkheid?’, *Ondernemingsrecht* 2006/101; Assink 2007, p. 516-526; Timmerman 2009a, nr. 31 en 32; Timmerman 2009b, p. 481 e.v., zich baserend op Drion 1973; Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 1014 e.v.; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/200; B.F. Assink en J.M. de Jongh, ‘Gedragsnorm, enquête-recht en aandeelhouder’, in: B.F. Assink e.a. (red.), *De toekomst van het Ondernemingsrecht, Opstellen voor Profmr. L. Timmerman*, Deventer: Kluwer 2015, p. 1 t/m 15. Een inspiratiebron voor Timmerman en Assink blijkt hierbij te zijn geweest: M.A. Eisenberg, ‘The divergence of standards of conduct and standards of review in corporate law’, *Fordham Law Review* 1993, Volume 62, Issue 3, p. 437 e.v.

73. Drion 1973, p. 57-58.

- (i) luidt de gedragsnorm ‘de bestuurder die van richting wil veranderen moet zijn voornemen duidelijk en tijdig kenbaar maken’; en
- (ii) luidt de beslissingsregel ‘als de bestuurder dat niet heeft gedaan is hij aansprakelijk’.

Een toetsingsregel heeft dan betrekking op de toets die de rechter dient aan te leggen om vast te stellen of de gedragsnorm is geschonden. Timmerman gebruikte in 2004 de term ‘toetsingsnorm’ bijvoorbeeld in het kader van een aan de rechter te geven werkwijze om te beoordelen of sprake is van wanbeleid in het kader van een enquêteprocedure. Hij bepleitte in dat verband dat de rechter terughoudend dient te toetsen, omdat de rechtspersoon over een bepaalde mate van autonomie beschikt en de daarbij betrokken personen een bepaalde beoordelingsvrijheid hebben.⁷⁴ Kijkt men naar art. 6:162 BW, dan luidt de gedragsnorm bijvoorbeeld ‘gij zult niet onrechtmatig handelen’ en vormt de vraag ‘heeft de betrokkene een inbreuk op een recht gemaakt?’ onderdeel van de toetsingsregel. De beslissingsregel is dat de betrokkene aansprakelijk is voor schade als gevolg van zijn onrechtmatig handelen.

In het kader van de vraag of sprake is van onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:9 BW, blijkt uit de wetsgeschiedenis dat de wetgever ook bepaalde toetsingsregels voor ogen had. Deze toetsingsregels hielden in dat de rechter het handelen van de bestuurder dient te beoordelen naar het moment van het handelen van de betrokken bestuurder, rekening houdend met het gevaar van hindsight bias en met beleidsruimte van de bestuurder (zie par. 3.7 hierna). Aan de hand van onder meer die toetsingsregels kan worden beoordeeld of de bestuurder de gedragsnorm (‘gij zult uw taak behoorlijk vervullen’) heeft geschonden en of de beslissingsregel (‘de bestuurder is dus aansprakelijk’) in werking treedt. De rechter of de doctrine hebben, gelet op de trias politica, vanzelfsprekend niet de macht om de door de wetgever gegeven gedragsnormen, toetsingsregels en beslissingsregels opzij te zetten (zie over deze termen verder par. 5.6 hierna).

2.3.8 *Tot slot: de hoge drempel van de ernstigverwijtmaatstaf in het licht van rechtsvorming*

Bij bestudering van dit proefschrift zijn de hiervoor uiteengezette beschouwingen van belang, omdat naar mijn mening de vraag gesteld moet worden of de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in de rechtspraak en literatuur over interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW respectievelijk ex art. 6:162 BW moet worden aangemerkt als rechtsvorming in strikte zin

74. Timmerman 2003b, p. 555.

of niet. Is dat niet het geval dan zou kunnen worden gesproken van ‘rechtsvormende rechtsvinding’ en dat laat zichzelf onderwerpen aan een rechtstheoretische en dus rechtswetenschappelijke toetsing. Bij die rechtswetenschappelijke toetsing speelt de betekenis van taal in het recht ook een rol. Is de door de Hoge Raad en de doctrine gehanteerde term ‘ernstig verwijt’, gelet op de betekenis die het rechtsbegrip in de rechtsontwikkeling heeft gekregen, rechtswetenschappelijk te rechtvaardigen? Die vraag is te beantwoorden door een analyse te maken van de rechtspraak en de doctrine waarbij de hierna te bespreken interpretatieën redeneermethoden kunnen worden gebruikt. De ernstigverwijtmaatstaf kan zo rechtstheoretisch getoetst worden op rationaliteit en legaliteit. Is daarentegen sprake van rechtsvorming in strikte zin dan is sprake van rechtspolitiek. Rechtspolitiek laat zich zoals gezegd echter niet goed rechtswetenschappelijk toetsen. In *rechtspolitiek* bestaat namelijk geen juist of onjuist, maar bestaan *keuzes* die gebaseerd zijn op morele overtuigingen (zie par. 1.3). Ik herhaal hier dat Timmerman onlangs omschreef dat men ervoor kan kiezen, als men een meer terughoudende bestuurdersaansprakelijkheid wenst, over de gehele linie van de bestuurdersaansprakelijkheid het begrip ‘ernstig verwijt’ van toepassing te laten zijn. Dat is volgens Timmerman een volstrekt legitieme *rechtspolitieke* keuze die de Hoge Raad heeft gemaakt.⁷⁵ De vraag die in mijn ogen echter aan de orde komt is of de rechter daarmee niet buiten zijn taak treedt om de wet toe te passen en rechtspolitiek heeft gedreven, terwijl daarvoor bij afwezigheid van leemtes in de wet geen aanleiding bestond.

2.4 Rechtstheoretische toetsing en interpretatiemethoden

2.4.1 *Rechtstheoretische rede en de rationele reconstructie van een uitspraak*

Een rechtstheoretische toetsing van een rechterlijke beslissing, die op grond van (rechtsvormende) rechtsvinding tot stand is gekomen, is mogelijk omdat de rechterlijke beslissing zowel dient te voldoen aan de eisen van de rechtstheoretische rede⁷⁶ als aan de eisen van legaliteit, legitimiteit en rationaliteit. Een legale beslissing is een beslissing die is gegeven door een bevoegde functionaris, volgens de voorgeschreven procedure, voorzien van een juridische motivering en gebaseerd op de geldende juridische regels.⁷⁷ Legitimiteit en rationaliteit houden in onderlinge samenhang in dat de beslissing inzicht geeft in (i) de wijze waarop de rechter aanknoopt bij het juridische regelstelsel, (ii) de

75. Timmerman 2016, par. 2.

76. Van Domselaar 2011.

77. Franken e.a. 1999, p. 170.

wijze waarop de beslissing wordt gedragen door (juridische) argumenten en (iii) de werkelijke motieven die de rechter aan de juridische motivering ten grondslag legt.⁷⁸

Het recht kent in dit verband, zoals in par. 1.3 uiteengezet, eigen doelstellingen die in acht moeten worden genomen om als systeem te kunnen bestaan. Daarbij spelen waarden als rechtszekerheid, doelmatigheid en coherentie een rol. Het recht is een samenhangend regelgebonden systeem.⁷⁹ Door het recht op te vatten als een eenheid die zijn betekenis en rationaliteit ontleent aan onderliggende beginselen en doeleinden, wordt het een intelligibele orde, vatbaar voor interne evaluatie en interne kritiek.⁸⁰ Die kritiek kan bijvoorbeeld inhouden dat een op enig moment in de literatuur en jurisprudentie geformuleerde rechtsregel op een specifiek onderdeel van het recht, niet coherent is met rechtsregels die andere onderdelen van het recht bestrijken of daarmee inconsistent is.⁸¹

Als de rechter zijn oordeel heeft gevormd en van argumenten heeft voorzien, kan de uitspraak worden onderworpen aan onder meer het kritische oordeel van de publieke opinie en de beoefenaars van de rechtswetenschap. De publieke opinie en deze rechtsbeoefenaars kunnen onderzoeken of de uitspraak redelijk is, of de uitspraak goede argumenten bevat, of de argumenten de conclusie kunnen dragen en of de motivering juist is. In dat kader komt vanzelfsprekend de vraag aan bod of de rechter zich heeft gehouden aan de door de wetgever voorgeschreven gedragsnormen, toetsings- en beslissingsregels. Zo zal de rechter zijn uitspraak ook dienen te motiveren en dat dient te geschieden in de vorm van een geldige *redenering*, meestal in de vorm van een deductieve redenering (vgl. het eerder in par. 2.3.2 genoemde syllogisme).⁸² De uitspraak kan – kort gezegd – getoetst worden op rationaliteit.

Een van de vragen die bij deze toetsing aan de orde komt is de vraag of de argumenten de conclusie kunnen dragen. Dat is bijvoorbeeld niet het geval wanneer de rechter in zijn redenering een of meer stappen heeft overgeslagen. Om dat te kunnen aantonen is een rationele reconstructie van die redenering vereist. Een rationele reconstructie is een herformulering van een rechterlijke uitspraak door de rechtswetenschap, met het oog op een toetsing van de rationaliteit van de uitspraak.⁸³ In dit proefschrift zal ik een rationele reconstructie van het arrest

78. Franken e.a. 1999, p. 170 en 177.

79. F.B. Bakels, 'Rode Draad Rechtsvorming door de Hoge Raad. Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad', *AA* 2015, afl. 11 p. 938.

80. Smith 2009, p. 217 en 218.

81. Taekema, Gaakeer & Loth 2015, p. 138.

82. Franken e.a. 1999, p. 178.

83. Franken e.a. 1999, p. 171, 177-178, 188 en 494.

HOOFDSTUK 2

Staleman/Van de Ven trachten te maken teneinde de introductie van de ernstig-verwijtmaatstaf in dat arrest rationeel te toetsen (hoofdstuk 4). Op dezelfde manier als dat een rechterlijke beslissing op de hiervoor omschreven wijze kan worden getoetst, kunnen vanzelfsprekend ook de in de doctrine tot stand gekomen opvattingen rechtstheoretisch en rationeel worden getoetst. Die rechtstheoretische toetsing kan plaatsvinden door het toepassen van de hieronder in het kort beschreven interpretatie- en redeneermethoden.

2.4.2 *Grammaticale interpretatie*

Als een bepaalde herformulering of interpretatie van een wettelijke regel wordt gerechtvaardigd met een beroep op de betekenis die gebruikte woorden of zinsdelen naar gewoon spraakgebruik hebben, is sprake van een grammaticale interpretatie. Het is gelet op het hiervoor in par. 2.2 uiteengezette belang van taal voor het recht niet verwonderlijk dat, wanneer in de doctrine wordt stilgestaan bij de verschillende methoden die kunnen worden gehanteerd bij rechtsvormende rechtsvinding, steeds als eerste wordt gewezen op deze grammaticale interpretatie, die inhoudt dat onderzocht dient te worden wat de gangbare interpretatie is van de woorden die in die bepaling worden gebruikt.⁸⁴ Gelet op de hiervoor omschreven betekenis van taal voor het recht, dient de vraag wat de ‘gangbare interpretatie’ is overigens niet alleen te worden beantwoord vanuit het ‘gewone spraakgebruik’, maar ook vanuit de institutionele beroepstaal die binnen de juridische wereld wordt gebruikt. Taalgebruik is, zoals in par. 2.2 uiteengezet, dan ook medebepalend voor de wijze waarop wij de juridische wereld zien.⁸⁵ Loth formuleerde in verband met deze grammaticale interpretatie de volgende twee methodologische regels:

“Gebruik woorden en zinnen zoveel mogelijk overeenkomstig de in de desbetreffende context gangbare betekenis, en expliciteer afwijkende betekenisgeving.”

En:

“Interpreteer woorden en zinnen zoveel mogelijk overeenkomstig de in de desbetreffende context gangbare betekenis, tenzij de taalgebruiker afwijkende betekenisgeving heeft geëxpliciteerd.”⁸⁶

Ik kom later in par. 5.2.2 en par. 10.2.1 terug op deze regels.

84. Franken e.a. 1999, p. 195 e.v.; Tak 1994, p. 272.

85. Vgl. Gaakeer 2015, p. 603.

86. M.A. Loth, *Recht en taal. Een kleine methodologie*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 82.

2.4.3 *(Wet)systematische interpretatie*

Als een bepaalde herformulering of interpretatie van een wettelijke regel wordt gerechtvaardigd met een beroep op de plaats die de regels binnen een systeem van regels innemen, is sprake van een (wet)systematische interpretatie.⁸⁷ De wetgeving van een land vormt volgens Tak een eenheid en een (wettelijke) bepaling staat niet op zichzelf, maar maakt deel uit van een geheel. Bij de interpretatie van een wettelijke bepaling moet het verband met andere wetsbepalingen en de samenhang met andere bestanddelen van het gehele rechtssysteem in het oog worden gehouden. Iedere beslissing moet vanuit dat geheel verantwoord zijn en daar harmonisch inpassen. Vooral het burgerlijk recht vormt een systematisch geheel, zodat (wet)systematische interpretatie daar veel voorkomt.⁸⁸

2.4.4 *Wets- en rechtshistorische interpretatie*

Als een bepaalde herformulering of interpretatie van een wettelijke regel wordt gerechtvaardigd met een beroep op de bedoeling van de wetgever of juridisch-historisch onderzoek, is sprake van een wetshistorische respectievelijk rechtshistorische interpretatie.⁸⁹ Kamerstukken en Handelingen van de Eerste en Tweede Kamer kunnen voor de rechter een bron zijn om de betekenis van een rechtsregel te achterhalen. In dat geval spreekt men van een wetshistorische interpretatie. Soms kan het ook nodig zijn oude wetteksten erop na te slaan (zoals het oude Burgerlijk Wetboek) en (vanzelfsprekend) oude rechterlijke uitspraken te raadplegen. In dat geval spreekt men van een rechtshistorische interpretatie.⁹⁰ In beide gevallen blijft het van belang dat de rechter zich bewust is van de taal die wordt gehanteerd. Indien de rechter een bepaling uitlegt middels een wets- en/of rechtshistorische interpretatie, doet de rechter er goed aan de terminologie die blijkt uit die wets- en/of rechtshistorie te handhaven of termen te gebruiken die, in het tijdsgewricht waarin de rechter zijn beslissing moet wijzen, in grammaticale zin een gelijke betekenis hebben als deze hadden in het tijdsgewricht van de wets- en/of rechtshistorie waaraan de rechter betekenis ontleent.

2.4.5 *Anticiperende interpretatie*

Als een bepaalde herformulering of interpretatie van een wettelijke regel wordt gerechtvaardigd met een beroep op toekomstige regelgeving, is sprake van een anticiperende interpretatie. Vooral in het civiele recht kwam anticiperende

87. Franken e.a. 1999, p. 196 e.v.

88. Tak 1994, p. 274.

89. Franken e.a. 1999, p. 196 e.v.

90. Tak 1994, p. 275.

HOOFDSTUK 2

interpretatie voor vanwege de bijzondere omstandigheid dat reeds enkele decennia gewerkt werd aan een nieuw Burgerlijk Wetboek, het huidige BW, voordat dit op 1 januari 1992 werd ingevoerd. In de rechtspraak werd destijds in toenemende mate op het huidige BW vooruitgelopen.⁹¹ Ook hier geldt uiteraard weer het belang van de taal.

2.4.6 *Teleologische interpretatie*

Het komt voor dat de taal, historie of het systeem van de wet geen argument bieden voor een bepaalde betekenisgeving aan een wettelijke bepaling of dat die betekenisgeving niet (meer) in overeenstemming is met de eisen en de behoefte die het maatschappelijk verkeer heeft voor de toepassing van de bepaling. In dat geval motiveert de rechter zijn beslissing met een beroep op de ratio en het doel van de bepaling, bezien in het licht van de eisen en de behoefte die het maatschappelijk verkeer heeft voor de toepassing van de bepaling. In dat geval is sprake van een teleologische interpretatie.⁹²

2.4.7 *Vorrang interpretatiemethoden in het licht van trias politica*

Vaak worden verschillende interpretatiemethoden tegelijk gebruikt om tot een beslissing te komen. Soms kan het hanteren van verschillende interpretatiemethoden echter tot tegenstrijdige uitkomsten leiden. Teneinde dat te voorkomen, zou men een rangorde kunnen aanbrengen in de methoden. In de literatuur wordt echter algemeen aangenomen dat zo een rangorde niet valt aan te wijzen. Toch zou men mogen aannemen dat, indien sprake is van tegenstrijdige uitkomsten, de grammaticale en de wetshistorische interpretatie moeten voorgaan, omdat zo de gebondenheid van de rechter aan de wet en de trias politica wordt benadrukt.⁹³ Polak schreef in dit verband dat, indien na een taalkundige analyse van de wet twijfel bestaat, doorgaans allereerst houvast gevonden zal moeten worden in de parlementaire stukken en pas daarna in de dogmatiek, rechtspraak en doctrine.⁹⁴ Voor het maken van de in de wet niet uitgedrukte onderscheidingen moet echter wel een noodzaak bestaan.⁹⁵

2.4.8 *Analogie en a contrario-redenering*

Naast of tegelijk met de voornoemde interpretatiemethoden kan de rechter bepaalde wijzen van redeneren gebruiken. Naast het eerder aangehaalde syllogisme (zie par. 2.3.2), kan de rechter een wettelijke bepaling naar analogie

91. Tak 1994, p. 277 en Franken e.a. 1999, p. 197.

92. Tak 1994, p. 278 en Franken e.a. 1999, p. 198.

93. Franken e.a. 1999, p. 199.

94. Deze volgorde is bij de totstandkoming van de ernstigverwijtmaatstaf zeker niet gevolgd, zoals later in dit proefschrift zal worden uiteengezet.

95. Polak 1973, p. 409-410 onder verwijzing naar HR 7 maart 1985, *NJ* 1985, 212.

toepassen in een situatie waarin de wet niet heeft voorzien. Hierbij worden punten van vergelijking tussen beide gevallen gezocht die de analoge toepassing rechtvaardigen. De a contrario-redenering volgt eenzelfde systematiek. Het gevolg van beide redeneringen is dat een bijzondere regel een meer algemene toepassing krijgt.⁹⁶

2.4.9 *Rechtsverfijning*

Rechtsverfijning is de tegenpool van de analogie en a contrario-redenering. Bij rechtsverfijning wordt een algemene regel verbijzonderd. De rechter acht de in concreto toe te passen regel te ruim gesteld en verfijnt deze.⁹⁷ De rechter kan daartoe aanleiding vinden in een van de hiervoor genoemde interpretatiemethoden. Veelal zal daarbij echter sprake zijn van een ruime of vaag gestelde gedragsnorm in een wettelijke bepaling die de rechter noodzaakt, bij toepassing van die gedragsnorm in het aan hem voorgelegde geschil, een meer concrete gedragsnorm te formuleren (die past binnen de ruime of vaag geformuleerde gedragsnorm, zodat geen sprake is van een inbreuk op de trias politica). Zo kan hij, in het aan hem voorgelegde geschil, op een legale en rationale wijze (zie par. 1.3) recht spreken op een wijze dat partijen dit ook begrijpen. Deze rechtsverfijning is volgens Polak een algemeen erkende en heilzame bijdrage tot de rechtsvinding, die medebrengt dat men soms ter wille van de juiste toepassing van een voorschrift een onderscheiding zal maken welke in dit voorschrift, enkel naar zijn bewoordingen beschouwd, niet te vinden is.⁹⁸

Deze nieuwe door de rechter (en niet de wetgever) geformuleerde of geïmpliceerde regels behoeven niet per se als rechtsregel geformuleerd te worden. De rechter zal zich bij rechtsverfijning veelal beperken tot het opsommen van de volgens hem relevante feiten en omstandigheden, op grond waarvan hij tot zijn beslissing komt. Daarin ligt dan de regel, oftewel de gedragsnorm, besloten dat, wanneer die feiten en omstandigheden zich weer zullen voordoen, eenzelfde beslissing zal volgen, tenzij er dan andere relevante omstandigheden bijkomen die in de eerste zaak ontbraken. In ons recht vindt het poneren van zulke nieuwe regels meestal plaats binnen het kader van een reeds bestaande gedragsnorm met vage termen ('onrechtmatige daad', 'goede trouw', 'goede zeden', etc.). Volgens Drion zal de rechter, gezien de aard van zijn functie dan over het algemeen *voorzichtiger* moeten zijn in het bepalen van de draagwijdte van aldus door hem geformuleerde regels dan de wetgever. De rechter zal dat moeten doen

96. Tak 1994, p. 280 e.v. en Franken e.a. 1999, p. 188 e.v.

97. Tak 1994, p. 282 en Franken e.a. 1999, p. 191 e.v.

98. Polak 1973, p. 409-410 onder verwijzing naar HR 7 maart 1985, *NJ* 1985, 212.

HOOFDSTUK 2

door juist *minder te abstraheren* en door de omstandigheden in zijn, met het oog op zijn beslissing, aanvaarde regels op te nemen. In dat geval kan die regel precedentwerking hebben voor gelijke gevallen waarin de in de wet geformuleerde gedragsnorm in het geding is.⁹⁹

2.5 Samenvatting

De rechter heeft als primaire taak de wet toe te passen. Daarbij dient de rechter zich in beginsel te houden aan de taal van de wettekst. Afwijking daarvan is slechts toegestaan indien dat noodzakelijk is. De rechter dient zich voorts te houden aan de door de wetgever vastgestelde of geïmpliceerde gedragsnormen, toetsings- en beslissingsregels. Wetten zijn echter niet steeds duidelijk en bevatten ook open termen en normen. De rechter dient deze dan uit te leggen en in te vullen, waarbij hij gebruik kan maken van verschillende interpretatie- en redeneermethoden. Er zou dan gesproken kunnen worden van ‘rechtsvormende rechtsvinding’ door de rechter. Gelet op de trias politica verdient het de voorkeur dat de rechter daarbij gebruikmaakt van de grammaticale, (wet)systematische en/of wets- en rechtshistorische interpretatie. De rechter kan echter bijvoorbeeld ook anticiperen op nieuwe regelgeving. In alle gevallen zal de rechter bij zijn uitspraak en bij de door hem gekozen terminologie in die uitspraak rekening moeten (blijven) houden met de gangbare taalkundige en institutionele betekenis van de door de wetgever gekozen terminologie en van de in de rechtspraak ontwikkelde terminologie. Hoewel de doctrine vanzelfsprekend een invloed kan hebben op de rechtspraak, kan de doctrine gelet op de trias politica strikt genomen niet als een bron voor rechtsvinding worden beschouwd.

99. Drion 1973, p. 53 en 54.

Hoofdstuk 3. Interne bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW

3.1 Inleiding

De door de wetgever geformuleerde rechtsregel voor interne bestuurdersaansprakelijkheid is vastgelegd in art. 2:9 BW. De in deze wettelijke basis geformuleerde gedragsnorm is zonder twijfel een open norm: de bestuurder is gehouden zijn taak behoorlijk te vervullen. De beslissingsregel die de wetgever tot 1 januari 2013 in art. 2:9 BW had opgenomen luidde – kort gezegd – dat indien de bestuurder zijn taak onbehoorlijk vervult, hij aansprakelijk is. Indien het bestuur bestaat uit meerdere bestuurders is het gevolg in beginsel hoofdelijke aansprakelijkheid van alle bestuurders.¹ Deze (hoofdelijke) aansprakelijkheid is ex art. 2:25 BW dwingendrechtelijk voorgeschreven. Om goed te begrijpen hoe de in de rechtspraak en doctrine ontwikkelde ernstigverwijtmaatstaf, die op 1 januari 2013 in art. 2:9 BW is gecodificeerd, zich verhoudt tot (de oorspronkelijke ratio en strekking van) art. 2:9 BW (oud), is het allereerst van belang in te gaan op de totstandkoming, de ratio, de betekenis en de systematiek van art. 2:9 BW. In dit hoofdstuk zal daarop worden ingegaan.²

3.2 Ontwikkeling art. 2:9 BW

Art. 2:9 BW is terug te voeren op het in 1925 ingevoerde art. 31 Wet op de Coöperatieve Vereeniging dat betrekking had op de aansprakelijkheid van bestuurders van coöperatieve verenigingen.³ Dat artikel luidde:

“1. Iedere bestuurder is tegenover de coöperatieve vereeniging aansprakelijk wegens tekortkomingen bij de vervulling der hem opgedragen taak.

-
1. Op de verhouding tussen de onbehoorlijke taakvervulling van een bestuurder en de hoofdelijke aansprakelijkheid van zijn medebestuurders kom ik later in dit proefschrift terug.
 2. Zie ook: Westenbroek 2016c.
 3. Wet van den 28sten Mei 1925, Stb. Nr. 204, houdende nieuwe wettelijke regeling van de Coöperatieve Vereeniging.

HOOFDSTUK 3

2. *Indien eene tekortkoming betreft eene aangelegenheid, welke behoort tot den werkring van meer dan een bestuurder, zijn deze allen deswege hoofdelijk voor het geheel aansprakelijk: niet aansprakelijk is echter hij die bewijst, dat de tekortkoming aan hem niet te wijten is en dat hij zoo spoedig mogelijk de in zijn bereik liggende maatregelen heeft genomen om de gevolgen daarvan af te wenden.*
3. *Voor de toepassing van het voorgaand lid, wordt de bestuurder geacht kennis te hebben gekregen van al datgene, wat hem bij eene richtige waarneming zijner betrekking niet onbekend gebleven zou zijn.”*

In 1929 is vervolgens een vergelijkbare bepaling opgenomen in art. 47c WvK (oud):⁴

- “1. *Elke bestuurder is tegenover de vennootschap gehouden tot eene behoorlijke vervulling der hem opgedragen taak.*
2. *De aansprakelijkheid te dezer zake is eene hoofdelijke voor het geheel, indien het betreft eene aangelegenheid, welke behoort tot den werkring van meer bestuurders. Niet aansprakelijk is echter de bestuurder, die bewijst, dat het feit aan hem niet te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.”*

Het voormelde art. 31 Wet op de Coöperatieve Vereeniging en het voormelde art. 47c WvK (oud) hebben aan de basis gelegen van het huidige art. 2:9 BW.⁵ De beide bepalingen zijn eerst samengekomen in het sinds 1976 geldende art. 2:8 BW. Deze bepaling zorgde ervoor dat de hiervoor in art. 47c WvK (oud) geciteerde regeling niet alleen voor vennootschappen gold, maar voor alle rechtspersonen kwam te gelden:

“Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Indien het een aangelegenheid betreft die tot de werkring van twee of meer bestuurders behoort, is ieder van hen hoofdelijk aansprakelijk, tenzij hij bewijst dat de tekortkoming

4. Wet van den 2 den Juli 1928, Stb. Nr. 216, tot wijziging en aanvulling van de bepalingen omtrent de naamloze vennootschap en regeling van de aansprakelijkheid voor het prospectus, in werking getreden op 1 april 1929.

5. In het Ontwerp Meijers waren voor de vereniging en de vennootschap in art. 2.2.1.21 en art. 2.3.5.3 aan art. 31 Wet op de Coöperatieve Vereeniging en art. 47c WvK (oud) ontleende bepalingen opgenomen. Deze bepalingen zijn in de eindtekst geschrapt, terwijl voor beide bepalingen één nieuw artikel is ingevoegd dat vrijwel gelijklopend was aan art. 47c WvK (oud). Daarbij merkte de Minister op: “tevens is het verschil in redactie tussen twee wetsbepalingen die hetzelfde willen zeggen, opgeheven”, Van Zeben, Belifante & Van Ewijk 1962, *PG Boek 2 BW*, p. 138 en p. 541.

niet aan hem te wijten is, en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.”

Bij de invoering van het huidige BW per 1 januari 1992 is dit art. 2:8 BW vernummerd naar art. 2:9 BW en is een klein aantal (volgens de parlementaire geschiedenis: ‘redactionele’) wijzigingen doorgevoerd zoals hierna weergegeven:⁶

“Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Indien het een aangelegenheid betreft die tot de werkring van twee of meer bestuurders behoort, is ieder van hen ~~hoofdelijk~~ voor het geheel aansprakelijk terzake van een tekortkoming, tenzij ~~hij bewijst dat de tekortkoming deze niet aan hem te wijten is en dat~~ hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.”

Het per 1 januari 2013 op grond van de Wet bestuur en toezicht⁷ opnieuw gewijzigde art. 2:9 BW luidt:

- “1. Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Tot de taak van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.*
- 2. Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Hij is voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur; tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.”*

Met de gewijzigde bepaling heeft de wetgever, met het oog op het steeds vaker gehanteerde monistisch bestuursmodel (waarin uitvoerende en niet-uitvoerende toezichthoudende bestuurders deel uitmaken van hetzelfde bestuur), beoogd duidelijker in de wet vast te leggen welke gevolgen een taakverdeling binnen het bestuur heeft voor het beginsel van collegiale bestuursverantwoordelijkheid.⁸ Daarnaast is de ernstigverwijtmaatstaf gecodificeerd. Deze codificatie is blijkens de wetsgeschiedenis niet op rechtspolitieke (lees: normatieve) gronden gebaseerd, doch slechts ingegeven door de (weliswaar ook

6. *Kamerstukken II* 1982/83, 17 725, nr. 3 (MvT), p. 57.

7. Wet bestuur en toezicht, Wet van 6 juni 2011, Stb. 2011, 275 (per 1 januari 2013 in werking getreden).

8. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 3-4.

HOOFDSTUK 3

rechtspolitieke, maar niet normatieve) wens om aan te sluiten bij de in de rechtspraak gehanteerde terminologie. De memorie van toelichting bij het huidige art. 2:9 BW vermeldt in dit verband:

*“De formulering van lid 2 sluit aan bij de in de rechtspraak gebruikte terminologie. Veel geciteerd is het arrest van de Hoge Raad van 10 januari 1997 inzake Staleman/van de Ven (NJ 1997, 360 met nt. Ma.), waarin is uitgemaakt dat voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW is vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt.”*⁹

Op 6 februari 2014 is een Ambtelijk voorontwerp Voorstel van Wet bestuur en toezicht rechtspersonen ter consultatie beschikbaar gesteld.¹⁰ Het voorontwerp bepaalde onder meer dat in het eerste lid van art. 2:9 BW na “*taak*” een zinsnede werd ingevoegd, luidende: “*en zich daarbij te richten naar het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie*”. Verder werd een tegenstrijdigbelangregeling opgenomen in art. 2:9 BW en werd een nieuw art. 2:9a BW ingevoegd, dat de normen voor aansprakelijkheid van leden van toezichthoudende organen van rechtspersonen gelijktrekt met die van bestuurders. Daarnaast werden de bepalingen van art. 2:138/248 BW, die op basis van de artt. 2:50a en 2:300a BW van overeenkomstige toepassing waren op zogenoemde commerciële (aan vennootschapsbelasting onderworpen) verenigingen en stichtingen, overgeheveld naar de Faillissementswet en van toepassing verklaard op *alle* verenigingen en stichtingen.

Op 8 juni 2016 heeft de Minister het Voorstel van Wet bestuur en toezicht rechtspersonen ingediend bij de Tweede Kamer.¹¹ Dit voorstel wijkt substantieel af van het voornoemde ambtelijk voorontwerp. Blijkens het wetsvoorstel wordt art. 2:9 BW uitgesplitst in verschillende artikelen. Art. 2:9 BW zou uit zeven leden moeten komen te bestaan, waarvan de eerste drie als volgt luiden:

- “1. Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de rechtspersoon.*
- 2. Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Tot de taak van een bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.*

9. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 8-9.

10. Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met het verbeteren van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen alsmede de uniformering van enkele bepalingen daaromtrent voor alle rechtspersonen (Wet bestuur en toezicht rechtspersonen), <http://www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>.

11. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 2 (Voorstel van Wet).

INTERNE BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID OP GROND VAN ART. 2:9 BW

3. *Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. De bestuurders richten zich bij de vervulling van hun taak naar het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie.”*

Ook wordt opnieuw een tegenstrijdigbelangregeling voorgesteld in het te wijzigen art. 2:9 BW. Daarnaast wordt voorgesteld na art. 2:9 BW drie nieuwe artikelen in te voegen (artt. 2:9a t/m art. 2:9c BW). Art. 2:9a BW, dat bestaat uit zes leden, zou moeten voorzien in een formele wettelijke grondslag voor het onderscheid tussen uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. Lid 1 daarvan zou als volgt komen te luiden:

- “1. *Bij de statuten kan worden bepaald dat de bestuurstaken worden verdeeld over één of meer niet uitvoerende bestuurders en één of meer uitvoerende bestuurders. De taak om toezicht te houden op de taakuitoefening door bestuurders kan niet door een taakverdeling worden ontnomen aan niet uitvoerende bestuurders. (...)”*

Art. 2:9b BW zou betrekking moeten gaan hebben op de aansprakelijkheid van de bestuurder. Lid 1 daarvan zou komen te luiden:

- “1. *Elke bestuurder is jegens de rechtspersoon voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.”*

Tot slot wordt voorgesteld om de bepalingen van art. 2:138/248 BW te verplaatsen naar een nieuw art. 2:9c BW, zodat deze niet meer alleen gelden voor kapitaalvennootschappen en zogenoemde commerciële (aan vennootschapsbelasting onderworpen) verenigingen en stichtingen (ex artt. 2:50a en 2:300a BW), maar ook voor alle andere verenigingen en stichtingen. Ik citeer hieronder de eerste drie leden van het voorgestelde art. 2:9c BW:

- “1. *In geval van faillissement van een rechtspersoon is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort, zijnde het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.*
2. *Indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 10 of 394, heeft het zijn taak kennelijk onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke*

HOOFDSTUK 3

oorzaak is van het faillissement. Hetzelfde geldt indien de rechtspersoon volledig aansprakelijk vennoot is van een vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap en niet is voldaan aan de verplichtingen uit artikel 15i van Boek 3. Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen. Dit lid is niet van toepassing op een onbezoldigd bestuurder van een vereniging of stichting die niet aan de heffing van de vennootschapsbelasting is onderworpen en op een onbezoldigd bestuurder van een vereniging waarvan de statuten niet zijn opgenomen in een notariële akte.

3. *Niet aansprakelijk is de bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.”*

In de volgende paragraaf en in par. 3.6.5, par. 5.3.3 en hoofdstuk 8 zal ik nader op dit wetsvoorstel ingaan.

3.3 De betekenis van ‘besturen’

Voor het bestuur van alle rechtspersonen geldt de verplichting om (behoorlijk) te besturen op grond van art. 2:9 BW. Naast de in deze algemene bepaling neergelegde verplichting om behoorlijk te besturen, rusten op de bestuurder talloze andere wettelijke verplichtingen. Deze zijn terug te vinden in verschillende wetten, zoals in Boek 2 BW, de Invorderingswet en de WOR. Het naleven van deze verplichtingen behoort vanzelfsprekend tot de bestuurstaak. Die verplichtingen en het antwoord op de vraag onder welke omstandigheden moet worden aangenomen dat niet aan die verplichtingen is voldaan, zijn nader uitgewerkt in een grote hoeveelheid jurisprudentie. Daaruit volgt onder meer – uitdrukkelijk zonder uitputtend te zijn – dat:

- (i) het bestuur zich jegens degenen die bij de rechtspersoon zijn betrokken dient te gedragen conform hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd (art. 2:8 BW);
- (ii) het bestuur van de vermogenstoestand van de rechtspersoon op adequate wijze een administratie dient te voeren en de daartoe behorende gegevensdragers gedurende een periode van ten minste zeven jaar op adequate wijze dient te bewaren, zodat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de vennootschap kunnen worden gekend (art. 2:10 BW);
- (iii) het bestuur dient te voldoen aan verschillende verplichtingen met betrekking tot het opstellen en openbaar maken van de jaarrekening (art. 2:360 e.v. BW); en

- (iv) op het bestuur van kapitaalvennootschappen daarnaast verschillende verplichtingen rusten op het gebied van bijvoorbeeld het informeren van aandeelhouders, medebestuurders en commissarissen (art. 2:141/251 BW), het gelijk behandelen van aandeelhouders (art. 2:92/201 BW) en het doen van uitkeringen aan aandeelhouders (art. 2:105/216 BW).¹²

Het niet voldoen door het bestuur aan dit soort wettelijke bepalingen, is vaak feitelijk vast te stellen en kan tot de conclusie leiden dat sprake is van onbehoorlijk bestuur. Het ‘besturen’ van de rechtspersoon houdt echter vanzelfsprekend meer in dan het voldoen aan deze wettelijke bepalingen. Het ‘besturen’ en de ‘bestuurstaak’ zelf, impliceren ook een niet nader door de wet omschreven algemene verplichting. Voor het antwoord op de vraag wat die algemene verplichting inhoudt, is in de literatuur vooral gekeken naar het besturen van een kapitaalvennootschap.

Uit die literatuur blijkt dat onder het besturen van een vennootschap niet alleen valt de dagelijkse leiding, dat wil zeggen de dagelijks wederkerende handelingen die het bestuur pleegt te verrichten, maar dat ‘besturen’ in ruimere zin moet worden opgevat. Het omvat ook het uitstippelen van de te voeren gedragslijn door de vennootschap, het voorbereiden, bepalen en uitvoeren van strategie en beleid, mede op langere termijn bezien, op alle mogelijk denkbare beleidsterreinen van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming, of dat nu betreft financieel-, sociaal-, economisch-, milieu- of personeelsbeleid. Bij de toepassing van het enquêterecht wordt gesproken over elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap. Handelen in strijd hiermee levert wanbeleid op.¹³

De Nederlandse Corporate Governance Code 2008 (die is vervangen door de Corporate Governance Code 2016 van 8 december 2016, waarover hierna in par. 10.8 meer) concretiseerde de taak van het bestuur enigszins en omschreef dat het bestuur is belast met het besturen van de vennootschap, hetgeen onder meer inhoudt dat het verantwoordelijk is voor de realisatie van de doelstellingen van de vennootschap, de strategie met het bijbehorende risicoprofiel, de resultatenontwikkeling en de voor de onderneming relevante maatschappelijke

12. Voor een uitvoerig overzicht van wettelijke bepalingen en jurisprudentie zij verwezen naar: Assink 2007, p. 516-526.

13. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/390. Zie ook: Van Schilfgaarde, Winter & Wezeman 2013, *Van de BV en de NV*, nr. 42 en P. van Schilfgaarde, ‘De medebeleidsbepaler in het ondernemingsrecht’, in: K.M. van Hassel en M.P. Nieuwe Weme (red.), *Willems’ wegen*, Deventer: Kluwer 2010, p. 321-324; Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 902 e.v. en p. 1596 e.v.

HOOFDSTUK 3

aspecten van ondernemen. Het bestuur is verantwoordelijk voor de naleving van alle relevante wet- en regelgeving, het beheersen van de risico's verbonden aan de ondernemingsactiviteiten en voor de financiering van de vennootschap.¹⁴

Bestuurstaken en -bevoegdheden gaan uiteraard hand in hand. Dat het bestuur een taak heeft, brengt mee dat het bevoegd is die taak uit te oefenen.¹⁵ Dat het bestuur een bevoegdheid heeft (zoals vertegenwoordiging), brengt mee dat het een taak heeft die het moet uitvoeren. De bevoegdheid brengt verantwoordelijkheid met zich. De bevoegdheden van het bestuur vinden hun grenzen in de wet, doelomschrijving, eventueel statuten en (sinds de Wet Flex-BV) eventueel aanwijzingen van een vennootschapsorgaan.¹⁶

Aangenomen mag worden dat voornoemde omschrijving van 'besturen' van een kapitaalvennootschap ook geldt voor het besturen van rechtspersonen in het algemeen (met dien verstande dat wanneer een rechtspersoon geen onderneming drijft, bepaalde aspecten die daarop betrekking hebben minder relevant zullen zijn).¹⁷

3.4 De systematiek van art. 2:9 BW en stelplicht- en bewijslastverdeling

Uit de ontwikkeling van art. 2:9 BW, zoals hiervoor in par. 3.2 uiteengezet, valt op te maken dat volgens de wettekst zoals deze gold tot 1992, de bestuurder diende "te bewijzen" dat hij zich kon disculperen. Dit kon hij door – kort gezegd – aan te voeren dat het onbehoorlijk bestuur zijn taak niet betrof en hij niet nalatig was geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. De wettekst luidt thans echter – kort gezegd – dat aansprakelijkheid bestaat "tenzij" hem "mede" gelet op deze taakverdeling geen ernstig verwijt treft en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen. Dit lijkt op een verbetering van de positie van de bestuurder. Dat is evenwel niet het geval omdat de 'tenzij-wijziging' in 1992 slechts 'redactioneel'

14. Nederlandse Corporate Governance Code 2008, principe II.1. In de Nederlandse Corporate Governance Code 2016 is deze omschrijving verkort: "Het bestuur is verantwoordelijk voor de continuïteit van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het bestuur richt zich op de lange termijn waardecreatie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van de stakeholders. De raad van commissarissen houdt toezicht op het bestuur terzake."

15. Van Schilfgaarde, Winter & Wezeman 2013, *Van de BV en de NV*, nr. 42.

16. Zie de artt. 2:7, 2:25, 2:107/217, 2:107a en 2:129/239 BW.

17. Vgl. B.F. Assink, 'Belang van de vennootschap, overname en algemeen belang', *WPNR* 2015/7048, p. 103-117 die het onderscheid in verschillende soorten rechtspersonen benadert vanuit de verschillende belangen die rechtspersonen kunnen nastreven.

van aard was¹⁸ en met de codificatie van de term ‘ernstig verwijt’ op 1 januari 2013, blijkens de bedoeling van de wetgever,¹⁹ slechts beoogd was aansluiting te zoeken bij de in de rechtspraak gebruikte terminologie (zie hierna hoofdstuk 7). De memorie van antwoord bij het huidige art. 2:9 BW bepaalt dan ook dat daar waar individuele bestuurders een beroep kunnen doen op de mogelijkheid van disculpatie, “*nodig [is] dat de bestuurder bewijst dat hem geen ernstig verwijt ter zake van het onbehoorlijke bestuur kan worden gemaakt.*”²⁰ De systematiek van art. 2:9 BW is volgens de wetgever (dus nog steeds) dat:

- (i) de eisende rechtspersoon dient te stellen en bewijzen dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling. Terzijde, in de doctrine werd in het verleden betoogd dat de eisende rechtspersoon daarvoor tevens dient te stellen en bewijzen dat sprake is van ernstige verwijtbaarheid.²¹ Dit volgt evenwel niet uit de wettekst van het in het verleden geldende art. 2:9 BW (oud) noch uit het huidige art. 2:9 BW. Integendeel, uit het huidige art. 2:9 BW blijkt namelijk dat de ernstigverwijtmaatstaf is gecodificeerd na de “tenzij”. Een letterlijke toepassing van het huidige art. 2:9 BW zou dus ertoe leiden dat de bestuurder dient te stellen en bewijzen dat géén sprake is van een ernstig verwijt (zie hierover de discussie weergegeven in hoofdstuk 8). Hoewel uit de wetsgeschiedenis van het huidige art. 2:9 BW

18. *Kamerstukken II* 1982/83, 17 725, nr. 3 (MvT), p. 57.

19. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 8-9.

20. *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. c (MvA), p. 5. In dat verband zou de bestuurder volgens de memorie van toelichting bij het huidige art. 2:9 BW bijvoorbeeld kunnen wijzen op de taakverdeling tussen bestuurders *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 8. Zoals hierna in par. 3.6 uiteengezet, is het gelet op het collegialiteitsbeginsel echter de vraag in hoeverre die taakverdeling daadwerkelijk relevant is, zeker wanneer het gaat over bestuurders van kapitaalvennootschappen (waar het collegialiteitsbeginsel van oudsher een nog fundamentele rol lijkt te spelen dan bij andere rechtspersonen waar art. 2:9 BW op van toepassing is).

21. Zie bijvoorbeeld: Asser/Maeijer 2-III 2000/321, waarin is omschreven dat voor de onmiskenbare tekortkoming in de bestuurszaak (waarmee werd bedoeld op onbehoorlijk bestuur ex art. 2:9 BW) “*ernstige verwijtbaarheid nodig is*” en dat de aanwezigheid daarvan “*door de eiseres-vennootschap zal moeten worden gesteld en aangetoond.*” Zie ook: Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/446 die hieraan toevoegden dat “*het niet nodig [is] dat bij aanwezigheid van meerdere bestuurders, die ernstige verwijtbaarheid voor elke bestuurder apart wordt gesteld en bewezen*”. Voorts stelden zij: “*Wanneer bij aanwezigheid van meerdere bestuurders ernstige verwijtbaarheid is komen vast te staan, dan moet deze tekortkoming ingevolge de gedachte van het collectief bestuur aan alle bestuurders (het bestuur) worden toegerekend. De tweede zin van art. 2:9 BW komt dan aan de orde. Er is aansprakelijkheid van ieder van de bestuurders voor het geheel (hoofdelijke aansprakelijkheid, zie art. 6:7 BW), tenzij deze zich weet te disculperen en voorts aantoont dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de tekortkoming af te wenden. [Daarvoor is] (...) voldoende dat een individuele bestuurder aantoont dat hem geen ernstig verwijt treft.*”

blijkt dat onbehoorlijk bestuur een ernstig verwijt vereist, laat diezelfde wetsgeschiedenis zien, zoals in par. 3.2 reeds genoteerd, dat dit uitgangspunt uitsluitend is gebaseerd op de wens van de wetgever om aan te sluiten bij de terminologie van de Hoge Raad in het arrest *Staleman/van de Ven*;²² en

- (ii) nadat onbehoorlijk bestuur is vastgesteld, de individuele bestuurder dient te stellen en bewijzen dat hij gedisciplineerd is.²³

De vraag of sprake is van (hoofdelijke) aansprakelijkheid van één of meer individuele bestuurders wordt dus per definitie vooraf gegaan door de vraag of sprake is van onbehoorlijke taakvervulling van een der bestuurders. Als sprake is van onbehoorlijke taakvervulling zijn in beginsel alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk. Deze hoofdelijke aansprakelijkheid sluit aan op de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor de collegiale taakvervulling (zie hierover par. 3.6).²⁴ De onbehoorlijke taakvervulling van een der bestuurders moet ingevolge de gedachte van het collectief bestuur namelijk aan het gehele bestuur worden toegerekend.²⁵ Daarna pas komt men toe aan de beoordeling van de individuele aansprakelijkheid van iedere bestuurder, althans als een individuele bestuurder een beroep doet op de disculpatiegrond. Dat moet die bestuurder op grond van de wet wel doen, wil hij kans maken om aansprakelijkheid te ontlopen. Kan hij zich van de in beginsel vastgestelde hoofdelijke aansprakelijkheid disculperen? Vooral uit het oogpunt van bewijslastverdeling is dit onderscheid van belang. In de eerste fase rust de bewijslast namelijk primair op de vennootschap c.q. curator en in de tweede fase op de bestuurder die moet aantonen dat hem geen (ernstig) verwijt treft op de wijze zoals is aangegeven in de tweede zin van art. 2:9 BW.²⁶ Daarvoor moet hij voldoen aan twee *cumulatieve* eisen. Hij moet volgens de huidige bepaling stellen en bewijzen dat:

- (i) het onbehoorlijk bestuur niet zag op zijn taken (de letterlijke tekst is dat de bestuurder “*mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt*”);²⁷ én
- (ii) hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling af te wenden.

22. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 8-9 en HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*).

23. Zie ook: Strik 2010, p. 47 die daarover echter schrijft dat de stelplicht en bewijslast “*op het ontbreken van de persoonlijke verwijtbaarheid*” expliciet op de gedaagde individuele bestuurder rust.

24. J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders* (diss. Groningen; Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 29), Deventer: Kluwer 1998, p. 70.

25. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/446.

26. Zie ook: F.J.P. van den Ingh in zijn noot bij Rb. Rotterdam 17 juni 1999, *JOR* 1999/244.

27. De term ‘ernstig verwijt’ is echter pas op 1 januari 2013 gecodificeerd en heeft praktisch geen betekenis in art. 2:9 BW (zie hoofdstuk 8 hierna) terwijl, zoals hierna in par. 3.6 uiteengezet, gelet op het collegialiteitsbeginsel met name bij kapitaalvennootschappen vraagtekens moeten worden geplaatst bij de relevantie van de taakverdeling.

Zoals hierna in par. 3.6.3, 3.6.4 en 3.8 zal worden toegelicht, komt deze stelplicht en bewijslast, die in de disculpatiefase op de bestuurder rust, in feite neer op de verplichting van deze bestuurder om aan te tonen dat hij heeft voldaan aan de op hem op grond van art. 2:9 BW rustende *verbintenissen* zijn taken *inhoudelijk* en *collegiaal* behoorlijk te vervullen, waaronder begrepen moet worden het nemen van maatregelen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling af te wenden. Als hij daarin slaagt, valt hem geen *gewoon* verwijt te maken en is hij niet aansprakelijk. Als hij daar niet in slaagt, valt hem wel een *gewoon* verwijt te maken van een tekortkoming in de op hem rustende verbintenis tot het behoorlijk vervullen van de bestuurstaak en is hij (hoofdelijk) aansprakelijk. De mate van schuld van de individuele bestuurder ten opzichte van zijn medebestuurders is dan niet meer relevant in het kader van de aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon (zie hierna par. 3.8), maar kan nog wel een rol spelen bij de onderlinge regresverhouding die tussen de bestuurders als hoofdelijke schuldenaren ontstaat. De bestuurder die ingevolge art. 2:9 BW aansprakelijk is tegenover de rechtspersoon en uit dien hoofde schadevergoeding heeft betaald, kan regres nemen op zijn hoofdelijk aansprakelijke medebestuurders voor het gedeelte van de schuld dat ieder van hen in hun onderlinge verhouding aangaat, zo volgt uit art. 6:10 lid 1 BW. Art. 6:102 lid 1 jo. art. 6:101 lid 1 BW geeft voor het bepalen van die onderlinge verhouding een richtsnoer.²⁸

3.5 Eenmansbestuur: geen disculpatie behoudens belet of ontstentenis

Een logische consequentie van de systematiek van art. 2:9 BW en de daarin opgenomen cumulatieve eis voor het doen van een geslaagd beroep op het disculpatieverweer is dat, wanneer eenmaal onbehoorlijke taakvervulling is vastgesteld, de *enige* bestuurder van een rechtspersoon zich per definitie niet kan disculperen.²⁹ Hij kan namelijk nooit aantonen dat de onbehoorlijke taakvervulling niet zag op zijn taken en hij niet nalatig is geweest in het treffen van

28. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/202. Zie voor aansprakelijkheid ex art. 2:138/248 BW voorts: Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 1063 en de verwijzing naar Rb. Arnhem 27 april 2011, *JOR* 2012/2 (*Welling/Spaan*) en Rb. Rotterdam 31 augustus 2011, *JOR* 2012/3 m.nt. C.M. Harmsen (*Smelik/De Regt*). Zie ook: Van Zeben, Belifante & Van Ewijk 1962, *PG Boek 2 BW*, p. 138, 436 en 541: “*de mate van ieders schuld is slechts van belang bij het onderling verhaal als één van hen de gehele schuld heeft voldaan*”.

29. Zie ook: Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 220 die kort gezegd schrijven dat wanneer bij een eenhoofdig bestuur onbehoorlijk bestuur wordt vastgesteld, niet aan de disculpatievraag wordt toegekomen.

maatregelen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling af te wenden.³⁰ Dit is mijns inziens slechts anders indien – net zoals bij een meerhoofdig bestuur, waarover hierna in par. 3.6.4 meer – sprake is van belet aan de zijde van deze bestuurder in de periode dat de onbehoorlijke taakvervulling is ontstaan én dit belet voortduurt gedurende de periode dat deze bestuurder maatregelen had kunnen nemen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling te voorkomen. Door belet maakt de bestuurder namelijk *de facto* (niet *de iure*)³¹ tijdelijk geen deel uit van het bestuursorgaan en dat vormt een belangrijk disculpatieverweer. Van belet is sprake in geval een bestuurder tijdelijk zijn functie niet mag uitoefenen (zoals bij schorsing van de bestuurder) of kan uitoefenen (zoals bij langdurige ziekte of verblijf in het buitenland). Van ontstentenis is sprake als een vacature ontstaat in het bestuur (bijvoorbeeld door ontslag, het neerleggen van de functie of overlijden).³² In dat geval maakt de bestuurder ook *de iure* geen deel meer uit van het bestuur. Belet of ontstentenis kan in een situatie van een eenmansbestuur naar mijn mening alleen maar het gevolg zijn van overmacht, zoals plotselinge ziekte, overlijden of enige andere oorzaak die ook in het verbintenissenrecht ex art. 6:75 BW als overmacht zou kwalificeren (zie par. 3.8 hierna).³³

30. Zie ook: Rb. Amsterdam 17 maart 2010, *JOR* 2011/38 m.nt. W.J.M. van Anel (*Univac*), r.o. 4.3: “Aangetekend zij in dit verband dat Univac in de betreffende periode de enige statutair bestuurder was, zodat de disculpatiemogelijkheid van artikel 2:9 BW niet aan de orde is”.

31. Het begrip ‘belet’ heeft niet een vastomlijnde wettelijke betekenis in de zin dat de wetgever uitputtend heeft omschreven wanneer sprake is van belet. Zie ook: *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3 (MvT), p. 95: “Het begrip «belet» laat daarentegen wel ruimte voor onduidelijkheid.” Om die reden is goed te betogen dat in het geval dat een bestuurder wordt overstemd of hem een rad voor de ogen wordt gedraaid door medebestuurders, gesproken zou kunnen worden van ‘belet’ aan de zijde van deze bestuurder althans van omstandigheden die vergelijkbaar zijn met een situatie van belet. Belet zorgt er echter niet voor dat de bestuurder niet meer formeel deel uitmaakt van het bestuursorgaan, maar dus wel materieel.

32. Lennarts 2015, *T&C Boek 2 BW*, art. 2:244 lid 4 BW, aant. 4. Zie voorts: *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3 (MvT), p. 94-95.

33. Bij een eenmansbestuur vormt verblijf in het buitenland mijns inziens per definitie geen belet. Als enig bestuurder heeft hij immers de taak om ook dan ervoor te zorgen dat de taken van het bestuur behoorlijk worden vervuld (nog daargelaten het feit dat met alle mogelijke communicatiemiddelen van het hedendaagse tijdperk sowieso de vraag kan worden gesteld in hoeverre vakantie/verblijf in het buitenland bij een meerhoofdig bestuur daadwerkelijk een grond voor belet kan vormen). Het neerleggen van de functie door een bestuurder die tevens enig aandeelhouder is zonder dat hij heeft voorzien in opvolging zal naar mijn mening de bestuurder voorts bezwaarlijk kunnen ontslaan van aansprakelijkheid als gevolg van onbehoorlijke taakvervulling in de periode dat de rechtspersoon ‘bestuurloos’ is. In geval van faillissement zou dat in ieder geval leiden tot misbruik als bedoeld in art. 2:138/248 BW in welk geval de enig aandeelhouder/voormalig bestuurder als feitelijk beleidsbepaler in de zin van lid 7 van die bepaling aansprakelijk zal kunnen zijn.

3.6 Meerhoofdig bestuur: collectieve verantwoordelijkheid en het collegialiteitsbeginsel

3.6.1 Inleiding

Bij een meerhoofdig bestuur is het uitgangspunt van art. 2:9 BW dat bestuurders collectief verantwoordelijk en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, behoudens de mogelijkheid van disculpatie. Deze collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid zijn een uitwerking van het zogenoemde collegialiteitsbeginsel (en sluiten daarop aan)³⁴ op grond waarvan bestuurders van een meerhoofdig bestuur gehouden zijn collegiaal bestuur te voeren. Aan het collegialiteitsbeginsel is dus in beginsel een hoofdelijke aansprakelijkheid voor onbehoorlijk bestuur van alle bestuurders verbonden.³⁵ De onbehoorlijke taakvervulling van één der bestuurders moet aan het gehele bestuur worden toegerekend.³⁶ De gedachte daarachter is dat de hoofdlijnen van het bestuursbeleid steeds moeten berusten op beslissingen van het hele bestuur.³⁷

Het collegialiteitsbeginsel en het beginsel van collectieve verantwoordelijkheid³⁸ is diep geworteld in ons recht. Dit blijkt allereerst uit de uiterst summiere parlementaire geschiedenis van art. 2:9 BW (oud, voorheen 2:8 BW) die dateert van 1962, waarin ten aanzien van deze bepaling slechts het volgende werd opgemerkt:

“Het ontwerp aanvaardt als algemeen beginsel, dat wanneer twee personen schuld aan het veroorzaken van schade hebben, zij hoofdelijk aansprakelijk worden; de mate van ieders schuld is slechts van belang bij het onderling verhaal als één van hen de gehele schuld heeft voldaan: de benadeelde

34. Wezeman 1998, p. 70.

35. Van der Heijden/Dortmond, *Handboek NV/BV* 2013/233.

36. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/446.

37. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/194. Zie bijvoorbeeld ook: Pitlo/Löwensteyn 1986, p. 76, herhaald in Pitlo/Löwensteyn & Raaijmakers 1994, p. 71; Sanders/Westbroek/Buijn/Storm 1994, *BV en NV*, p. 165; Slagter 1993, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 61.

38. Die collectieve verantwoordelijkheid brengt overigens niet met zich dat steeds alle bestuurders gezamenlijk moet worden aangesproken en dat een beroep op de *Exceptio plurium litis consortium* (leidende tot niet-ontvankelijkheid als niet alle bestuurders tegelijkertijd worden gedagvaard) zou kunnen slagen. Zie ook: Rb. Rotterdam 17 juni 1999, *JOR* 1999/244 m.nt. F.J.P. van den Ingh en Rb. Alkmaar 5 augustus 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BJ5272. Zie voorts: Huizink 2016, *GS Rechtspersonen*, art. 2:248 BW, aant. 11.2. In het verleden nog anders: Rb. Zwolle 14 april 1993, *TVVS* 1993, p. 182 m.nt. L. Timmerman.

*hoeft zich niet te verdiepen in de mate van schuld van een ieder die jegens hen aansprakelijk is. Er bestaat geen reden, waarom dit beginsel niet eveneens op de aansprakelijkheid van bestuurders ener vereniging zou worden toegepast.*³⁹

In de toelichting wordt gesproken over de vereniging, maar deze (enige) toelichting geldt voor alle rechtspersonen omdat bij de invoering van het huidige BW de bepalingen voor (coöperatieve verenigingen) en vennootschappen zijn geschrapt en zijn samengevoegd in het huidige art. 2:9 BW.⁴⁰

Dat het collegialiteitsbeginsel en het beginsel van collectieve verantwoordelijkheid diep geworteld is in ons recht blijkt echter beter uit de memorie van antwoord bij art. 2:138/248 BW. Daarin gaf de Minister antwoord op Kamervragen over het verschil tussen enerzijds art. 2:8 BW (oud, thans art. 2:9 BW), dat sprak over de taakvervulling van ‘de bestuurder’, en anderzijds het toen voorgestelde art. 2:138/248 BW, dat sprak over onbehoorlijke taakvervulling van ‘het bestuur’. De Minister antwoordde dat ook al spreekt art. 2:8 BW (oud) van een gehoudenheid van iedere individuele bestuurder tot behoorlijke taakvervulling, daarmee uiteraard niet wordt ontkend dat ook het bestuur als geheel tot een dergelijke behoorlijke taakvervulling gehouden is. In de theorie wordt het beginsel van de collectieve verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van het bestuur voor het bestuursbeleid aangenomen. Die beleidsbepaling is steeds een aangelegenheid die, in de woorden van art. 2:8 BW (oud), tot de werkring van alle bestuurders behoort. In het voorgestelde art. 2:138/248 BW wordt op die gedachtegang voortgebouwd en uitdrukkelijk uitgegaan van collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur. Het gaat hier om een “*fundamenteel en waardevol beginsel van vennootschapsrecht*” dat steun verdient, aldus de Minister.⁴¹ Met name bij kapitaalvennootschappen is in de literatuur veel aandacht gegeven aan dit beginsel. Van oudsher werd aangenomen dat een meerhoofdig bestuur van een kapitaalvennootschap als college van gezamenlijke bestuurders de bestuurstaken uitoefent en daarvoor collectieve verantwoordelijkheid draagt.⁴² Daarom zou een taakverdeling, voor wat betreft de uitoefening van de bestuurstaak *bij de NV en de BV*, op zichzelf niet ertoe kunnen leiden dat (i) een aangelegenheid niet tot de werkzaamheid van een bestuurder behoort en (ii) geen sprake zou zijn van (hoofdelijke) aansprakelijkheid.⁴³

39. Van Zeben, Belifante & Van Ewijk 1962, *PG Boek 2 BW*, p. 138, 436 en 541.

40. Hetgeen blijkt uit voornoemde parlementaire geschiedenis. Zie voorts par. 3.2 hiervoor.

41. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 36.

42. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/417. Van der Heijden/Dortmond, *Handboek NV/BV* 2013/233.

43. Asser/Maeijer 2-III 2000/321 onder verwijzing naar Rb. Rotterdam 17 juni 1999, *JOR* 1999/244 m.nt. F.J.P. Van den Ingh. Herhaald in: Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/445.

Hoewel art. 2:9 BW (oud) sprak van een werkring en thans spreekt van een taakverdeling, behoort een aangelegenheid bij de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap altijd tot de werkring van alle bestuurders en moet derhalve altijd van een hoofdelijke aansprakelijkheid worden uitgegaan.⁴⁴ Ik kom in paragraaf 3.6.5 terug op de vraag in hoeverre het wenselijk is dat dit zou moeten gelden voor *alle* rechtspersonen.

Timmerman noemde de collegialiteit van het bestuur – dat volgens hem haar oorsprong heeft in het Nederlandse consensus-denken – als één van de beginselen van het huidige ondernemingsrecht.⁴⁵ Dat aan de wet het beginsel van collegiaal bestuur ten grondslag ligt, komt volgens Kroeze onder meer tot uitdrukking in de vertegenwoordigingsregelingen voor de verschillende rechtspersonen.⁴⁶ Verdam schreef verder dat collegiaal bestuur van de rechtspersoon een van de uitgangspunten is in ons recht.⁴⁷ De memorie van toelichting bij het huidige art. 2:9 BW vermeldt tot slot dat het rechtspersonenrecht van oudsher onderscheid maakt tussen gezamenlijke verantwoordelijkheid en individuele aansprakelijkheid. Verantwoordelijkheid is de opmaat voor de regeling van de aansprakelijkheid en het beginsel van collectief bestuur leidt ertoe dat alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor onbehoorlijk bestuur, ook als een kwestie tot de taak van een bepaalde bestuurder behoort.⁴⁸ In de memorie van antwoord bij het huidige art. 2:9 BW is voorts uiteengezet: “*Aansprakelijkheid van alle bestuurders treedt in beginsel op indien onbehoorlijk bestuur van één of meer bestuurders is aangetoond. Dit hangt samen met de collectieve verantwoordelijkheid van de bestuurders.*”⁴⁹

3.6.2 *Het algemene en financiële beleid*

Het collegialiteitsbeginsel, de collectieve verantwoordelijkheid en de hoofdelijke aansprakelijkheid komen in ons rechtspersonenrecht het meest duidelijk terug in het gegeven dat – ook al zijn taken gedelegeerd aan specifieke bestuurders – er besluiten van het bestuur zijn die vanwege hun belang of verstrekkendheid tot de werkring van het bestuur als college behoren. Genoemd kunnen worden: het algemene beleid, het financiële beleid, de strategie, alsook transacties, overnames, afstoting en samenwerkingsverbanden van relatief grote

44. P.J. Dortmond, ‘Misbruik van rechtspersonen’, in: L. Timmerman e.a. (red.), *Piercing van Schilfgaarde* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 9), Deventer: Kluwer 1990, p. 17.

45. Timmerman 2009a, nr. 28-29.

46. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/194.

47. A.F. Verdam, ‘Van collegiaal bestuur, bestuursbesluiten, aantastbaarheid en delegatie, en het besluit van een bestuurslid onder het nieuwe artikel 2:129a lid 3’, *Ondernemingsrecht* 2013/102.

48. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 8.

49. *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. c (MvA), p. 5.

waarde of die anderszins aanzienlijke implicaties hebben voor het algemene en/of financiële beleid of de strategie.⁵⁰ Iedere bestuurder wordt geacht verantwoordelijkheid te dragen voor het algemene en financiële beleid. De daarmee samenhangende hoofdelijke aansprakelijkheid wordt dan ook wel beschouwd als een element van risicoaansprakelijkheid dat een punitief karakter heeft.⁵¹

De met de collectieve verantwoordelijkheid verbonden hoofdelijke aansprakelijkheid van het bestuur van de rechtspersoon komt duidelijk terug in de wetsgeschiedenis van art. 2:138/248 BW dat van toepassing is op kapitaalvennootschappen en dat ex art. 2:50a en 2:300 BW ook van toepassing is op commerciële verenigingen en commerciële stichtingen. De betekenis van de termen ‘(on)behoorlijke taakvervulling’ en ‘(on)behoorlijk bestuur’ heeft met name in die wetsgeschiedenis nader vorm gekregen (zie par. 3.7). Uit die wetsgeschiedenis blijkt dat art. 2:138/248 BW steunt op de gedachte dat een bestuurder moet instaan voor zijn kwaliteiten als zodanig en dat elke bestuurder, ongeacht de interne taakverdeling binnen het bestuur en zijn plaats daarin, voor het financiële beleid en de preventie van onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een gelijke verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid heeft. Deze aansprakelijkheid is dan ook een hoofdelijke, met dien verstande dat een mogelijkheid tot individuele disculpatie bestaat.⁵² Die hoofdelijke aansprakelijkheid heeft altijd centraal gestaan. Bij de behandeling van het wetsontwerp werd uitdrukkelijk opgemerkt: “*Uit die collectieve verantwoordelijkheid voor het financiële beleid vloeit een hoofdelijke aansprakelijkheid voort.*”⁵³

In de Landis-uitspraak heeft de rechtbank geoordeeld dat het algemene beleid en het financiële beleid tot de kerntaken van het gehele bestuur van een vennootschap behoren. Een (informele) taakverdeling, waarbij het acquisitiebeleid is toebedeeld aan een bestuurder en het financiële beleid aan een andere bestuurder, brengt dan ook niet zonder meer mee dat andere bestuurders zich kunnen disculperen, louter omdat zij andere taken hadden (dit is in het huidige art. 2:9 BW ook wettelijk vastgelegd doordat daarin is omschreven dat iedere bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor het algemene beleid). Ondanks die taakverdeling mag van een bestuurder van een vennootschap worden verwacht dat hij zich rekenschap geeft van de feiten en omstandigheden die van belang zijn voor (de gerechtvaardigdheid van) voorgenomen besluiten op het

50. Verdam 2013, par. 2.

51. Strik 2010, p. 85 en Hof Amsterdam 21 september 2010, *JIN* 2010/783 m.nt. Van den Berg (*Stichting Freule Lauta van Aysma*), punt 4 van de noot.

52. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 19.

53. *Handelingen II*, 29 augustus 1985, p. 6344, tevens aangehaald in Rb. Alkmaar 5 augustus 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BJ5272.

vlak van de genoemde kerntaken en dat hij zich op grond daarvan een weloverwogen oordeel vormt als basis voor de besluitvorming die daarover in bestuursverband plaatsvindt. Daarbij past dat, indien de daartoe benodigde informatie feitelijk (vooral) van een medebestuurder afkomstig is, de bestuurder zich jegens die medebestuurder kritisch opstelt en hem zo nodig, ten behoeve van de eigen oordeelsvorming, in detail bevraagt omtrent de genoemde feiten en omstandigheden. In het geval van een grote onderneming, zoals Landis, mag daarbij van een bestuurder zonder financiële achtergrond worden verwacht dat hij zich verdiept in bedrijfseconomische basisprincipes die voor de onderneming relevant zijn. Daarbij kan een bestuurder zich, behalve door de financieel onderlegde bestuurder, ook door een deskundige derde laten voorlichten, bijvoorbeeld door de accountant van de onderneming.⁵⁴

Het Hof Arnhem-Leeuwarden wees enige tijd geleden in verband met de tweede volzin van art. 2:9 BW (oud, vanaf ‘tenzij’) erop dat bij een meerhoofdig bestuur een eventuele taakverdeling tussen bestuurders niet wegneemt dat het algemene beleid van een rechtspersoon, waartoe met name ook het financiële beleid behoort, inclusief het bepaalde in art. 2:10 BW, een zaak is van het gehele bestuur. Iedere bestuurder draagt daarvoor verantwoordelijkheid, zodat bij een meerhoofdig bestuur geen grond bestaat voor een succesvol beroep op individuele disculpatie indien – zoals in casu het geval was – sprake is van een schending door het bestuur van de verplichting ex art. 2:10 BW. De door een individuele bestuurder in deze zaak aangevoerde opvatting dat voor aansprakelijkheid moet vaststaan ‘wie, wat, op welk moment’ heeft gedaan, vindt volgens het hof Arnhem-Leeuwarden geen steun in het recht. Ook het feit dat de bestuurder niets heeft geweten van onregelmatigheden, kan hem niet ontslaan van zijn verplichting ex art. 2:10 BW en van zijn plicht tot adequaat toezicht en controle op de administratievoering.⁵⁵

Ook de Rechtbank Midden-Nederland⁵⁶ overwoog enige tijd geleden dat het voeren van een deugdelijke administratie, alsook de eventuele verplichting tot het opmaken van een jaarrekening,⁵⁷ behoren tot de kerntaken van het bestuur

54. Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, *JOR* 2013/237 m.nt. U.B. Verboom (*Landis*), r.o. 9.19.5.

55. Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, *JOR* 2015/32 m.nt. M. Holtzer (*Meepo*), r.o. 3.7, 3.8 en 3.31, onder verwijzing naar Hof Leeuwarden 22 september 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BJ8485, r.o. 9.3 en Hof Amsterdam 12 juni 2012, *JOR* 2012/348 (*Nederlandse Rode Kruis*), r.o. 3.3.2.

56. Rb. Midden-Nederland 30 april 2014, *JOR* 2014/291 m.nt. W.J.M. van Andel (*Stichting Daidalos*), r.o. 5.15.

57. In dit geval ging het om een stichting waarvan het bestuur, op grond van de Regeling Verslaggeving Wet Toelating Zorginstellingen en op grond van de statuten van de stichting, verplicht was een jaarrekening op te maken conform Titel 9 van Boek 2 BW.

van een rechtspersoon. Met het niet nakomen van deze verplichtingen staat, aldus de rechtbank, in beginsel vast dat “*het bestuur collectief een ernstig verwijt kan worden gemaakt zodat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling.*”

De *collegiale* taakvervulling moet ertoe leiden dat bestuurders tot wier takenpakket een bepaalde beoogde transactie in beginsel niet behoort, zich actief met die transactie gaan bemoeien (en zo nodig maatregelen treffen) indien die transactie gevolgen kan hebben voor het algemene en het financiële beleid en/of het voortbestaan van de rechtspersoon in gevaar kan brengen.⁵⁸ Een dergelijk gedrag past ook bij de objectieve eis van de maatman-bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze taak nauwgezet vervult (zie par. 3.7.7). Ik zou menen dat niet alleen maar transacties die tot de ondergang van de onderneming zouden kunnen leiden per definitie tot de werkring van iedere bestuurder behoren, maar dat ditzelfde heeft te gelden voor andere transacties die ‘serieuze’ implicaties (kunnen) hebben voor de rechtspersoon.⁵⁹ Volgens art. 2:107a en art. 2:207a BW moet toestemming worden gevraagd aan de aandeelhouders voor het nemen of afstoten van een deelneming ter waarde van ten minste een derde van de activa van de rechtspersoon. Gelet hierop zouden vergelijkbare transacties (maar ook minder grotere), die het voortbestaan van de rechtspersoon niet per definitie op het spel zetten, mijns inziens behoren tot de verantwoordelijkheid van *alle* bestuurders.

3.6.3 *Spanningsveld tussen collegialiteitsbeginsel en taakverdeling: een onderscheid tussen ‘inhoudelijk (on)behoorlijke taakvervulling’ en ‘collegiaal (on)behoorlijke taakvervulling’*

Ondanks de hoofdelijke aansprakelijkheid voorziet art. 2:9 BW nog steeds duidelijk in de mogelijkheid dat taken kunnen worden verdeeld tussen de bestuurders.⁶⁰ Een dergelijke taakverdeling is overigens vaak nodig om de onderneming op professionele en efficiënte wijze te kunnen aansturen en monitoren, mede omdat bestuurders vaak vanwege hun individuele kennis en deskundigheid worden benoemd.⁶¹ Kroeze wees in dit verband erop dat de

58. Vgl. Rb. Rotterdam 17 juni 1999, *JOR* 1999/244 m.nt. F.J.P. van den Ingh, waarin werd overwogen dat transacties die het voortbestaan van de vennootschap in reël gevaar brengen tot de werkring van in ieder geval die bestuurders moet worden gerekend die van de plannen om zulke transacties aan te gaan, kennis dragen. Van hen mag worden verwacht dat zij de uitvoerders van die plannen kritisch volgen en zo nodig maatregelen treffen om de ondergang van de vennootschap te voorkomen.

59. Vgl. Verdam 2013, par 2.

60. Van der Heijden/Dortmond, *Handboek NV/BV* 2013/233.

61. Y. Borrius, ‘Taakverdeling en aansprakelijkheid binnen bestuur en raad van commissarissen’, in: M. Lückerath-Rovers, B. Bier, H. van Ees e.a. (red.), *Jaarboek Corporate Governance 2012*, Deventer: Kluwer 2012, par. 8.4.1.

interne organisatie van in ieder geval grote ondernemingen onvermijdelijk meebrengt dat verantwoordelijkheden en bevoegdheden zijn verdeeld over een groot aantal personen binnen die organisatie.⁶² In de wetsgeschiedenis en de literatuur wordt hierover gesteld dat die taakverdeling weliswaar niet afdoet aan de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur (en dus naar zou mogen worden aangenomen: de hoofdelijke aansprakelijkheid), maar wel een rol zou kunnen spelen bij de individuele disculpatie.⁶³ Dit doet de vraag rijzen wat nu precies de verhouding is tussen enerzijds het collegialiteitsbeginsel en de daarmee samenhangende collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid en anderzijds de mogelijkheid om taken te verdelen. Hiertussen kan een zeker spanningsveld bestaan.⁶⁴

Over dit spanningsveld merkte Timmerman op dat het beginsel van de collegiale besluitvorming en de daarbij passende hoofdelijke aansprakelijkheid de laatste jaren aan erosie onderhevig is omdat meer ruimte is gekomen voor taakverdelingen binnen het bestuur, die daarbij een toenemend gewicht krijgen voor de inperking van de aansprakelijkheid van de individuele bestuurder. Niettemin blijft volgens Timmerman collectieve verantwoordelijkheid voor het bestuursbeleid het uitgangspunt en dat moet zijns inziens ook zo blijven.⁶⁵ Hoewel een eventueel beroep op een bestaande taakverdeling volgens Timmerman en Schild een rol kan spelen als een bestuurder zich wil disculperen, blijft collectieve verantwoordelijkheid voor het gevoerde beleid volgens hen evenwel het uitgangspunt.⁶⁶ Ook Maeijer schreef dat een zekere taakverdeling bij de uitoefening van de bestuurstaak op zichzelf niet ertoe kan leiden dat een aangelegenheid daarom niet tot de werkzaamheid van een bestuurder behoort, zodat van zijn (hoofdelijke) aansprakelijkheid geen sprake zou kunnen zijn. Een taakverdeling zou

62. M.J. Kroeze, 'Collectieve schadevergoedingsacties van aandeelhouders', in: H. Beckman, L. Timmerman, J. Wezeman e.a. (red.), *De nieuwe macht van de kapitaalverschaffer* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 57), Deventer: Kluwer 2007, p. 86, aangehaald door Wezeman 2010, par. 5.

63. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 8; Asser/Maeijer 2-III 2000/321 onder verwijzing naar Rb. Rotterdam 17 juni 1999, *JOR* 1999/244 m.nt. F.J.P. Van den Ingh, herhaald in: Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/445; A.J.P. Schild & L. Timmerman, 'Het nieuwe art. 2:9 BW, uitgelegd voor gewone bestuurders', *WPNR* 2014/7011, p. 270-274; Borrius 2012, par. 8.5.2; Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 231 e.v. en 1030 e.v.; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/194.

64. Gelet op hetgeen ik in de vorige paragraaf heb uiteengezet, bestaat dat spanningsveld naar mijn mening in ieder geval niet waar het betreft het algemene en financiële beleid omdat die taken, zoals daar uiteengezet, sowieso tot de verantwoordelijkheid van iedere bestuurder blijven behoren, ondanks een taakverdeling.

65. Timmerman 2009a, nr. 28-29.

66. Schild & Timmerman 2014.

HOOFDSTUK 3

volgens Maeijer alleen een rol kunnen spelen bij de individuele disculpatie.⁶⁷ Op de vraag op welke wijze de taakverdeling een rol speelt bij disculpatie gaan Maeijer, Schild en Timmerman echter niet in. Ik kom hier later in par. 3.6.5 op terug.

Sanders en Westbroek meenden in het kader van art. 2:9 BW (oud) dat niet te snel moet worden aangenomen dat een bepaalde aangelegenheid niet tot de werkring van een bestuurder behoort. Anderzijds zou men volgens Sanders en Westbroek moeten aanvaarden dat een zekere beperking naar werkring moet bestaan, omdat anders op de bestuurder een niet te dragen last wordt gelegd.⁶⁸

Wezeman ging nog een stap verder. Hij vroeg zich af of het in art. 2:9 BW (oud) verankerde beginsel van de collectieve en hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders wel zo heilig moet zijn. Vóór de inwerkingtreding van het huidige art. 2:9 BW pleitte hij ervoor de aansprakelijkheidspositie van een bestuurder te verzachten door in art. 2:9 lid 2 BW te bepalen dat hij alleen aansprakelijk is indien hem een ernstig verwijt treft van onbehoorlijke vervulling van *zijn* taken. De bestuurder kan zich dan zonder meer op een wettelijke en (directe of indirecte) statutaire taakverdeling beroepen. Dat leek hem zeker billijk in een monistisch bestuursmodel waar de verschillen in beloning tussen de uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders groot kunnen zijn. De regel dat een bestuurder behoudens disculpatie ook aansprakelijk is voor onbehoorlijk bestuur van medebestuurders, zou dan kunnen worden geschrapt.⁶⁹

Strik zette in dit verband uiteen dat volgens haar uit de wetsgeschiedenis van de voorlopers van art. 2:9 BW, zijnde het in 1925 ingevoerde art. 31 Wet op de Coöperatieve Vereeniging (oud) en het in 1929 ingevoerde art. 47c WvK (oud), valt af te leiden dat het beginsel van collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid niet heeft te gelden voor taken die niet behoren tot de werkring van individuele bestuurders. Als een taak niet behoort tot de werkring van de betrokken bestuurder, is hij per definitie niet aansprakelijk en komt men niet toe aan de disculpatievraag, aldus Strik.⁷⁰ Als deze visie gevolgd zou worden, maar het collegialiteitsbeginsel gehandhaafd zou moeten worden, dan zou men moeten aannemen dat het collegialiteitsbeginsel *de facto* weliswaar een verantwoordelijkheid legt op de individuele bestuurders, maar dat deze verantwoordelijkheid niet steeds leidt tot een in beginsel aan te nemen hoofdelijke aansprakelijkheid behoudens de mogelijkheid van disculpatie.

67. Asser/Maeijer 2-III 2000/321 onder verwijzing naar Rb. Rotterdam 17 juni 1999, *JOR* 1999/244 m.nt. F.J.P. Van den Ingh. Herhaald in Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/445; Schild & Timmerman 2014; Borrius 2012, par. 8.5.2; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/194.

68. Sanders/Westbroek/Buijn/Storm 2005, *BVen NV*, p. 181.

69. Wezeman 2010, p. 93 e.v.

70. Strik 2010, p. 87 e.v.

Hiermee wordt een spanningsveld tussen de taakverdeling en het collegialiteitsbeginsel voorkomen. Ik meen dat de (vanuit rechtspolitiek) te verdedigen visie van Strik echter (rechtstheoretisch) niet past bij de wetsgeschiedenis van art. 2:8 BW (oud) en het huidige art. 2:9 BW. Daaruit volgt namelijk dat wanneer een bestuurder waarneemt dat een medebestuurder zijn taken niet goed vervult en daardoor onbehoorlijk bestuur dreigt, hij zal moeten ingrijpen, ook wanneer de desbetreffende taak aan de medebestuurder is toebedeeld.⁷¹

Ik ben de mening toegedaan dat geen spanningsveld bestaat tussen het collegialiteitsbeginsel en de mogelijkheid om binnen het bestuur taken te verdelen, taken te delegeren of een portefeuillevverdeling te hanteren. Om dat toe te lichten moet het collegialiteitsbeginsel nader onder de loep worden genomen. In dat verband verwijs ik allereerst naar Verdam die mijns inziens een heldere visie heeft verwoord. Hij betoogde in 2013 dat collegiaal bestuur bestaat uit een pijler van gezamenlijke besluitvorming en een pijler van bestuurlijk toezicht op gedelegeerde bevoegdheden.⁷²

De pijler van besluitvorming uit zich onder meer in de hoofdregel dat van de besluitvorming in het bestuur geen bestuurder kan worden uitgesloten. Het bestuurderschap bestaat namelijk in de participatie aan deze besluitvorming, zij het dat bij kapitaalvennootschappen een bestuurder met een tegenstrijdig belang in beginsel niet aan de besluitvorming mag deelnemen.⁷³

De pijler van bestuurlijk toezicht uit zich onder meer in het gegeven dat ook een bestuurslid dat door het bestuur met specifieke bestuurstaken is belast, onderworpen blijft aan het gezag van het bestuur. Dat gezag brengt mee dat het bestuur als college kan vorderen dat over een kwestie die in beginsel tot de portefeuille van een individuele bestuurder behoort, door het bestuur als college wordt beslist en dat het bestuur de bevoegdheid heeft een taak naar zich toe te trekken, in afwijking van eerder gemaakte afspraken over de verdeling van de taken.⁷⁴ De aan de individuele bestuurder toevertrouwde taken blijven immers onder het gezag en de verantwoordelijkheid van het bestuur vallen. Daarmee

71. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 8. Zie ook: *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. c (MvA), p. 5: “Aansprakelijkheid van alle bestuurders treedt in beginsel op indien onbehoorlijk bestuur van een of meer bestuurders is aangetoond. Dit hangt samen met de collectieve verantwoordelijkheid van de bestuurders.”

72. Verdam 2013.

73. Van der Heijden/Dortmond, *Handboek NV/BV* 2013/233.

74. *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. c (MvA), p. 15-16. Volgens Verdam geldt dat ook in de situatie van art. 2:129a lid 3 BW, gezien de verantwoordelijkheid van de medebestuurders voor een bestuursbesluit genomen op grond van deze bepaling. Zie ook: *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. c (MvA), p. 23.

samenhangend heeft het bestuur de bevoegdheid instructies te geven aan de afzonderlijke bestuurders over de wijze waarop de hun opgedragen taak moet worden vervuld. Daaruit vloeit voort dat het de taak is van het bestuur als college het gezag of het toezicht uit te oefenen op de vervulling van de taken door de afzonderlijke bestuurders en de vervulling daarvan te coördineren, met inbegrip van uitwisseling van informatie. De pijler van het bestuurlijk toezicht stelt het bestuurscollege in staat grip te houden op de uitoefening van de gedelegeerde bevoegdheden en op de aan individuele bestuurders toevertrouwde taken, en waar nodig de bemoeienis van het bestuurscollege te intensiveren.⁷⁵

De gedachte van collegiaal toezicht komt echter al veel eerder terug in de literatuur. Löwensteyn en Raaijmakers zetten in 1986 al uiteen dat op het bestuur de taak rust het beleid van de afzonderlijke bestuurders te coördineren. Coördineren vereist overleg, het nemen van algemene beleidsbeslissingen en het houden van toezicht op de naleving daarvan. Schiet het bestuur daarin tekort, dan is sprake van een tekortkoming in een aangelegenheid die tot de werkring van alle bestuurders behoort. Voor nalatigheid en fouten op het punt van coördinatie van het beleid waren volgens Löwensteyn en Raaijmakers dus alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk. Overigens is hier geen sprake van een hoofdelijke aansprakelijkheid zonder meer, maar van een omkering van de bewijslast. De bestuurder kan zich disculperen.⁷⁶ Hij zal daartoe wel moeten aantonen dat hij voldoende ‘sociale controle’ op zijn medebestuurder heeft uitgeoefend.⁷⁷ In een bestuurscollege is men nu eenmaal tot op zekere hoogte medeaansprakelijk voor het handelen van anderen die daarvan deel uitmaken.⁷⁸

Borrius spreekt in dit verband van ‘*collegiaal toezicht*’ en maakt nog het nuttige onderscheid tussen toezicht op de structuur en organisatie en de wijze waarop een taak feitelijk wordt uitgevoerd (‘*inhoudelijk toezicht*’). Het eerste element, collegiaal toezicht, heeft betrekking op de persoon van de uitvoerende bestuurder (voldoende gekwalificeerd, geen signalen van disfunctioneren), de omvang van de aan hem toevertrouwde taken (voldoende duidelijk omschreven, afbakening ten opzichte van niet gedelegeerde taken) en de controle op de taakuitoefening (rapportage uitvoerende bestuurder). Het tweede element, inhoudelijk toezicht, betekent dat de collega-bestuurders of toezichthouders

75. Verdam 2013, par 3. Bij dit ‘bestuurlijk toezicht’ mag het bestuur overigens in het algemeen voor een groot deel afgaan op de juistheid van hetgeen aan hem wordt gerapporteerd. Zie hierover: M. Mussche, *Vertrouwen op informatie bij bestuurlijke taakvervulling* (diss. Rotterdam; Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 83), Deventer: Kluwer 2011.

76. Pitlo/Löwensteyn 1986, p. 76, herhaald in Pitlo/Löwensteyn & Raaijmakers 1994, p. 72.

77. Slagter 1993, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 61.

78. Pitlo/Löwensteyn & Raaijmakers 1994, p. 290.

kennis moeten nemen van hetgeen hun wordt gemeld en dat zij, waar nodig, corrigerend optreden. Een bestuurder c.q. toezichthouder draagt zo verantwoordelijkheid voor zijn eigen bestuurs- of toezichtsfunctie én voor het gezamenlijke bestuur of toezicht. Hierdoor wordt zogenoemd ‘kolommengedrag’, waar elke bestuurder zich louter bezig houdt met de aan hem toebedeelde deeltaak, voorkomen.⁷⁹

In verband met de verplichting toezicht te houden op medebestuurders, is nog van belang stil te staan bij de wetsgeschiedenis van art. 2:139a/239a lid 3 BW. Hierin is geregeld dat bij of krachtens de statuten kan worden bepaald dat een bestuurder rechtsgeldig kan besluiten omtrent zaken die tot zijn taak behoren, waarmee wordt afgeweken van het uitgangspunt dat bestuursbesluiten uitsluitend door het bestuur als collectief orgaan kunnen worden genomen. De memorie van toelichting hierbij vermeldt dat als gebruik wordt gemaakt van deze mogelijkheid, alle bestuursleden zich dienen te realiseren dat, hoewel het besluit in feite door slechts de betrokken bestuurder is genomen, dit besluit wordt gezien als een besluit van het bestuur (aan het bestuur wordt toegerekend) en dat de gezamenlijke verantwoordelijkheid van het bestuur voor het besluit volledig in stand blijft. Het ligt volgens de wetsgeschiedenis voor de hand dat alle bestuurders zich regelmatig op de hoogte stellen van de wijze waarop door specifieke bestuurders met deze bevoegdheid wordt omgegaan.⁸⁰

De voornoemde op het bestuur rustende collegiale verplichtingen gelden vanzelfsprekend nog meer wanneer de bevoegdheid om bepaalde besluiten te nemen niet ‘formeel’ is gedelegeerd op grond van art. 2:129a/239a BW, maar wel ‘informeel’ in die zin dat sprake is van een taakverdeling binnen het bestuur als bedoeld in art. 2:9 BW. De bestuurder dient ook dan voldoende zicht te houden op de taakuitoefening door medebestuurders en zich periodiek te laten informeren over wezenlijke aspecten betreffende het bestuur van de vennootschap. Hoewel gelet op de specifieke kennis en expertise van bestuurders, op basis waarvan een onderlinge taakverdeling kan zijn afgesproken, altijd informatie-asymmetrie kan bestaan tussen de bestuurders, zullen zij onderling tot informatie- en kennisuitwisseling moeten overgaan⁸¹ en de verkregen

79. Borrius 2012, par. 8.2.

80. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 17.

81. Van der Heijden/Dortmond, *Handboek NV/BV* 2013/233 verwijst in dat verband naar *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 763, nr. 6, p. 13 en 25 waarin de Minister opmerkt dat de bestuurder die een besluit neemt op de voet van art. 2:129a/239a lid 3 BW, derhalve bij een one tier board een besluit omtrent een zaak die tot de hem toebedeelde taak behoort, reeds op grond van art. 2:8 BW verplicht is om zijn medebestuurders daarover te informeren. Een bestuurder, die een zodanig besluit neemt, welk besluit als het ware een bestuursbesluit is, waarvoor alle bestuurders verantwoordelijkheid dragen, handelt volgens de Minister onbehoorlijk wanneer hij zijn medebestuurders daarvan niet op redelijke termijn op de hoogte stelt. De Minister vond het dan ook niet nodig om een informatieplicht in de wet op te nemen.

informatie moeten aanwenden voor het nemen van beleidsbeslissingen.⁸² In hoeverre een bestuurder zich voldoende heeft laten informeren door zijn medebestuurders, waarbij de bestuurder ook een plicht heeft actief de benodigde informatie bij zijn medebestuurders te ‘halen’,⁸³ moet van geval tot geval worden beoordeeld. Het is echter in algemene zin wenselijk dat bestuurders zich periodiek op de hoogte stellen van de taakuitoefening door medebestuurders.⁸⁴ Verdam spreekt in dit verband terecht van een aspect dat verband houdt met het bestuurlijk toezicht.

De pijlers van het bestuurlijk toezicht en de bestuurlijke besluitvorming komen samen in de ‘spreekwoordelijke’ bestuurskamer. Hoewel collegialiteit van het bestuur niet betekent dat elke bestuurder een even zware stem heeft in het bestuurscollege, moet iedere bestuurder van een kapitaalvennootschap (op grond van art. 2:129a/239a lid 3 BW) ten minste één stem hebben. Bovendien kan geen der bestuurders meer stemmen uitbrengen dan de andere bestuurders tezamen (bij andere rechtspersonen is dat niet per se het geval).⁸⁵ Dit zorgt voor een interne bestuurlijke controle en brengt verantwoordelijkheid met zich voor iedere bestuurder (in ieder geval bij kapitaalvennootschappen).

Collegialiteit in het bestuur betekent – in ieder geval bij kapitaalvennootschappen – dan ook niet alleen betrokkenheid bij de bestuurlijke besluitvorming en het daarin een stem hebben, maar het omvat ook de mogelijkheid en verplichting om informatie in te winnen, informatie te beoordelen en om argumenten en overwegingen naar voren te brengen in het bestuurlijke besluitvormingsproces. De bestuurder heeft daarin steeds een eigen verantwoordelijkheid aan het bestuursproces deel te nemen, gebaseerd op de maatstaf van een redelijk denkend en handelend bestuurder (zie hierna par. 3.7.7).

Het is gelet op het voorgaande logisch dat in de literatuur breed wordt aangenomen dat een taakverdeling niets afdoet aan de collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid van het bestuur en dat het collegialiteitsbeginsel zijn weerslag vindt, of doorwerkt, in:

- (i) art. 2:9 BW, waarin thans onder meer uitdrukkelijk is bepaald dat elke bestuurder van een rechtspersoon verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken; en
- (ii) art. 2:138/248 BW, op grond waarvan de onbehoorlijke taakvervulling van een bestuurder geldt als onbehoorlijke taakvervulling/onbehoorlijk bestuur van het bestuur als zodanig.⁸⁶

82. Borrius 2012, par. 8.4.1.

83. Borrius 2012, par. 8.5.3.

84. *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. c (MvA), p. 15-16.

85. Verdam 2013, par 3 en R.C.J. Galle, ‘Collegialiteit en stemverhoudingen in het bestuur van de rechtspersoon’, *Ondernemingsrecht* 2007/152.

86. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/28 en 29.

De hiervoor uiteengezette toelichtingen van Verdam en Borrius, namelijk dat collegiaal bestuur bestaat uit een pijler van gezamenlijke besluitvorming en een pijler van bestuurlijk toezicht (Verdam), respectievelijk toezicht op de structuur en organisatie en inhoudelijk toezicht (Borrius) zijn verhelderend. Ik zou in navolging hierop het onderscheid willen maken tussen de op het rechtspersonenrecht gebaseerde *verbintenissen* (zie par. 3.8) tot:

- (i) enerzijds een '*inhoudelijk behoorlijke taakvervulling*' op het gebied van de specifieke deeltaken of specifieke beleidsterreinen die aan individuele bestuurders zijn toebedeeld in het kader van een taakverdeling, alsmede op het gebied van de taken die per definitie op alle bestuurders blijven rusten zoals het algemene en het financiële beleid; en
- (ii) anderzijds een '*collegiaal behoorlijke taakvervulling*' verband houdende met de betrokkenheid bij de gezamenlijke besluitvorming, het houden van toezicht op de organisatie, de structuur en medebestuurders, het zich voldoende laten informeren door medebestuurders en het kritisch zijn op medebestuurders.⁸⁷

De *inhoudelijk* onbehoorlijke taakvervulling door een bestuurder, met betrekking tot een bepaald takenpakket dat niet behoort tot het takenpakket van zijn medebestuurders, zal overigens in veel gevallen dusdanige gevolgen hebben voor het algemene en financiële beleid van de rechtspersoon dat dit al snel mede tot *inhoudelijk* onbehoorlijke taakvervulling van deze medebestuurders zal leiden, ook al is geen sprake van een *collegiaal* onbehoorlijke taakvervulling.

Als een bestuurder geen *inhoudelijk* onbehoorlijke taakvervulling kan worden verweten (omdat het onbehoorlijk bestuur niet zag op zijn takenpakket noch betrekking had op het algemene of financiële beleid), kan hem nog wel steeds een verwijt van *collegiaal* onbehoorlijke taakvervulling worden gemaakt. Dat is het geval wanneer hij niet genoeg heeft doorgevraagd, onvoldoende informatie heeft ingewonnen en niet heeft ingegrepen, terwijl hij had moeten ingrijpen (kort gezegd: hij heeft zijn toezichtsfunctie niet naar behoren uitgeoefend). Hij zal toch hoofdelijk aansprakelijk zijn en hij zal zich niet kunnen disculperen.

3.6.4 *Stel- en bewijsplicht bij disculpatie, taakverdeling en belet*

In de literatuur en de wetsgeschiedenis van art. 2:9 BW, zoals hiervoor in par. 3.6.3 uiteengezet, is steeds betoogd dat de taakverdeling niets afdoet aan de collectieve verantwoordelijkheid. Deze taakverdeling kan slechts een rol spelen bij de individuele disculpatie. Noch in de literatuur noch in de wetsgeschiedenis wordt in mijn beleving goed duidelijk gemaakt op welke wijze die taakverdeling

87. Dit onderscheid is eerder naar voren gebracht in Westenbroek 2016c.

dan een rol kan spelen bij de disculpatie en hoe beide zich nu verhouden tot het collegialiteitsbeginsel en de daarmee samenhangende collectieve verantwoordelijkheid.⁸⁸ Terwijl dat niet duidelijk is gemaakt en art. 2:9 BW (oud) de disculpatiemogelijkheid nog zo formuleerde dat de bestuurder dient te bewijzen dat de tekortkoming niet aan hem te wijten is én dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden, wordt de taakverdeling in het sinds 1 januari 2013 geldende art. 2:9 BW wel expliciet relevant gemaakt in het kader van de disculpatiemogelijkheid. De bepaling luidt thans dat de bestuurder voor het geheel aansprakelijk is *“terzake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden”*. Over deze formulering zijn in de Eerste Kamer terecht vragen gesteld:

“De leden van de CDA-fractie hebben enkele vragen over artikel 2:9 BW. Voor het geval dat een aangelegenheid krachtens een statutaire taakverdeling behoort tot het takenpakket van twee of meer bestuurders, vragen deze leden of ten aanzien van elk van de bestuurders moet worden aangetoond dat sprake is van een ernstig verwijt. Zij plaatsen hun vraag mede in het licht van

88. Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 234 stellen hierover slechts: *“Bij aanwezigheid van een kenbare en bewust aangebrachte taakverdeling als bedoeld in art. 2:9 lid 1 (tweede zin) BW, zal afwezigheid van een aan de desbetreffende bestuurder (die zich op disculpatie beroept) persoonlijk te maken ernstig verwijt in beginsel gegeven zijn, ervan uitgaande dat het vastgestelde onbehoorlijk bestuur plaatsvond buiten zijn eigen takenpakket en binnen het takenpakket van een medebestuurder. Zie § 13.1 Een dergelijke taakverdeling vormt mijns inziens een dominant en in beginsel bepalend gezichtspunt in de disculpatie-analyse”*. Assink vervolgt echter: *“Het voorgaande ligt logischerwijs anders, indien de bestuurder: (a) ondanks deze taakverdeling feitelijke betrokkenheid heeft gehad bij het gewraakte handelen/nalaten van zijn medebestuurder binnen diens takenpakket (die per definitie een ernstig verwijt treft, dat dan immers al is vastgesteld door de rechter); of (b) heeft waargenomen of had moeten waarnemen (hier kan een eventueel vertrouwensverweer spelen; zie § par. 13.1) dat zijn medebestuurder zijn taken niet goed vervulde en daardoor onbehoorlijk bestuur dreigde, maar hij niet heeft ingegrepen om dat dreigende onbehoorlijk bestuur te voorkomen.”* Deze laatste toevoeging maakt mijns inziens juist duidelijk dat de taakverdeling in beginsel geen rol speelt omdat op de bestuurder op wiens takenpakket het onbehoorlijk bestuur geen betrekking had nog steeds de stelplicht en de bewijslast rust dat noch (a) noch (b) op hem van toepassing is. Sterker, ook wanneer het onbehoorlijk bestuur wel zag op zijn takenpakket zou een aangesproken bestuurder zich moeten kunnen disculperen wanneer het onbehoorlijk bestuur was veroorzaakt door een medebestuurder die hetzelfde takenpakket had als de aangesproken bestuurder, maar (a) en (b) niet op de aangesproken bestuurder van toepassing zijn. Ik kom hier later in deze paragraaf op terug.

*de hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders in verband met aangelegenheden die tot hun takenpakket behoren. Deze leden vragen of het aansprakelijkheidsregime voldoende duidelijk uit de tekst van artikel 2:9 BW blijkt.”*⁸⁹

De Minister antwoordde hierop als volgt (antwoord één):

*“Aansprakelijkheid van alle bestuurders treedt in beginsel op indien onbehoorlijk bestuur van één of meer bestuurders is aangetoond. Dit hangt samen met de collectieve verantwoordelijkheid van de bestuurders. Wel kunnen individuele bestuurders beroep doen op de mogelijkheid van disculpatie. Daarvoor is nodig dat de bestuurder bewijst dat hem geen ernstig verwijt terzake van het onbehoorlijke bestuur kan worden gemaakt. In dat verband kan hij bijvoorbeeld wijzen op de taakverdeling tussen bestuurders. Zoals hierna in de paragraaf over taakverdeling naar voren komt, is disculpatie echter niet mogelijk indien de desbetreffende bestuurder nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. In het gegeven voorbeeld van de leden van de CDA-fractie, waarin twee of meer bestuurders dezelfde taak toebedeeld hebben gekregen, is voor hun aansprakelijkheid in beginsel voldoende dat één van hen onbehoorlijk heeft bestuurd. Disculpatie door een medebestuurder met dezelfde taak is niet uitgesloten, maar vereist dat hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij voorts kan verantwoorden waarom hij geen maatregelen heeft getroffen om het onbehoorlijke bestuur af te wenden.”*⁹⁰

Het antwoord van de Minister laat zien dat het collegialiteitsbeginsel en de hoofdelijke aansprakelijkheid voorop staat. De Kamerleden vroegen namelijk naar de verhouding tussen de hoofdelijke aansprakelijkheid en de mogelijkheid om taken te verdelen, maar de Minister antwoordde daar in vrij algemene zin op dat bestuurders in beginsel hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het onbehoorlijk bestuur van één of meer bestuurders (dus voor de onbehoorlijke taakvervulling van één of meer bestuurders). De Minister abstraheerde daarin dus van een taakverdeling en merkte slechts op dat in verband met een beroep op disculpatie de bestuurder kan “*wijzen op de taakverdeling tussen bestuurders*”.

De Kamerleden vroegen vervolgens door over die taakverdeling:

“De leden van de CDA-fractie vragen voorts of de niet met een bepaalde taak belaste bestuurders slechts aansprakelijk kunnen worden gesteld indien zij wisten of behoorden te weten van een onbehoorlijke taakvervulling en

89. Kamerstukken I 2010/11, 31 763, nr. c (MvA), p. 5.

90. Kamerstukken I 2010/11, 31 763, nr. c (MvA), p. 5-6.

HOOFDSTUK 3

zij desondanks geen maatregelen hebben getroffen om de nadelige gevolgen daarvan af te wenden. Zij vragen of dit ook geldt voor aansprakelijkheid wegens belastingschulden van de vennootschap.”⁹¹

De Minister antwoordde hierop als volgt (antwoord twee):

“Het antwoord op de eerste vraag is «ja». Graag verwijs ik ook naar het antwoord op de vorige vraag. Voor de volledigheid bevestig ik dat voor de vraag of aansprakelijkheid optreedt, ook moet worden gezien of een bestuurder behoorde te weten dat een medebestuurder zich schuldig maakte aan onbehoorlijk bestuur. Een taakverdeling ontheft een bestuurder niet van de plicht om de werkzaamheden van zijn medebestuurders in het oog te houden.”⁹²

Er volgde nog een vraag:

“De leden van de CDA-fractie vragen of een bestuurder op grond van artikel 2:9 BW niet bevoegd is om aangelegenheden aan zich te trekken indien zij niet behoren tot zijn takenpakket in het geval er een statutaire taakverdeling is gemaakt.”⁹³

De Minister antwoordde hierop (antwoord drie):

“Een taakverdeling laat de collectieve verantwoordelijkheid van de bestuurders onverlet. Als gevolg van die collectieve verantwoordelijkheid kan een bestuurder aansprakelijk zijn voor schade die optreedt als gevolg van onbehoorlijk bestuur van een andere bestuurder. (...) De consequentie van dit systeem is dat een bestuurder die opmerkt dat een andere bestuurder zijn taken niet of onjuist vervult en dat daardoor onbehoorlijk bestuur dreigt, moet ingrijpen om het risico van aansprakelijkheid te vermijden. Dat kan in een concreet geval betekenen dat een bestuurder een taak naar zich toe trekt, in afwijking van de eerder gemaakte afspraken over de verdeling van de taken. Hij is daartoe dus bevoegd.”⁹⁴

Tot slot vroegen de Kamerleden concreet naar de verhouding tussen de taakverdeling en de collectieve verantwoordelijkheid:

“De leden van de CDA-fractie vragen naar de betekenis van een taakverdeling in relatie tot de gezamenlijke verantwoordelijkheid van bestuurders en voorts ten aanzien van de verantwoordelijkheid van een bestuurder voor

91. *Kamerstukken I 2010/11, 31 763, nr. c (MvA), p. 6.*

92. *Kamerstukken I 2010/11, 31 763, nr. c (MvA), p. 6.*

93. *Kamerstukken I 2010/11, 31 763, nr. c (MvA), p. 15.*

94. *Kamerstukken I 2010/11, 31 763, nr. c (MvA), p. 15.*

aangelegenheden die buiten zijn takenpakket liggen. Ook vragen zij hoe de voorgestelde regeling zich verhoudt tot de bestaande jurisprudentie over taakverdeling.”⁹⁵

De Minister antwoordde nu (antwoord vier):

“Op de eerste vraag is hiervoor al ingegaan. De formulering van artikel 2:9 lid 2 BW sluit aan bij de terminologie in de rechtspraak. De Hoge Raad heeft voor de aansprakelijkheid van bestuurders op grond van artikel 2:9 BW bepaald dat vereist is dat de bestuurder een «ernstig verwijt» kan worden gemaakt (HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360). De woorden «ernstig verwijt» zijn opgenomen in het nieuwe lid 2; wanneer geen ernstig verwijt kan worden gemaakt, kan een bestuurder zich disculperen. De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat de vraag of een ernstig verwijt kan worden gemaakt, moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden. Daar gaat het wetsvoorstel ook vanuit. Voorts vragen deze leden of bestuurders als regel een ernstig verwijt kan worden gemaakt ter zake van onbehoorlijk bestuur buiten hun takenpakket, indien zij verzuimen om periodiek informatie te vragen van de uitvoerende bestuurder(s) over hun taakuitoefening. Ik begrijp dat de vraag betrekking heeft op het geval dat een bestuurder aansprakelijk wordt gesteld voor onbehoorlijk bestuur, veroorzaakt door een medebestuurder die zijn taak niet goed heeft vervuld. In beginsel is een bestuurder niet aansprakelijk wanneer het onbehoorlijke bestuur een aan een andere bestuurder toebedeelde taak betreft. Daarom is in artikel 2:9 lid 2, tweede zin, BW bepaald dat een bestuurder aansprakelijk is, «tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt». Op die regel bestaat een uitzondering wanneer de bestuurder nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden (vgl. artikel 2:9 lid 2, laatste zinsdeel). Dit betekent dat indien een bestuurder waarneemt dat een medebestuurder zijn taken niet goed vervult en daardoor onbehoorlijk bestuur dreigt, hij moet ingrijpen om beroep te kunnen blijven doen op de disculpatiegrond, ook wanneer de desbetreffende taak uitsluitend aan de medebestuurder is toebedeeld. Of een bestuurder voldoende zicht heeft gehouden op de taakuitoefening door medebestuurders en of hij voldoende heeft gedaan om onbehoorlijk bestuur af te wenden, moet worden bepaald aan de hand van de omstandigheden van het geval. Een bestuurder doet onvoldoende om onbehoorlijk bestuur van een medebestuurder af te wenden wanneer hij zich nooit laat informeren over wezenlijke aspecten betreffende het bestuur van

95. Kamerstukken I 2010/11, 31 763, nr. c (MvA), p. 15-16.

*de vennootschap of weigert om informatie tot zich te nemen. Of een bestuurder zich voldoende heeft laten informeren door zijn medebestuurders, moet van geval tot geval worden beoordeeld. Het is in algemene zin echter wenselijk dat bestuurders zich periodiek op de hoogte stellen van de taakuitoefening door medebestuurders.”*⁹⁶

De door mij en in de wetsgeschiedenis gesignaleerde onzekerheid over de gevolgen van een taakverdeling voor het beginsel van collegiale bestuursverantwoordelijkheid⁹⁷ (welke bestuursverantwoordelijkheid mijns inziens in beginsel tot aansprakelijkheid leidt indien daarin wordt tekortgeschoten), is met de omschrijving van de disculpatiemogelijkheid in art. 2:9 BW en met deze beantwoording van vragen door de Minister in de Eerste Kamer naar mijn mening niet weggenomen. Ook het op 8 juni 2016 ingediende Voorstel van Wet bestuur en toezicht rechtspersonen⁹⁸ neemt die onzekerheid niet weg. Wat is de betekenis van de toevoeging “*mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken*” en welke rol speelt taakverdeling nu daadwerkelijk bij de disculpatie en in de verhouding tot de collectieve verantwoordelijkheid?

Ter beantwoording van deze vragen moet allereerst worden opgemerkt dat de disculpatiemogelijkheid in het huidige art. 2:9 BW niet is verruimd of gewijzigd vergeleken met art. 2:9 BW (oud).⁹⁹ Zo ook de Rechtbank Oost-Brabant: “*Ten aanzien van het essentiële punt van de disculpatiemogelijkheid is, voor zover in casu van belang, geen materiële wijziging beoogd.*”¹⁰⁰ De bepaling is op dit punt blijkens de wetsgeschiedenis slechts gewijzigd omdat art. 2:9 BW (oud) twijfel zou laten bestaan over de vraag of een bestuurder die kan aantonen dat een aangelegenheid niet tot zijn werkkring behoorde, reeds om die reden bevrijd is, waarna men niet meer toekomt aan de vraag of hij maatregelen had moeten treffen om het onheil af te wenden. De wetgever heeft de bepaling gewijzigd om nog duidelijker te maken dat beide punten worden ‘getoetst’.¹⁰¹ Het beginsel van collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid blijft onverkort van kracht.¹⁰² Dat heeft de Minister ook duidelijk verwoord:

96. *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. c (MvA), p. 15-16.

97. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 3.

98. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 2 (Voorstel van Wet).

99. Borrius 2012, par. 8.5.3.

100. Rb. Oost-Brabant 17 december 2014, *JOR* 2015/129 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Stichting Bureau Jeugdzorg*).

101. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 8.

102. Borrius 2012, par. 8.5.3.

*“In de praktijk vindt de taakverdeling meestal plaats op basis van een afspraak van de bestuurders onderling. Dat is niet bezwaarlijk omdat de bestuurders ook na een taakverdeling collectief verantwoordelijk zijn voor het bestuur van de vennootschap. Een en ander verandert niet door het wetsvoorstel.”*¹⁰³

Voorts moet worden opgemerkt dat een formele taakverdeling thans – in navolging van de literatuur – weliswaar expliciet is genoemd in het kader van de disculpatiemogelijkheid, maar dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het vermelden van deze formele taakverdeling in feite slechts samenhangt met het creëren van een wettelijke basis die *“het voor NV’s en BV’s mogelijk maakt om te kiezen tussen een dualistisch bestuursmodel met een bestuur en een raad voor commissarissen en monistisch bestuursmodel waarin toezichthoudende bestuurders onderdeel zijn van het bestuur”*.¹⁰⁴ Daarin wordt statutair onderscheid gemaakt tussen de taken van uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders zonder dat daarmee afbreuk wordt gedaan aan de collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid van het bestuur¹⁰⁵ (waarbinnen zowel een formele als een informele taakverdeling kan zijn afgesproken). Gelet op de toch wel andere positie die niet-uitvoerende bestuurders binnen een monistisch bestuursmodel hebben ten opzichte van wel-uitvoerende bestuurders (namelijk een positie die in een dualistisch bestuursmodel meer te vergelijken is met die van commissarissen), zou een standpunt dat deze niet-uitvoerende bestuurders eerst aansprakelijk zijn wanneer zij – net zoals commissarissen – hun eigen toezichthoudende taak op onbehoorlijke wijze hebben vervuld, rechtspolitiek gezien overigens verdedigbaar kunnen zijn.¹⁰⁶

103. *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. c (MvA), p. 15.

104. *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. c (MvA), p. 1.

105. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 3-4 en *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. c (MvA), p. 15 en 23: *“Ook is een taakverdeling bij bestuursbesluit mogelijk. In de praktijk vindt de taakverdeling meestal plaats op basis van een afspraak van de bestuurders onderling. Dat is niet bezwaarlijk omdat de bestuurders ook na een taakverdeling collectief verantwoordelijk zijn voor het bestuur van de vennootschap. Een en ander verandert niet door het wetsvoorstel. (...) Het uitgangspunt van een monistisch bestuursmodel is dat de taken van het bestuur kunnen worden verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders (artikel 2:129a lid 1 BW). Die verschillende bestuurders vormen tezamen het bestuur en zijn collectief verantwoordelijk voor besluiten en handelingen van het bestuur.”*

106. Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 238 zien echter geen reden om voor niet-uitvoerende bestuurders een apart aansprakelijkheidsregime in het kader van art. 2:9 BW te introduceren. Het lijkt alsof zij dat niet nodig achten gelet op het feit dat de niet-uitvoerende bestuurder *“onder verwijzing naar de taakverdeling als bedoeld in art. 2:9 lid 1 (tweede zin) jo. 2:139a/239a lid 1 BW in beginsel een beroep op disculpatie toekomt, ervan uitgaande dat de niet uitvoerende bestuurder wel de redelijkerwijs vereiste schade afwendende of beperkende maatregelen heeft genomen”*. Op welke wijze en in welke mate die taakverdeling dan voor niet-uitvoerende bestuurders van belang kan zijn, wordt echter niet verder uitgewerkt.

HOOFDSTUK 3

Anderzijds lijkt dit niet te rijmen met het collegialiteitsbeginsel dat geldt voor uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders die in een monistisch bestuursmodel nu eenmaal deel uitmaken van hetzelfde college. Uit de wet blijkt dat de wetgever dit rechtspolitieke standpunt evenmin heeft ingenomen. Integendeel, de Minister heeft juist het volgende overwogen over niet-uitvoerende bestuurders:

“Zij zijn meer dan commissarissen actief betrokken bij het algemene beleid van de vennootschap; zij zijn betrokken bij de besluitvorming van het bestuur over – en zijn verantwoordelijk voor – de algemene beleidslijnen. Voor alle bestuurders en commissarissen geldt dat zij moeten ingrijpen wanneer zij op de hoogte raken van onbehoorlijk bestuur van een bestuurder, maar bestuurders in een monistisch bestuur zijn ook collectief verantwoordelijk voor het bestuursbeleid. In het geval van onbehoorlijk bestuur moet een bestuurder en commissaris zijn best doen om maatregelen te treffen om de gevolgen daarvan af te wenden. (...) Het bijzondere aan de positie van de niet uitvoerende bestuurder is echter dat hij – in tegenstelling tot een commissaris – wel bestuursverantwoordelijkheid draagt voor alle bestuurshandelingen, waaronder de handelingen van de uitvoerende bestuurders. De verantwoordelijkheden van de niet uitvoerende bestuurders strekken dan ook verder dan die van de commissarissen. Met de bestuursverantwoordelijkheid hangt ook een aansprakelijkheidsrisico samen (artikel 2:9 BW).”¹⁰⁷

De voornoemde collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid is een uitvloeisel van het collegialiteitsbeginsel. Zoals wij hiervoor zagen (zie par. 3.6.3) brengt dat collegialiteitsbeginsel met zich dat de bestuurstaak inhoudelijk *en* collegiaal behoorlijk dient te worden vervuld. Indien een bepaalde taak aan een bestuurder is toebedeeld die daar *inhoudelijk* mee is belast, doet dat niet af aan de verplichtingen van de resterende bestuurders om hun taak collegiaal *behoorlijk* te vervullen. Stel nu dat de bestuurder die een bepaalde taak toebedeeld heeft gekregen, zijn taak onbehoorlijk vervult. Als zijn medebestuurders hiervan op de hoogte waren en/of dat redelijkerwijs konden zijn als zij hun taak *collegiaal* behoorlijk hadden vervuld, rustte op hen de verplichting actie te ondernemen. In de wetsgeschiedenis van art. 2:9 BW is hierover gezegd dat wanneer een bestuurder waarneemt dat een medebestuurder zijn taken niet goed vervult en daardoor onbehoorlijk bestuur dreigt, die bestuurder zal moeten ingrijpen om een beroep te kunnen blijven doen op de disculpatiegrond. Dat is ook het geval wanneer de desbetreffende taak slechts aan de medebestuurder is toebedeeld.¹⁰⁸

107. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 4 en 6.

108. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 8.

Om te *kunnen* waarnemen dat een medebestuurder zijn taken niet goed vervult en om te *kunnen* ingrijpen, dient de bestuurder, op wiens takenpakket de *inhoudelijk* onbehoorlijke taakvervulling geen betrekking had, de op hem rustende verbintenis om zijn bestuurstaak *collegiaal* te vervullen, uiteraard wel na te komen. Als hem *collegiaal* onbehoorlijke taakvervulling kan worden verweten, waardoor hij niet heeft waargenomen dat sprake was van een potentiële situatie van *inhoudelijk* onbehoorlijke taakvervulling bij een medebestuurder, en hij daardoor ook niet tijdig heeft kunnen ingrijpen, zal een beroep op het disculpatieverweer dus niet kunnen slagen.

Uit de eerste drie hiervoor geciteerde antwoorden van de Minister op vragen uit de Eerste Kamer blijkt dat de Minister het voorgaande goed inzag waar hij stelde: “*Aansprakelijkheid van alle bestuurders treedt in beginsel op indien onbehoorlijk bestuur van één of meer bestuurders is aangetoond (...) Wel kunnen individuele bestuurders beroep doen op de mogelijkheid van disculpatie.*” Ook merkte de Minister uitdrukkelijk op dat “*de consequentie van dit systeem is dat een bestuurder die opmerkt dat een andere bestuurder zijn taken niet of onjuist vervult en dat daardoor onbehoorlijk bestuur dreigt, moet ingrijpen om het risico van aansprakelijkheid te vermijden.*” Waar de Minister het hier heeft over een “bestuurder die opmerkt” bedoelde de Minister ontegenzeggelijk ‘een bestuurder die opmerkt of behoort op te merken’ hetgeen blijkt uit zijn tweede hiervoor geciteerde antwoord (“...voor de vraag of aansprakelijkheid optreedt, ook moet worden gezien of een bestuurder behoorde te weten...”). Dit volgt ook uit de memorie van toelichting waarin de Minister het huidige art. 2:9 BW vergeleek met het Belgische systeem:

*“Een taakverdeling brengt niet met zich dat de overige bestuurders niet aansprakelijk zijn; evenals in het Nederlandse recht wordt van de andere deelnemers aan het collegiale bestuursorgaan verwacht dat zij zich verzetten tegen nadelige handelingen van een bestuurder als zij daarvan kennis hadden of hadden moeten hebben.”*¹⁰⁹

Dit ‘weten en behoren te weten’ wijst erop dat iedere bestuurder een verantwoordelijkheid draagt tot een collegiale taakvervulling onafhankelijk van de taak die aan hem is toebedeeld. Alleen dan kan een bestuurder in een concreet geval immers ‘een taak naar zich toe trekken’ (derde antwoord van de Minister). De wetsgeschiedenis zegt overigens dat indien een bestuurder door zijn medebestuurders wordt belet een behoorlijk bestuur te voeren, hij zal moeten aftreden, hetgeen zijn beroep op de disculpatiegrond des te gereeder aanvaardbaar

109. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 5.

zal maken.¹¹⁰ Een bestuurder kan naar mijn mening uiteraard – alvorens een dergelijke vergaande beslissing te nemen – in overweging nemen om rechtsmaatregelen te treffen tegen zijn medebestuurders (bijvoorbeeld in kort geding), opdat hij alsnog in staat wordt gesteld een behoorlijk bestuur te voeren. In de literatuur wordt voorts gesteld dat indien een bestuurder in het kader van de besluitvorming een minderheidspositie heeft in het bestuur en een bestuursbesluit niet kan tegenhouden, terwijl bij hem de overtuiging bestaat dat evident een fout bestuursbesluit zal worden genomen, voor deze bestuurder uiteindelijk geen andere oplossing bestaat dan op te stappen om zich te kunnen disculperen. Dit zou de logische consequentie van de veronderstelde collegialiteit binnen het bestuur zijn (vergelijk ook de woorden van de Minister in zijn derde hiervoor geciteerde antwoord: “*De consequentie van dit systeem is dat...*”). Bestuurlijke collegialiteit impliceert het recht op betrokkenheid bij de besluitvorming, geen recht op evenredige invloed en potentiële aansprakelijkheid voor een door de meerderheid genomen besluit. Het impliceert wel de mogelijkheid om op te stappen indien de bestuurder dat besluit evident fout vindt, maar het niet kan tegenhouden.¹¹¹ De bestuurder zal dus voldoende sociale controle moeten uitvoeren op zijn medebestuurder en in het ergste geval (na eventuele rechtsmaatregelen) moeten aftreden indien zijn controle en/of invloed geen uitwerking heeft.¹¹² Ik zou menen dat een beroep op disculpatie ook moet kunnen slagen indien een bestuurder is overstemd door zijn medebestuurders,¹¹³ maar de betrokken bestuurder vervolgens niet de verstrekkende beslissing heeft genomen om af te treden. Hij dient in een dergelijk geval wel te kunnen aantonen dat hij niet alleen formeel is overstemd, maar dat hij ook alles in het werk heeft gesteld om zijn medebestuurders aan zijn zijde te krijgen, zoals door het dreigen met terugtreding.

Beschouwt men het vierde hiervoor geciteerde antwoord van de Minister op vragen uit de Eerste Kamer, dan leek de Minister de door hem zelf in de eerste drie antwoorden op correcte wijze verwoorde systematiek ineens onbedoeld en onbewust om te draaien. Hij deed dat door te stellen dat ‘een bestuurder in beginsel niet aansprakelijk is wanneer het onbehoorlijk bestuur een aan een andere bestuurder toebedeelde taak betreft’ en dat ‘daarom art. 2:9 lid 2 tweede zin BW bepaalt dat een bestuurder aansprakelijk is, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt’. De eerste drie antwoorden waren juist. Het vierde antwoord was onjuist. De ‘tenzij’ formulering van art. 2:9 lid 2 BW laat (van oudsher) namelijk zien dat de bestuurder in beginsel wel aansprakelijk is wanneer het onbehoorlijk bestuur een

110. Vgl. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 19.

111. Galle 2007.

112. Slagter 1993, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 61.

113. Sanders/Westbroek/Buijn/Storm 1994, *BV en NV*, p. 165 en Sanders/Westbroek/Buijn/Storm 1998, *BV en NV*, p. 163.

aan een andere bestuurder toebedeelde taak betreft *tenzij* hij zich kan disculperen. Het is een kleine nuance die echter grote gevolgen heeft.¹¹⁴ Uit de gehele rechts- en wetsgeschiedenis blijkt echter niet dat deze gevolgen beoogd zijn.

Het lijkt er daarnaast op dat de Minister het zelf ook niet helemaal goed voor ogen had toen hij stelde dat een uitzondering bestaat op de regel dat de bestuurder in beginsel niet aansprakelijk is voor handelen van zijn medebestuurders. Hij verwees daarvoor in het voorgaande citaat naar art. 2:9 lid 2 laatste zinsdeel BW dat bepaalt dat geen disculpatie mogelijk is wanneer de bestuurder nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. Hij stelde vervolgens dat in de situatie dat ‘een bestuurder waarneemt dat een medebestuurder zijn taken niet goed vervult en daardoor onbehoorlijk bestuur dreigt, hij moet ingrijpen om een beroep te kunnen blijven doen op de disculpatiegrond, ook wanneer de desbetreffende taak uitsluitend aan de medebestuurder is toebedeeld.’ Dit is echter niet de situatie waar art. 2:9 lid 2 laatste zinsdeel BW betrekking op heeft. Dat zinsdeel heeft namelijk betrekking op de situatie dat het onbehoorlijk bestuur zich al heeft voorgedaan. Het betrokken zinsdeel van art. 2:9 lid 2 BW schrijft voor dat de bestuurder ook dan nog een doorlopende plicht heeft de gevolgen van dit onbehoorlijk bestuur af te wenden. De situatie die de Minister omschreef wordt echter bestreken door art. 2:9 lid 1 BW en het eerste deel van art. 2:9 lid 2 BW. Als zich nog geen onbehoorlijk bestuur heeft voorgedaan, geldt op basis van het collegialiteitsbeginsel dat op de bestuurder de verbintenissen rusten om (i) voldoende toezicht te houden op medebestuurders en (ii) zijn taak collegiaal behoorlijk te vervullen. Dat volgt niet uit de letterlijke wettekst, maar wel uit (i) de ratio van de wet die mede gestoeld is op het collegialiteitsbeginsel en (ii) de hoofdelijke aansprakelijkheid voor onbehoorlijk bestuur die daarop is gebaseerd. Juist dat over en weer (collegiaal) toezicht houden (‘weten of behoren te weten’) moet voorkomen dat medebestuurders de fout in gaan. Dat moet onbehoorlijk bestuur voorkomen. Daarom bestaat collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid (*tenzij...*).¹¹⁵ In dit verband kan nog worden verwezen naar de wetsgeschiedenis van de Derde Misbruikwet die (zoals hierna in par. 3.7 nader toegelicht) ook relevant is voor art. 2:9 BW. De Minister merkte op:

114. A. Knigge en A.W. van der Veen, ‘Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2012’, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2012-2013*, Deventer: Kluwer 2013, p. 37 en 38 schreven in dit verband dat de wetgever sterker dan voorheen tot uitdrukking heeft willen brengen dat de verdeling van taken weliswaar niet afdoet aan de collectieve verantwoordelijkheid, maar wel gevolgen kan hebben voor individuele aansprakelijkheid. Gelet op het feit dat uit de wetsgeschiedenis juist blijkt dat de wetgever niet heeft willen afwijken van het bestaande systeem, denk ik dat de gevolgen voor individuele aansprakelijkheid echter niet zijn gewijzigd.

115. Knigge & Van der Veen 2013, p. 38 merken dan ook terecht op dat de collectieve verantwoordelijkheid voor de taakuitoefening door het bestuur met deze benadering van de Minister “*lijkt te worden platgeslagen*”. Zij zetten vervolgens terecht uiteen dat er ook nog zoiets bestaat als bestuurlijk toezicht vooraf.

“Ik wijs erop dat het beginsel van de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur een reeds lang aanvaard algemeen beginsel is van rechtspersonenrecht (...). De collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur voor de gang van zaken binnen de rechtspersoon, in het bijzonder voor het financieel beleid, brengt noodzakelijkerwijs een hoofdelijke aansprakelijkheid met zich mee van degenen die deel uitmaken van het bestuurscollectief. Een aansprakelijkheid zowel tegenover de rechtspersoon zelf – artikel 8 boek 2 BW – als tegenover derden die met de rechtspersoon hebben gehandeld in de gevallen van de artikelen 138 en 248.” (...)

Deze juridische gevolgen van het feit dat de bestuursstaak is opgedragen aan het bestuurscollege als collectief acht ik heilzaam voor een goede orde in vennootschapsland alsmede voor de bescherming van de belangen van hen die met rechtspersonen handelen. Dat er binnen de bestuurscolleges van grote ondernemingen feitelijk een bepaalde taakverdeling bestaat, ingevolge welke aan individuele bestuurders naast hun algemene verantwoordelijkheid voor het besturen van de onderneming ook bepaalde specifieke, gespecialiseerde uitvoerende taken zijn toebedeeld, is geen argument om af te zien van het juiste beginsel van de collectieve verantwoordelijkheid voor het beleid en de daaraan gekoppelde hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders af te wijzen of uit te hollen. Geenszins zou ik willen betwisten dat veel bestuurders in Nederland redelijkerwijs niet beschreven kunnen worden als personen die door het opereren met rechtspersonen een vergrote gevaarstelling opleveren ten aanzien van de schuldeisers van die rechtspersonen. Evenmin wil ik bestrijden dat veel bestuurders personen zijn die door aard, aanleg, belangstelling en gebleken bekwaamheden de functie van bestuurder bereikt hebben binnen een onderneming. Dit alles doet evenwel niets af aan de omstandigheid dat men plaats neemt in een college dat als zodanig belast is met de bestuursstaak en dat dan ook een collectieve verantwoordelijkheid draagt voor het reilen en zeilen van de rechtspersoon. Daarmee neemt men een zeker risico op zich. Tegenover dat risico staat, dat de rechtspersoonlijkheid de bestuurders in vergaande mate tegen persoonlijke aansprakelijkheid beschermt. Ik wijs er tenslotte nog op dat bestuurdersaansprakelijkheid een in beginsel verzekerbaar risico is.”¹¹⁶

Dat de bedoelde collectieve aansprakelijkheid bewust is gekozen en dat daar slechts onder hoge uitzondering van kan worden afgewezen blijkt ook uit de volgende opmerking van de Minister:

116. *Kamerstukken I 1985/86, 16 631, nr. 27b (MvA), p. 3-4.*

“De aan het woord zijnde leden hebben met enig genoeg kennis genomen van de beschouwingen van Mr. P. C. van den Hoek en Prof. Mr. P. van Schilfgaarde in het reeds eerder vermelde congres van het Instituut voor ondernemingsrecht te Groningen, waar deze in de wetstekst menen te mogen lezen dat er geen aansprakelijkheid van het bestuur aan de orde is wanneer een individuele bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld buiten medeweten van de andere bestuursleden, of zelfs tegen de uitdrukkelijke beslissing van het bestuur, met desastreuze gevolgen voor de rechtspersoon. Ik moet de aan het woord zijnde leden teleurstellen. Eenmaal en andermaal heb ik betoogd, dat een zodanige interpretatie niet te rijmen valt met het algemene beginsel van de collectieve verantwoordelijkheid – en daaraan gekoppeld hoofdelijke aansprakelijkheid – van het bestuur, dat uitgangspunt is van de bepalingen van de artikelen 138 en 248 zoals zij in het wetsvoorstel zijn vervat. (...)”

Daarom lijkt mij dat een beroep op de disculpatiegronden slechts bij hoge uitzondering mogelijk moet zijn. (...) Indien zij eenvoudigweg niet op de hoogte waren [van het onaanvaardbare karakter van handelingen en besluiten van medebestuurders, toev. auteur], dan is zulks alleen dan een grond voor disculpatie, wanneer hen op dat punt geen verwijt treft. Een bestuurder die zich niet op de hoogte laat (of wil) stellen gaat dus niet vrijuit.”¹¹⁷

Om te *kunnen* waarnemen dat een medebestuurder zijn taken niet goed vervult en om te *kunnen* ingrijpen, dient de bestuurder zijn taak dus ook *collegiaal* behoorlijk te vervullen. Bij zijn collegiale taakvervulling (zijn ‘bestuurlijk of collegiaal toezicht’) mag de bestuurder overigens in het algemeen voor een groot deel afgaan op de juistheid van hetgeen aan hem door zijn medebestuurders wordt gerapporteerd.¹¹⁸ Bestuurders moeten elkaar in beginsel kunnen vertrouwen en niet achteraf aansprakelijk worden gehouden voor een gerechtvaardigd vertrouwen op de achteraf gebleken onjuiste of gebrekkige informatie van hun medebestuurders.¹¹⁹ De bestuurder kan naar mijn mening geen collegiaal onbehoorlijke taakvervulling worden verweten als hij van medebestuurders ontvangen informatie te goeder trouw heeft beoordeeld op een wijze zoals dat door een redelijk denkend bestuurder dient te geschieden, maar deze informatie onjuist blijkt te zijn geweest. Ditzelfde geldt wanneer geen aanleiding bestond zelfstandig onderzoek te doen naar de wijze waarop een medebestuurder de aan hem toebedeelde taken heeft vervuld.¹²⁰ Dit laatste impliceert

117. *Kamerstukken I* 1985/86, 16 631, nr. 27b (MvA), p. 4 en 6.

118. Mussche 2011, p. 41; Hof Amsterdam 21 september 2010, *JOR* 2011/40 m.nt. J.B. Wezeman (*Stichting Freule Lauta van Aysma*), r.o. 4.31 en 4.32.

119. Borrius 2012, par. 8.5.3.

120. Zie ook: Rb. Oost-Brabant 17 december 2014, *JOR* 2015/129 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Stichting Bureau Jeugdzorg*), r.o. 3.5 en 3.6.

naar mijn mening ook dat binnen het bestuursorgaan het niet zo zal zijn dat een bestuurder steeds over de schouders van zijn medebestuurders hoeft te kijken (bestuurders mogen immers vertrouwen op elkaars kwaliteiten en kunde). De bestuurder zal ook niet steeds van ieder stuk informatie bekend bij zijn medebestuurders op de hoogte hoeven te zijn. Zijn bekendheid met een geïsoleerd stuk informatie van zijn medebestuurder, dat op zichzelf bezien niet noodzakelijkerwijs tot ingrijpen noopte, maar achteraf bezien (mede in het licht van andere informatie) mogelijk een ander oordeel rechtvaardigde, leidt dus nog niet tot de conclusie dat hij zijn taak collegiaal onbehoorlijk heeft vervuld. Stel dat een bestuurder door toedoen van medebestuurders correcte informatie wordt onthouden vanaf het moment dat hij bekend is geworden met onbehoorlijke taakvervulling van deze medebestuurders, maar dat deze bestuurder zelf niet het verwijt valt te maken dat hij niet genoeg heeft doorgevraagd of onderzoek heeft gedaan. In dat geval zal deze bestuurder om diezelfde redenen niet kunnen worden verweten nalatig te zijn geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling af te wenden. Deze bestuurder komt dan dus een grond tot disculpatie toe. Borrius schreef hierover in 2012 dat de daadwerkelijke betrokkenheid bij besluitvorming en de informatievoorziening over niet-collectieve besluiten naar haar verwachting een factor van belang zal zijn bij het vaststellen van eventuele aansprakelijkheid. Indien een bestuurder niet of onvoldoende geïnformeerd is over door collega's genomen besluiten (dit in strijd met statutair vastgelegde regels over informatievoorziening, maar die toevoeging lijkt mij gelet op het bepaalde in art. 2:8 BW niet van doorslaggevend belang), kan schending van die statutaire informatieverplichtingen (bepalingen die de belangen van de vennootschap beogen te beschermen) volgens Borrius betekenen dat aansprakelijkheid op de betrokken collega-bestuurders komt te rusten, en niet tevens op de onvoldoende geïnformeerde bestuurder.¹²¹ Dit lijkt mij ook het geval zonder dat een specifieke besluitvormingsbevoegdheid ex art. 2:129a of 2:239a BW is gedelegeerd aan individuele bestuurders.

Ter beantwoording van de door mij hiervoor gestelde vraag op welke wijze de taakverdeling een rol kan spelen bij de disculpatie, concludeer ik dat de op een bestuurder rustende verbintenissen om naast *inhoudelijk* ook *collegiaal* de bestuurstaak behoorlijk te vervullen in beginsel met zich brengt dat een taakverdeling bij disculpatie slechts relevant is doordat de bestuurder op wiens takenpakket de *inhoudelijk* onbehoorlijke taakvervulling geen betrekking had, daarmee kan aantonen dat hij zich in beginsel niet schuldig heeft gemaakt aan een *inhoudelijk* onbehoorlijke taakvervulling. Anders dan dat lijkt de taakverdeling niet relevant omdat hij nog immer gehouden blijft aan te tonen dat hij niet

121. Borrius, par. 8.5.3.

is tekortgekomen in de verbintenis om zijn taak *collegiaal* behoorlijk te vervullen, met dien verstande dat de taakverdeling wel iets kan zeggen over de informatie waarover de bestuurder in een bepaald geval dient te beschikken. Dit komt goed naar voren in de uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant in de zaak *Stichting Bureau Jeugdzorg*.¹²² In die zaak werd bestuurder A door de rechtbank aansprakelijk gehouden voor een desastreus huisvestingsbeleid (hetgeen tot het takenpakket van bestuurder A hoorde), maar konden bestuurders X en Y zich disculperen. Hoewel de rechtbank daartoe overwoog dat sprake was van een formele interne taakverdeling achtte de rechtbank het kennelijk aangewezen om ook te overwegen dat (i) gesteld noch gebleken was dat A zodanige informatie aan zijn medebestuurder(s) heeft verschaft dat respectievelijk X en Y zich zelfstandig een oordeel konden vormen over de door A uitgevoerde taken die als onbehoorlijk moeten worden aangemerkt, (ii) A onjuiste informatie had verstrekt aan X en Y ten aanzien van die taken, (iii) uit niets blijkt dat er voor X respectievelijk Y aanleiding was zelfstandig onderzoek te doen, of te laten doen, naar de wijze waarop A zijn taken had vervuld en (iv) een behoorlijke taakvervulling van X en Y niet met zich brengt dat zij zich hoe dan ook niet mochten verlaten op de door A gegeven informatie of onder alle omstandigheden zelfstandig nader onderzoek dienden te doen. Bestuurders X en Y kon dus geen *collegiaal* onbehoorlijke taakvervulling worden verweten. Zij konden zich voorts disculperen omdat hun niet het verwijt kon worden gemaakt nalatig te zijn geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling af te wenden. Hen kon anders gezegd geen enkel gewoon verwijt worden gemaakt.¹²³

Ook als de onbehoorlijke taakvervulling wel zag op het takenpakket van de betrokken bestuurder, betekent dat nog niet dat de bestuurder zelf te kort is gekomen in de op hem rustende verbintenis om zijn taken inhoudelijk behoorlijk te vervullen. Een bestuurder moet namelijk beschermd worden tegen aansprakelijkheid als hij niet op de hoogte kon zijn van het onbehoorlijk bestuur dat betrekking had op zijn eigen takenpakket en dat redelijkerwijs ook niet kon zijn.¹²⁴ In het eerste hiervoor geciteerde antwoord van de Minister schreef de Minister in dat verband dat disculpatie door een medebestuurder met dezelfde

122. Rb. Oost-Brabant 17 december 2014, *JOR* 2015/129 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Stichting Bureau Jeugdzorg*), r.o. 3.5 en 3.6.

123. Strik merkt dan ook op dat de taakverdeling slechts een rol speelt “*bij een gevoerd disculpatieverweer door een individuele bestuurder, waarbij de taakverdeling een rol kan spelen in de onderbouwing dat de tekortkoming in de behoorlijke taakuitoefening niet aan hem is te wijten*”. Zie: Strik 2010, p. 19 onder verwijzing naar Maeijer in HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*).

124. Zie bijvoorbeeld: Rb. 's-Gravenhage 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3672.

taak niet is uitgesloten, maar dat daarvoor vereist is dat hem geen (*ernstig*) verwijt kan worden gemaakt en hij voorts kan verantwoorden waarom hij geen maatregelen heeft getroffen om het onbehoorlijk bestuur af te wenden. In het geval dat de bestuurder te goeder trouw informatie van zijn medebestuurders met hetzelfde takenpakket heeft aangenomen en hij vanuit de voor hem persoonlijk geldende maatman-bestuurdermaatstaf (zie hierna par. 3.7.7) niet hoefde te twijfelen aan die informatie, treft deze bestuurder echter geen enkel (*gewoon*) verwijt van een tekortkoming in de verbintenis om zijn taak behoorlijk te vervullen of in de verbintenis om niet nalatig te zijn in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur af te wenden. In het verleden is ook het voorbeeld genoemd dat een bestuurder met vakantie was¹²⁵ of in het buitenland vertoefde en bij terugkomst een besluit van zijn medebestuurders niet meer ongedaan kon maken¹²⁶ of dat een medebestuurder zonder toestemming van de aangesproken bestuurder een onverantwoorde transactie aanging.¹²⁷ Hetzelfde zou meen ik gelden indien een bestuurder zijn collegiale bestuurstaak als een redelijk denkend bestuurder naar behoren heeft vervuld, maar door zijn medebestuurder een rad voor de ogen wordt gedraaid.¹²⁸ Voorts zou hetzelfde moeten gelden indien een bestuurder op zijn takenpakket is overstemd door zijn medebestuurders.¹²⁹ De reden daarvoor is dat in al deze gevallen *de facto* sprake is van belet (zie daarover par. 3.5) om de bestuurstaken (inhoudelijk) behoorlijk te vervullen en om maatregelen te treffen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling af te wenden (dat wordt hem *de facto* immers onmogelijk gemaakt).¹³⁰ In feite is dan sprake van een situatie die gelijk is te stellen met overmacht in de zin van art. 6:75 BW: de bestuurder treft geen enkel *gewoon* verwijt (zie par. 3.8). Indien bij een meerhoofdig

125. Glasz 1986, p. 82. In het hedendaagse tijdperk met alle mogelijke communicatiemiddelen kan overigens de vraag worden gesteld in hoeverre vakantie/verblijf in het buitenland daadwerkelijk nog een grond voor disculpatie kan vormen.

126. Sanders/Westbroek/Buijn/Storm 1998, *BV en NV*, p. 163. In Sanders/Westbroek/Buijn/Storm 2005, *BV en NV*, p. 159 wordt deze omstandigheid niet meer in het kader van een mogelijkheid tot disculpatie genoemd, maar alleen nog in het kader van belet en ontstentenis.

127. Van der Heijden/Van der Grinten/Honée & Hendriks-Jansen, *Handboek NV/BV* 1992/257. Zij stelden echter dat er dan in het geheel geen aansprakelijkheid van het bestuur als collectief bestaat, maar dat slechts individuele aansprakelijkheid ontstaat (zodat een beroep op disculpatie voor de overige bestuurders niet nodig is). Ik zou menen dat deze benadering niet strookt met het systeem van de wet.

128. Daarvan is dus geen sprake wanneer een advocaat die tevens bestuurder is van een stichting derdengelden zich in het geheel niet bekommert om de betalingen van de stichting die door zijn medebestuurder zijn verricht en daar geen enkel toezicht op heeft gehouden, zo blijkt uit Rb. Amsterdam 11 november 2009, *JOR* 2013/123 m.nt. Y. Borrius.

129. Sanders/Westbroek/Buijn/Storm 1994, *BV en NV*, p. 165 en Sanders/Westbroek/Buijn/Storm 1998, *BV en NV*, p. 163.

130. Zo ook: Strik 2010, p. 307.

bestuur tijdens belet van een bestuurder sprake is van onbehoorlijke taakvervulling door zijn medebestuurders (al dan niet met hetzelfde takenpakket), zal op de bestuurder die was belet – zodra het belet is beëindigd – naar mijn mening de verplichting blijven rusten om maatregelen te treffen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling af te wenden. Alleen als hij die verplichting is nagekomen, zal deze bestuurder een geslaagd beroep op disculpatie kunnen doen. In hoeverre de bestuurder ervoor zou kunnen kiezen zijn functie neer te leggen, om zodoende de verplichting maatregelen te nemen de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling af te wenden te kunnen ontlopen, hangt meen ik van de concrete omstandigheden van het geval af. Met name is daarbij van belang de vraag in hoeverre redelijkerwijs van de bestuurder kon worden verwacht aan te blijven. In de uitspraak van 14 september 2011 van de Rb. 's-Gravenhage¹³¹ had het onbehoorlijk bestuur bijvoorbeeld betrekking op het financiële beleid (hetgeen behoort tot de *inhoudelijke* taak van alle bestuurders), waarvoor de aangesproken bestuurders verantwoordelijk waren. De bestuurders konden zich in dat geval succesvol beroepen op de disculpatiemogelijkheid omdat zij kennelijk niet wisten of konden weten dat onttrekkingen waren gedaan door een medebestuurder (dat werd hun ‘belet’ door deze medebestuurder). Toen zij daar achter kwamen, hadden zij echter nog wel getracht maatregelen te nemen die onttrekkingen ongedaan te maken. De vraag is of de uitspraak hetzelfde zou zijn geweest als de betrokken bestuurders direct gezamenlijk zouden zijn teruggetreden en zodoende geen enkele maatregel hadden genomen.

Het tot 1 januari 2013 luidende art. 2:9 BW maakte de systematiek zoals hiervoor beschreven mijns inziens duidelijk, doordat de disculpatiemogelijkheid aldus was geformuleerd dat de bestuurder niet aansprakelijk is als hij bewijst dat de tekortkoming “*niet aan hem te wijten is, en dat hij niet nalatig is geweest*” in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. De woorden “*niet aan hem te wijten*” en “*niet nalatig*” duiden op een civielrechtelijke afwezigheid van schuld in de zin van art. 6:75 BW (zie hierover par. 3.8 hierna) die naar mijn mening inhield dat de bestuurder simpelweg *niets* te verwijten valt als sprake is van *de facto* belet aan zijn zijde. Het enkele terugtreden na het eindigen van het belet zou in specifieke omstandigheden mogelijk wel als nalatig kunnen worden beschouwd. Overigens geldt mijns inziens dat de vraag of de aangebleven bestuurders al dan niet nalatig zijn geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling van medebestuurders af te wenden, eveneens beantwoord dient te worden door te beoordelen of deze bestuurders in deze disculpatiefase niet zijn tekortgekomen in de op hen rustende verbintenissen om de taken inhoudelijk en collegiaal behoorlijk te vervullen.

131. Rb. 's-Gravenhage 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3672.

HOOFDSTUK 3

Als men het collegialiteitsbeginsel als uitgangspunt wenst te handhaven, hetgeen een rechtspolitieke keuze is, zijn de consequente rechtstheoretische gevolgen gelet op het voorgaande dat een bestuurder in beginsel hoofdelijk met al zijn medebestuurders aansprakelijk is voor de onbehoorlijke taakvervulling van één van zijn medebestuurders. Dit is anders in het geval dat hij zich kan disculperen door aan te tonen dat:

- (i) de onbehoorlijke taakvervulling op het takenpakket van de bestuurder een gevolg is van te goede trouw aanvaarde informatie van medebestuurders, waardoor deze bestuurder niet kan worden verweten te zijn tekortgekomen in de verbintenis om zijn bestuurstaak inhoudelijk behoorlijk te vervullen, terwijl hem voorts geen tekortkoming in de verbintenis om de bestuurs-taak collegiaal behoorlijk te vervullen kan worden verweten ten aanzien van deze onbehoorlijke taakvervulling en hij in de periode na het ontstaan van de onbehoorlijke taakvervulling niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling af te wenden. Deze ‘nalatigheid’ dient beoordeeld te worden aan de hand van de vraag of de bestuurder in deze disculpatiefase niet is tekortgekomen in de op hem rustende verbintenissen om de bestuurstaak inhoudelijk en collegiaal behoorlijk te vervullen; of
- (ii) de onbehoorlijke taakvervulling niet zag op het takenpakket van de bestuurder, waardoor hem per definitie geen inhoudelijk onbehoorlijke taakvervulling kan worden verweten, hij voorts niet is tekortgekomen in zijn verbintenis om zijn bestuurstaak collegiaal behoorlijk te vervullen en hij in de periode na het ontstaan van de onbehoorlijke taakvervulling niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling af te wenden.

De taakverdeling speelt hierin mijns inziens geen doorslaggevende rol, behalve dat die wellicht iets zou kunnen zeggen over de mate waarin een bestuurder, wiens taak niet inhoudelijk onbehoorlijk is vervuld, zich voldoende heeft laten informeren door medebestuurders opdat hij zijn collegiale bestuurs-taak afdoende heeft kunnen vervullen (hoe ver ging die plicht tot informatie opvragen gelet op de taakverdeling en had dat moeten leiden tot ingrijpen?). Wat met name een rol speelt bij de vraag of hij zijn taak inhoudelijk én collegiaal behoorlijk heeft vervuld, is of sprake is van belet zoals bedoeld in de zin als hiervoor in deze paragraaf omschreven.

3.6.5 *Collegialiteitsbeginsel voor alle rechtspersonen is een rechtspolitieke keuze*

Het collegialiteitsbeginsel en de daarmee samenhangende collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid is, zoals gezegd, een rechtspolitieke keuze en legt in beginsel een grote verantwoordelijkheid op bestuurders

van *alle* rechtspersonen. De vraag is of dit wenselijk en ook beoogd is. Ik ben van mening dat het collegialiteitsbeginsel, met de daarmee samenhangende verplichting van de bestuurder om zijn taak *collegiaal* behoorlijk te vervullen, niet altijd in al zijn consequenties moet worden doorgetrokken naar *alle* rechtspersonen en dat de taakverdeling in sommige gevallen toch een belangrijke rol kan spelen. Daartoe geldt het volgende.

Het leerstuk van interne bestuurdersaansprakelijkheid heeft zich zowel in de wetsgeschiedenis als in de literatuur met name ontwikkeld met het oog op kapitaalvennootschappen (de naamloze en besloten vennootschap) in het bijzonder en niet met het oog op rechtspersonen in het algemeen (zie ook par. 3.7). Collegiaal bestuur en de daarmee samenhangende hoofdelijke aansprakelijkheid zijn bij kapitaalvennootschappen dan ook dieper geworteld dan bij andere rechtspersonen het geval is. Dit is een gevolg van het feit dat van oudsher wordt aangenomen dat een meerhoofdig bestuur van een kapitaalvennootschap als college van gezamenlijke bestuurders de bestuurstaken uitoefent en daarvoor collectieve verantwoordelijkheid draagt. Er is bij de naamloze en besloten vennootschap steeds sprake van collegiaal bestuur.¹³² In het stelsel van de wet vormen de bestuurders van de naamloze en besloten vennootschap een college.¹³³

Ten aanzien van het sinds 1976 voor *alle rechtspersonen* geldende en in 1992 vernummerde art. 2:9 BW merkte Maeijer op dat de tweede zin van art. 2:9 BW bijzonder is en uitgaat van een hoofdelijke aansprakelijkheid van iedere bestuurder voor een tekortkoming (door een of meer van hen) in de behoorlijke vervulling van de bestuurstaak, zulks behoudens de mogelijkheid van individuele disculpatie zoals aangeduid in de laatste zinsnede. Maeijer schreef hierover echter dat art. 2:9 BW voor aansprakelijkheid weliswaar de eis stelt dat het een aangelegenheid betreft die tot de werkkring van de gezamenlijke bestuurders behoort, maar dat bij “*de NV en de BV*” de bestuurstaak in haar geheel is opgedragen aan alle bestuurders. De wet gaat immers ervan uit dat het bestuur als collectief bestuurt. Dit betekende volgens Maeijer dat een zekere taakverdeling voor wat betreft de uitoefening van de bestuurstaak (dus bij “*de NV en de BV*”) erop zichzelf niet toe kan leiden dat een aangelegenheid daarom niet tot de werkzaamheid van een bestuurder behoort, zodat van zijn (hoofdelijke) aansprakelijkheid geen sprake zou kunnen zijn.¹³⁴

132. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/417.

133. Van der Heijden/Dortmond, *Handboek NV/BV* 2013/233.

134. Asser/Maeijer 2-III 2000/321 onder verwijzing naar Rb. Rotterdam 17 juni 1999, *JOR* 1999/244 m.nt. F.J.P. Van den Ingh. Herhaald in: Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/445.

Dortmond schreef in dat verband over art. 2:8 BW (oud), thans art. 2:9 BW, dat alleen bij rechtspersonen waarbij men de bestuurstaak als geheel kan splitsen over twee of meer bestuurders of bestuurlijke organen, die dan ieder een afzonderlijk opgedragen bestuurstaak hebben, het mogelijk is dat een aangelegenheid niet tot de werkring van een bestuurder behoort. In alle andere gevallen, zoals bij de naamloze vennootschap (onder het huidig recht) en de besloten vennootschap, behoort een aangelegenheid altijd tot de werkring van alle bestuurders en moet derhalve altijd van een hoofdelijke aansprakelijkheid worden uitgaan.¹³⁵

Dat het collegialiteitsbeginsel bij kapitaalvennootschappen ('de NV en de BV') dieper geworteld is dan bij andere rechtspersonen zoals verenigingen en stichtingen, voor welke rechtspersonen art. 2:9 BW evengoed geldt, blijkt ook uit de eerder aangehaalde parlementaire geschiedenis van de Derde Misbruikwet. Daarin noemde de Minister het beginsel van de collectieve verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van het bestuur voor het bestuursbeleid een "*fundamenteel en waardevol beginsel van vennootschapsrecht*"¹³⁶ en dus niet van het "*rechtspersonenrecht*". Het is onder meer ook terug te voeren op de (inmiddels vervallen) Departementale Richtlijnen 1986.¹³⁷ Deze Departementale Richtlijnen golden uitsluitend voor kapitaalvennootschappen. In par. 8 van de Departementale Richtlijnen was – kort gezegd – bepaald dat iedere bestuurder in het bestuurscollege van een kapitaalvennootschap ten minste één stem dient te hebben en dat geen der bestuurders meer stemmen kan uitbrengen dan de andere bestuurders tezamen.¹³⁸ Inmiddels is deze regel opgenomen in art. 2:129/239 lid 2 BW. Voorts was in par. 8 van de Departementale Richtlijnen uitdrukkelijk bepaald dat de statuten van de kapitaalvennootschap mochten regelen hoe binnen een meerhoofdig bestuur een besluit tot stand kwam. Deze regeling moest echter wel zodanig zijn dat iedere bestuurder aan de besluitvorming kon meewerken. De bepaling dat beslissingen over bepaalde onderwerpen aan het bestuur werden onttrokken was niet toegestaan. De bepaling dat een bestuurder speciaal was belast met bepaalde bestuurswerkzaamheden was wel toegestaan.

Voor verenigingen en stichtingen gelden de hiervoor genoemde dwingend-rechtelijke bepalingen (zoals art. 2:129/239 lid 2 BW) niet. Het bestuur van die rechtspersonen is minder gereguleerd en de mogelijkheid dat bij een meerhoofdig bestuur *de facto* slechts één bestuurder de macht uitoefent is daar

135. Dortmond 1990, p. 17.

136. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 36.

137. Vaststelling Richtlijnen 1986 voor het beoordelen van oprichtingen en van statutenwijzigingen van naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid.

138. Verdam 2013, par 3 en Galle 2007.

opengehouden.¹³⁹ In het verleden werd – onder verwijzing naar bestuursconstructies bij coöperaties en naar de niet-ongebruikelijke verdeling van taken bij verenigingen en stichtingen tussen enerzijds een dagelijks bestuur/directie en anderzijds een algemeen bestuur – zelfs de mogelijkheid in het midden gelaten dat het bestuur van een rechtspersoon over twee organen werd verdeeld.¹⁴⁰

Door de invoering van de Derde Misbruikwet is de verantwoordelijkheid van bestuurders van zogenoemde commerciële (aan vennootschapsbelasting onderworpen) verenigingen en stichtingen op grond van de artt. 2:50a en 2:300 BW gelijkgetrokken met die van bestuurders van kapitaalvennootschappen op grond van art. 2:138/248 BW. Het praktische belang van de met het collegialiteitsbeginsel samenhangende verplichtingen van individuele bestuurders is in het ondernemingsrecht daarmee verruimd in geval van faillissement van dergelijke rechtspersonen. Daarmee mag aangenomen worden dat bestuurders van commerciële verenigingen en stichtingen zich bewust zijn van het belang van hun invloed en betrokkenheid bij het bestuur en bij alle belangrijke aspecten die de rechtspersoon aangaan.

Bij de invoering van het sinds 1 januari 2013 luidende art. 2:9 BW is het praktische belang van het collegialiteitsbeginsel voor alle rechtspersonen ook verruimd buiten faillissement. In art. 2:9 BW is thans expliciet bepaald dat iedere bestuurder verantwoordelijk is voor het algemene beleid van de rechtspersoon, terwijl art. 2:9 BW betrekking heeft op *alle* rechtspersonen en niet alleen op kapitaalvennootschappen. In het hiervoor in par. 3.2 genoemde Voorstel van Wet bestuur en toezicht rechtspersonen van 8 juni 2016 wordt, zoals daar uiteengezet, voorgesteld om art. 2:138/248 BW niet alleen ex artt. 2:50a en 2:300 BW te laten gelden voor verenigingen en stichtingen die aan vennootschapsbelasting zijn onderworpen, maar ook voor andere verenigingen en stichtingen.¹⁴¹ Het onderscheid tussen de rechtspersonen onderling en tussen commerciële en niet-commerciële verenigingen en stichtingen wordt hiermee verlaten.¹⁴²

Inmiddels wordt dan ook aangenomen dat het collegialiteitsbeginsel, met de daarmee samenhangende collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid, geldt voor *alle* rechtspersonen. Galle schreef dat de collegialiteit in het verenigingsrecht en stichtingsrecht niet andersoortig is dan in het kapitaalvennootschappenrecht.¹⁴³

139. Zie hierover: Galle 2007 die pleit voor opheffing van die verschillen.

140. Van der Heijden/Van der Grinten/Honée & Hendriks-Jansen, *Handboek NV/BV* 1992/233.

141. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 2 (Voorstel van Wet).

142. D.N. de Boer en A. Schennink, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders in de semipublieke sector', *TOP* 2014/241.

143. Galle 2007.

Men dient zich echter te realiseren dat de wijzigingen die art. 2:9 BW sinds 1992 heeft ondergaan alsmede de wijzigingen die men thans voor ogen heeft, met name zijn ingegeven door enerzijds het faciliteren van een monistisch bestuursmodel (naast het dualistisch bestuursmodel) en anderzijds de wens om maatregelen te nemen ter verbetering van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in semipublieke sectoren (zoals in de woningbouw en de gezondheidszorg).¹⁴⁴ Het gegeven dat veel van de bedoelde rechtspersonen in semipublieke sectoren zijn vrijgesteld van de verplichting om vennootschapsbelasting te betalen, terwijl zij wel degelijk commerciële activiteiten ontplooiën, maakte dat dit soort stichtingen strikt genomen niet vielen onder de werking van de artt. 2:50a en 2:300 BW. Met het op 8 juni 2016 ingediende wetsvoorstel wordt dat euvel verholpen. Het feit dat verenigingen en stichtingen in semipublieke sectoren veelal een belangrijke maatschappelijke functie hebben waar grote (maatschappelijke en financiële) belangen spelen, terwijl deze rechtspersonen bovendien handelen met publiek geld, speelde daarin vanzelfsprekend een belangrijke factor. Gelet op de publieke taak van semipublieke instellingen hebben bestuurders te maken met een veel grotere groep stakeholders (waaronder de overheid) wiens (soms tegenstrijdige) belangen zij moeten respecteren. Het bestuur zal altijd een zorgvuldige afweging moeten maken waarbij alle belangen in acht moeten worden genomen en daarbij noopt omgaan met publiek geld tot een zwaardere zorgvuldigheidsnorm.¹⁴⁵ Van het bestuur van een organisatie die handelt ter uitvoering van een publieke taak en daarbij volledig van overheidsgeld afhankelijk is, mag immers een zekere voorzichtigheid bij het aangaan van (financiële) verplichtingen verwacht worden.¹⁴⁶ Ook zorgvuldigheidsverplichtingen buiten de financiële sfeer kunnen zwaarwegend zijn bij semipublieke instellingen of bij rechtspersonen met een maatschappelijk karakter en derhalve leiden tot aansprakelijkheid van bestuurders. Zo oordeelde de Rechtbank Noord-Nederland dat een stichting die in een zorgboerderij onderdak en dagbesteding aanbood aan mensen met een verstandelijke handicap, haar zorgvuldigheidsverplichtingen jegens hen ernstig had geschonden en dat de bestuurders in dat verband kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:138/248 BW kon worden verweten.¹⁴⁷

144. Brief aan de Tweede Kamer van 12 november 2013 (*Kamerstukken II* 2012-2013, 33750 VI, nr. 31) en Ambtelijk voorontwerp van de memorie van toelichting bij de Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met het verbeteren van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen alsmede de uniformering van enkele bepalingen daaromtrent voor alle rechtspersonen (Wet bestuur en toezicht rechtspersonen), <http://www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>. Zie voorts: De Boer en Schennink 2014.

145. De Boer en Schennink 2014; A. Hendrikse, 'Insolvente stichtingen en bestuurdersaansprakelijkheid', in: R.J. van Galen e.a. (red.), *De insolvente vennootschap, Insolad Jaarboek 2010*, Deventer: Kluwer 2010, p. 49.

146. Rb. Oost-Brabant 17 juli 2013, *RO* 2013/73 (*Stichting Bureau Jeugdzorg*); Hof Amsterdam 21 september 2010, *JOR* 2011/40 m.nt. J.B. Wezeman (*Stichting Freule Lauts van Aysma*).

147. Rb. Noord-Nederland 10 juni 2015, *JOR* 2016/2 m.nt. S.L. Rive (*Stichting Diogenes*).

Het collegialiteitsbeginsel lijkt in de loop der jaren dus aan belang te hebben toegenomen. Dit blijkt reeds uit het huidige art. 2:9 BW, waarin is opgenomen dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken. Het wordt voorts nog eens onderstreept in het wetsvoorstel van 8 juni 2016. Nadat in het daarin voorgestelde art. 2:9 BW is uiteengezet dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken en dat elke bestuurder tegenover de rechtspersoon is gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak, wordt in art. 2:9a lid 1 BW uitdrukkelijk bepaald dat de taak om (collegiaal) toezicht te houden op bestuurders niet middels een taakverdeling aan niet-uitvoerende bestuurders kan worden ontnomen:

“1. Bij de statuten kan worden bepaald dat de bestuurstaken worden verdeeld over één of meer niet uitvoerende bestuurders en één of meer uitvoerende bestuurders. De taak om toezicht te houden op de taakuitoefening door bestuurders kan niet door een taakverdeling worden ontnomen aan niet uitvoerende bestuurders. (...)”

De hiervoor – in het kort – geschetste achtergrond van het collegialiteitsbeginsel is van groot belang. De achtergrond laat naar mijn mening namelijk zien dat het niet vanzelfsprekend is dat het collegialiteitsbeginsel, met de daarmee samenhangende verplichting om collegiaal te besturen, met al zijn consequenties wordt doorgetrokken naar *alle* rechtspersonen. Dat zou met name niet zo moeten zijn bij (kleine) rechtspersonen die geen kapitaalvennootschap, commerciële vereniging of stichting zijn en die niet actief zijn in de semipublieke sector.¹⁴⁸ Voor bestuurders van deze rechtspersonen zal naar mijn mening steeds van geval tot geval moeten worden beoordeeld of een medebestuurder die geen *inhoudelijk* onbehoorlijke taakvervulling kan worden verweten,¹⁴⁹ wel *collegiaal* onbehoorlijke taakvervulling kan worden verweten als gevolg waarvan hij

148. De volgende vraag van Kamerleden naar aanleiding van het wetsvoorstel van 8 juni 2016 in *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 5 (Verslag), p. 3 lijkt mij dan ook terecht: “De genoemde leden lezen in het wetsvoorstel dat de regeling omtrent aansprakelijkheidsstelling bij faillissement wordt aangevuld. Dit biedt meer bescherming aan onbezoldigde bestuurders en commissarissen van niet-commerciële verenigingen en stichtingen en commissarissen van informele verenigingen. Deze leden zijn benieuwd of onder deze categorie ook omvangrijke en essentiële semipublieke instellingen kunnen vallen, zoals woningcorporaties en zorginstellingen.”

149. Welke inhoudelijk onbehoorlijke taakvervulling bij niet-commerciële rechtspersonen naar mijn mening minder snel zal moeten worden aangenomen. Zo schreef Y. Borrius in haar noot bij Hof 's-Hertogenbosch 20 december 2011, *JOR* 2012/103 m.nt. Y. Borrius (DLS) dat “de vele vrijwilligers die (onbezoldigd) bestuurstaken verrichten het leven mogelijk moet worden gemaakt. Met de inzet en beschikbaarheid van dergelijke bestuurders zou het snel gedaan zijn als aansprakelijkheidsrisico's om het minste op de loer liggen. Van de bestuurder/vrijwilliger kan niet dezelfde mate van kennis en betrokkenheid worden gevergd als van een beroepsbestuurder.”

zich niet kan disculperen. Van oudsher is het bij stichtingen en verenigingen, zoals gezegd, zo dat bestuurders zich meer op een specifieke taak kunnen richten, zonder zich per definitie bezig te hoeven houden met het algemene beleid. Dat art. 2:9 BW, dat is geschreven voor *alle rechtspersonen*, thans anders bepaalt, zou naar mijn mening niet af moeten doen aan het gegeven dat het collegialiteitsbeginsel bij die rechtspersonen minder diep geworteld is en dat de consequenties van het collegialiteitsbeginsel dus niet steeds ten volle moeten gelden. In het hiervoor reeds aangehaalde art. 2:9c lid 2 BW van het wetsvoorstel van 8 juni 2016 heeft de Minister bepaald dat dit lid niet van toepassing is op “*een onbezoldigd bestuurder van een vereniging of stichting die niet aan de heffing van de vennootschapsbelasting is onderworpen en op een onbezoldigd bestuurder van een vereniging waarvan de statuten niet zijn opgenomen in een notariële akte.*” Uit de memorie van toelichting blijkt dat de aanleiding daarvoor is dat:

*“de toepassing van de bedoelde regeling op alle rechtspersonen, het voor kleine, niet-commerciële verenigingen en stichtingen moeilijker kan maken om vrijwilligers te vinden voor de vervulling van bestuurs- of commissarisfuncties. (...) De drempel voor een succesvolle aansprakelijkstelling van de genoemde bestuurders en commissarissen wordt zo aanmerkelijk verhoogd. Hiermee wordt zoveel mogelijk voorkomen dat men zich ten onrechte door de regeling laat weerhouden om zich als vrijwilliger in te zetten als bijvoorbeeld bestuurder van een buurtvereniging of sportclub.”*¹⁵⁰

Zou niet ook buiten faillissement rekening moeten worden gehouden met deze omstandigheid? Ik meen van wel. Er zijn situaties denkbaar waarin het collegialiteitsbeginsel minder doorslaggevend moet zijn voor de beoordeling van de individuele aansprakelijkheid. In een geschil dat was voorgelegd aan de Rechtbank Noord-Holland, waarin de curator een vergeefs beroep deed op art. 2:50a jo. art. 2:138/248 BW¹⁵¹ en dat op basis van art. 6:162 BW werd beslecht, maar waarin dezelfde maatstaven werden gehanteerd als voor interne bestuurdersaansprakelijkheid, was dat het geval.¹⁵² Daarin werd bijvoorbeeld – mijns inziens terecht – geoordeeld dat een secretaris van een voetbalvereniging, die tevens statutair bestuurder was, niet aansprakelijk was voor de wanpraktijken van zijn medebestuurders gelet op de kleinschaligheid van de vereniging en zijn ondergeschikte rol in het bestuur. Hij was verantwoordelijk

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

151. Vergeefs omdat niet was komen vast te staan dat de vereniging onderworpen was aan vennootschapsbelasting.

152. Rb. Noord-Holland 2 september 2015, *JOR* 2016/122 (*Voetbal Vereniging Young Boys*), r.o. 4.22.

voor het bijhouden van de ledenadministratie en het bijhouden van wedstrijd-formulieren. Als de rechtbank het collegialiteitsbeginsel in deze zaak ongeclausuleerd had toegepast, zou de rechtbank de vraag hebben moeten stellen of de secretaris had ‘behoren te weten’ van de wanpraktijken (bijvoorbeeld juist gelet op de kleinschaligheid van de vereniging). Bij positieve beantwoording van die vraag had rechtbank vervolgens moeten oordelen dat de secretaris aansprakelijk was op grond van art. 6:162 BW omdat hij zou hebben verzuimd in te grijpen (zie in dit verband par. 10.8 inzake bewaarnemersrol van de bestuurder). Zover kwam het dus niet, naar mijn mening omdat de rechtbank deze consequenties van het collegialiteitsbeginsel gelet op de aard en omvang van de rechtspersoon niet vond passen. Ik denk dat deze conclusie niet anders was geweest indien de rechtbank had geoordeeld dat art. 2:50a jo. art. 2:138/248 BW in deze zaak wel van toepassing was. De secretaris had dan een beroep kunnen doen op de disculpatiemogelijkheid van art. 2:138/248 lid 3 BW. Een vergelijkbare situatie speelde bij een bestuurder van een stichting die een schoolkrant uitgaf. Deze bestuurder werd zelfs geacht niet aansprakelijk te zijn, terwijl de onbehoorlijke taakvervulling zich op het financiële beleid had voorgedaan.¹⁵³

Er moet ruimte blijven bestaan voor uitzonderingsgevallen waarin rekening wordt gehouden met de verscheidenheid van rechtspersonen die bijvoorbeeld geen kapitaalvennootschap zijn of geen onderneming drijven en waarin het collegialiteitsbeginsel in de praktische werkelijkheid een minder grote rol speelt (de stichting die een schoolkrant uitgeeft, de voetbalvereniging etc.). Zoals de Raad van State opmerkte bij het Wetsvoorstel van 8 juni 2016 “*is van belang dat er in*

153. Hof 's-Hertogenbosch 20 december 2011, *JOR* 2012/103 m.nt. Y. Borrius (*DLS*), hetgeen weliswaar externe bestuurdersaansprakelijkheid betrof, maar waarin het hof wel overwoog dat het feit dat de aangesproken bestuurder als voorzitter van het bestuur hoofdverantwoordelijke was binnen de stichting en dat zij de feitelijke werkzaamheden overliet aan een derde en, wat de financiële aspecten betreft, aanvankelijk afging op de penningmeester, achteraf gezien, naïef is geweest, maar niet kan worden bestempeld als een zodanig handelen dat haar daarvan een ernstig persoonlijk verwijt valt te maken. Borrius schreef in haar noot dat de mogelijke naïviteit van de aangesproken bestuurder haar door het hof niet wordt aangerekend, hetgeen Borrius gelet op de aard en activiteiten van de stichting – het uitgeven van een schoolkrant – volkomen terecht voorkomt. Alhoewel het hof dit niet nadrukkelijk als perspectief noemt, zullen het doel en de kernactiviteiten van de stichting en de daarmee verbonden risico's bij de beoordeling in ogenschouw zijn genomen. Met naïviteit zal een beroepsbestuurder van een professionele onderneming immers niet snel weggkomen. Dat dit overigens steeds van geval tot geval zal moeten worden beoordeeld, blijkt uit Hof Amsterdam 12 juni 2012, *JOR* 2012/348 (*Nederlandse Rode Kruis*) waarin een onbezoldigde (vrijwillige) penningmeester op grond van art. 2:9 BW aansprakelijk werd geacht voor het houden van onvoldoende collegiaal toezicht, als gevolg waarvan de secretaris buiten zijn zicht om frauduleuze onttrekkingen kon verrichten. Dat sprake was van een rechtspersoon met een maatschappelijke functie die beschikte over publieke gelden, zal daar zeker een rol in hebben gespeeld.

*Nederland enkele honderdduizenden stichtingen en verenigingen zijn. Achter dit aantal gaat een bonte verscheidenheid van al dan niet professioneel geleide organisaties schuil, variërend van zeer klein tot zeer groot, en een grote differentiatie in bestuursmodellen en toezichtstructuren, gebaseerd op een flexibel wettelijk kader dat veel ruimte laat voor eigen, statutaire regelingen”.*¹⁵⁴ De thans in art. 2:9 lid 2 BW opgenomen zinsnede dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken (zoals herhaald in art. 2:9 BW van het wetsvoorstel van 8 juni 2016), leidt volgens mij voor deze gevallen tot een onwenselijke uitkomst. In dat verband is de volgende opmerking in de Tweede Kamer naar aanleiding van het wetsvoorstel van 8 juni 2016 volkomen terecht:

*“De genoemde leden constateren dat de regering voor kleinere stichtingen en verenigingen bij faillissement hogere drempels voor aansprakelijkstelling geeft dan bij andere rechtspersonen. Zij kunnen dit – gezien het vaak informele karakter – heel goed plaatsen. Vrijwilligers moeten er niet van weerhouden worden om zich in te zetten voor het maatschappelijk middenveld. Bij de aansprakelijkheid op grond van artikel 9b BW wordt er echter geen onderscheid gemaakt. Waarom is dit het geval? Is het niet evenzeer gewenst om de drempel niet onnodig laag te maken?”*¹⁵⁵

De redenen om te overwegen art. 2:138/248 BW niet zonder meer van toepassing te verklaren op *alle* verenigingen en stichtingen, zoals dat thans is beoogd in art. 2:9c BW van het wetsvoorstel van 8 juni 2016 (zie par. 3.2),¹⁵⁶ gelden evengoed voor het huidige art. 2:9 BW. Bovendien doet de uitzondering genoemd in lid 2 van art. 2:9c BW, als gevolg waarvan “*de drempel voor een succesvolle aansprakelijkstelling van de genoemde bestuurders en commissarissen aanmerkelijk*” wordt verhoogd, mijns inziens nog onvoldoende recht aan de eerdergenoemde maatschappelijke werkelijkheid. De door mij in hoofdstuk 8 gedane voorstellen om de door de Minister voorgestelde art. 2:9 t/m 2:9c BW te

154. *Kamerstukken II 2015/16, 34 491, nr. 4 (Advies Raad van State en Nader Rapport)*, p. 2. Verder is opgemerkt: “Voorts is de Afdeling er niet van overtuigd dat de normen voor bestuur en toezicht van kapitaalvennootschappen (ondernemingen) een dermate algemeen karakter hebben dat zij zich lenen voor een rechtsvorm-neutrale toepassing” (p.2); “Daarbij dient bijvoorbeeld de wettelijke regeling van de vereniging dusdanig te zijn dat zij zowel een adequate basis biedt voor een vereniging met omvangrijke commerciële activiteiten, als voor een buurtvereniging of kleine sportvereniging” (p. 6); En: “Men kan aan de bestuurders van een kleine stichting waarbij de bestuurders voor hun bestuurswerk slechts een bescheiden vergoeding ontvangen, niet dezelfde eisen stellen als aan professionele bestuurders van bijvoorbeeld een woningcorporatie of zorginstelling met een daaraan gekoppelde vergoeding” (p. 10).

155. *Kamerstukken II 2015/16, 34 491, nr. 5 (Verslag)*, p. 4.

156. *Kamerstukken II 2015/16, 34 491, nr. 2 (Voorstel van Wet)*.

wijzigen, doen enerzijds recht aan de wens om uniforme regels voor alle rechtspersonen te creëren (“*De leden van de D66-fractie constateren dat het wetsvoorstel een algehele uniformering nastreeft tussen alle rechtspersonen*”)¹⁵⁷ en anderzijds aan de diversiteit tussen rechtspersonen.

3.7 De toetsingsregels voor art. 2:9 BW en het verband met art. 2:138/248 BW

3.7.1 *Inleiding: de relevantie van de parlementaire geschiedenis van art. 2:138/248 BW*

Als men in de parlementaire geschiedenis van art. 2:9 BW (oud, voorheen art. 2:8 BW), zoals dat tot 1 januari 2013 gold, gaat zoeken naar de toetsingsregels die een rechter dient toe te passen bij de vraag wanneer sprake is van onbehoorlijke taakvervulling, komt men bedrogen uit. De parlementaire geschiedenis van de bepaling, die dateert van 1962, beperkt zich, zoals eerder in par. 3.6.1 opgemerkt, tot de volgende opmerking:

*“Het ontwerp aanvaardt als algemeen beginsel, dat wanneer twee personen schuld aan het veroorzaken van schade hebben, zij hoofdelijk aansprakelijk worden; de mate van ieders schuld is slechts van belang bij het onderling verhaal als één van hen de gehele schuld heeft voldaan: de benadeelde hoeft zich niet te verdiepen in de mate van schuld van een ieder die jegens hen aansprakelijk is. Er bestaat geen reden, waarom dit beginsel niet eveneens op de aansprakelijkheid van bestuurders ener vereniging zou worden toegepast.”*¹⁵⁸

In de toelichting wordt gesproken over de vereniging, maar deze (enige) toelichting geldt voor alle rechtspersonen, omdat bij de invoering van het huidige BW de bepalingen voor (coöperatieve verenigingen) en vennootschappen zijn geschrapt en zijn samengevoegd in het huidige art. 2:9 BW.¹⁵⁹ A-G Huydecoper merkt in zijn conclusie bij het in 2003 gewezen arrest *Skipper Club Charter*¹⁶⁰ treffend op dat dit een “uiterst sobere” toelichting is bij het huidige art. 2:9 BW. De toelichting doet geen recht aan de moeilijkheden die komen kijken bij de beantwoording van de vraag of een bestuurder al dan niet is tekortgeschoten in zijn bestuurstaak en onbehoorlijke taakvervulling kan worden verweten, namelijk dat (i) besturen beleidsruimte impliceert die hand in hand gaat met

157. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 5 (Verslag), p. 3.

158. Van Zeben, Belifante & Van Ewijk 1962, *PG Boek 2 BW*, p. 138, 436 en 541.

159. Hetgeen blijkt uit voornoemde parlementaire geschiedenis. Zie voorts par. 3.2 hiervoor.

160. HR 4 april 2003, *NJ* 2003, 538 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 2003/134 m.nt. Y. Borrius (*Skipper Club Charter*), r.o. 9 en 10.

HOOFDSTUK 3

bestuursautonomie, (ii) de vraag wanneer sprake is van onbehoorlijke taakvervulling steeds een hoog casuïstisch gehalte heeft en (iii) de vraag altijd achteraf beantwoord moet worden met het gevaar van hindsight bias.

De wetgever heeft echter wel recht gedaan aan deze moeilijkheden in de parlementaire geschiedenis van het op 1 januari 1987 in werking getreden art. 2:138/248 BW (de Derde Misbruikwet).¹⁶¹ Tot het per 1 januari 2013 op grond van de Wet bestuur en toezicht ingetreden art. 2:9 BW was het met name *deze* parlementaire geschiedenis (en niet de uiterst summiere parlementaire geschiedenis van het tot dat moment geldende art. 2:9 BW) die meer duidelijkheid gaf over de vraag wat onbehoorlijk bestuur inhoudt en welke toetsingsregels daarvoor in acht moeten worden genomen. Dat deze parlementaire geschiedenis voor art. 2:9 BW van belang was en nog steeds is, blijkt uit de memorie van toelichting bij art. 2:138/248 BW. De Minister merkte op:

*“In de voorgestelde artikelen wordt aansluiting gezocht aan artikel 8 Boek 2 BW, waar het grondbeginsel van de bestuurdersaansprakelijkheid is geformuleerd als een gehoudenheid van het bestuur tegenover de rechtspersoon tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Indien het bestuur zijn taak niet behoorlijk heeft vervuld, kunnen de bestuurders worden aangesproken.”*¹⁶²

In zijn conclusie bij het standaardarrest *Staleman/Van de Ven* (waarnaar A-G Huydecoper in zijn voormeld arrest verwijst, na eerdergenoemde constatering te hebben gedaan) merkt A-G Mok dan ook terecht op dat men:

“voor de vraag wat moet worden verstaan onder ‘(on)behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak’ te rade kan gaan bij de parlementaire geschiedenis van art. 2:138/248 BW.”

en:

*“Blijkens de memorie van toelichting bij het ontwerp van die wet is daarbij aansluiting gezocht aan art. 2:8 BW (oud). In art. 8 is volgens deze m.v.t. het grondbeginsel van de bestuurdersaansprakelijkheid geformuleerd ‘als een gehoudenheid van het bestuur tegenover de rechtspersoon ‘tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak’. Er zou geen reden zijn om wat de rechtsgrond van die aansprakelijkheid betreft onderscheid te maken tussen situaties in en buiten faillissement.”*¹⁶³

161. Wijzigingswet van 16 mei 1986, Stb. 275 (de Derde Misbruikwet).

162. *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3 (MvT), p. 3 en 4.

163. HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*), r.o. 3.3.1.

Het verband tussen art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW is een gegeven. Toch verschilt de terminologie van beide wetsebepalingen. Beschouwt men de bepalingen nader, dan ziet men dat de terminologie van iedere wetsebepaling op zichzelf gezien evenmin consequent is. Dit lijkt (vooralsnog) niet anders te worden met het door de Minister op 8 juni 2016 ingediende Voorstel van Wet bestuur en toezicht rechtspersonen,¹⁶⁴ waarmee hij art. 2:138/248 BW wenst te verplaatsen naar de algemene bepalingen van Titel 1 van Boek 2 BW en wenst te henummeren naar een nieuw art. 2:9c BW (zie par. 3.2 hiervoor). Art. 2:9 BW, art. 2:138/248 BW respectievelijk de voorstellen voor een nieuw art. 2:9 BW, art. 2:9b BW en art. 2:9c BW, zoals verwoord in het wetsvoorstel van 8 juni 2016, spreken van:

- (i) de verplichting van “*een bestuurder*” tot “*een behoorlijke vervulling van zijn taak*” (art. 2:9 lid 1 BW);
- (ii) aansprakelijkheid ter zake van “*onbehoorlijk bestuur*” (art. 2:9 lid 2 BW);
- (iii) aansprakelijkheid van “*de bestuurder*” omdat “*het bestuur*” de “*taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld*” (art. 2:138/248 lid 1 BW);
- (iv) “*het bestuur*” dat zijn “*taak onbehoorlijk [heeft] vervuld*” indien niet is voldaan aan art. 2:10 BW en art. 2:394 BW (art. 2:138/248 lid 2, lid 3, lid 4 BW);
- (v) het vermoeden dat de “*onbehoorlijke taakvervulling*” een belangrijke oorzaak is van het faillissement (art. 2:138/248 lid 2 BW);
- (vi) “*de bestuurder*” die bewijst dat de “*onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur*” niet aan hem is te wijten (art. 2:138/248 lid 3 BW);¹⁶⁵
- (vii) de verplichting “*tot een behoorlijke vervulling van zijn taak*” (voorstel art. 2:9 lid 3 BW);
- (viii) aansprakelijkheid ter zake van “*onbehoorlijk bestuur*” (voorstel art. 2:9b BW);
- (ix) “*het bestuur*” dat “*zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld*” (voorstel art. 2:9c lid 1 BW); en
- (x) “*onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur*” (voorstel art. 2:9c lid 3 BW).

Mede door het verschil in de hiervoor weergegeven terminologie tussen art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW is in de literatuur veel gediscussieerd over de vraag of de ‘maatstaf’ voor aansprakelijkheid van bestuurders ex art. 2:9 BW en ex art. 2:138/248 BW hetzelfde of verschillend is. De hierna in deze paragraaf aan de orde komende soms niet eenduidige parlementaire geschiedenis van art. 2:138/248 BW, waarin de term ‘misbruik’ een belangrijke rol heeft gespeeld,

164. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 2 (Voorstel van Wet).

165. Art. 2:138/248 lid 4 en lid 5 BW spreken ook over ‘onbehoorlijke taakvervulling’ en niet over ‘kennelijk onbehoorlijke taakvervulling’.

heeft daar verder aan bijgedragen. Datzelfde geldt voor de jurisprudentie op het gebied van aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW sinds het arrest *Staleman/Van de Ven*.¹⁶⁶ Met die jurisprudentie is namelijk de ernstigverwijtmaatstaf geïntroduceerd, welke maatstaf verschilt met de maatstaf die in de jurisprudentie over aansprakelijkheid op grond van art. 2:138/248 BW is ontwikkeld, namelijk die van ‘het handelen zoals geen redelijk denkend bestuurder gehandeld zou hebben’.¹⁶⁷

Glasz merkte in 1986 reeds op “*dat het behoorlijke regime van art. 2:8 BW [oud, thans art. 2:9 BW], dat de interne contractuele norm bepaalt, nu ook gebruikt wordt als norm voor gedrag tegenover derden. Een kluif voor de rechtstheoretici*”.¹⁶⁸ Een kluif is het zeker. Ook bij de behandeling van het laatste wetsvoorstel van 8 juni 2016 is de vraag aan de orde gekomen wat het verschil is tussen de (aansprakelijkheids)norm van art. 2:9 BW (althans het voorgestelde art. 2:9b BW) en de (aansprakelijkheids)norm van art. 2:138/248 BW (althans het voorgestelde art. 2:9b BW) en wat de zelfstandige waarde is van art. 2:138/248 BW.¹⁶⁹ Om het verschil tussen de betekenis van art. 2:9 BW en art. 2:138/48 BW goed te begrijpen, kan men in plaats van te spreken over een ‘maatstaf’ of een ‘norm voor aansprakelijkheid’ echter beter het onderscheid maken tussen gedragsnormen, toetsingsregels en beslissingsregels.¹⁷⁰ Ik ben van mening dat de gedragsnormen waar art. 2:138/248 BW betrekking op heeft en de toetsingsregels (om de schending van die gedragsnormen te toetsen) niet verschillen met de gedragsnormen en toetsingsregels die zijn beoogd met art. 2:9 BW (hetgeen ik hierna in par. 3.7.4 nader zal toelichten). Uitsluitend de beslissingsregels die de rechter dient te hanteren om al dan niet tot aansprakelijkheid te komen verschillen (zie hierna par. 3.7.5), maar dat is voor de beoordeling van de schending van de gedragsnorm van de bestuurder niet relevant.¹⁷¹ Omdat de hiervoor weergegeven verschillende terminologieën uit art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW steeds betrekking hebben op de gedragsnorm die op de bestuurder rust (‘gij zult niet (kennelijk) onbehoorlijk uw taak vervullen’), maak

166. HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*), r.o. 3.3.1.

167. HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 454 en *JOR* 2001/171 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Gilhuis q.q. Panmo/H*). In dat arrest wordt de overweging van het hof dat “*kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van dat artikel impliceert dat aan bestuurders een ernstig verwijt gemaakt kan worden*” door de Hoge Raad overigens onbesproken gelaten, zie r.o. 3.7.

168. Glasz 1986, p. 85.

169. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 5 (Verslag), p. 6.

170. Zie ook: Strik 2010, p. 55 die een vergelijkbare conclusie trekt, doch in dat verband het belang benadrukt om in deze discussie onderscheid te maken tussen gedragsnormen, toerekeningsmaatstaven en rechterlijke toetsingsnormen.

171. Zie par. 2.3.7 voor het onderscheid tussen gedragsnormen, beslissingsregels en toetsingsregels.

ik in dit proefschrift bewust geen onderscheid tussen deze terminologieën. Ik noem de norm die art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW opleggen de *‘behoorlijke taakvervullingsnorm’* (zie hierna par. 3.7.2).

Het belang van de hierna in deze paragraaf 3.7 gegeven vrij uitvoerige toelichting op de parlementaire geschiedenis van art. 2:138/248 BW, is allereerst gelegen in het vormen van een goed begrip van de strekking van art. 2:9 BW en in het vastleggen van de toetsingsregels die gelden voor het beoordelen van aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW.¹⁷² Hiermee zal ik in latere hoofdstukken onderbouwen waarom de ernstigverwijtmaatstaf naar mijn mening rechtstheoretisch niet te rechtvaardigen is. Het belang is daarnaast gelegen in de rechtszekerheid die wordt bereikt door het gebruikmaken van een uniforme terminologie in wetsbepalingen die betrekking hebben op dezelfde gedragsnormen (recht uit zich zoals gezegd in taal, zie par. 2.2). Nu het wetsvoorstel van 8 juni 2016 beoogt art. 2:138/248 BW, onder een henummering naar een nieuw art. 2:9c BW, te verplaatsen naar de algemene bepalingen van Titel 1 van Boek 2 BW, biedt dit een goede gelegenheid om de terminologie van de betrokken bepalingen te uniformeren en in alle bepalingen uitsluitend nog te spreken van ‘onbehoorlijke taakvervulling’.¹⁷³

Wat bij mijn hiernavolgende beschouwingen over de parlementaire geschiedenis van art. 2:138/248 BW in het achterhoofd dient te worden gehouden is dat het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid destijds (begin jaren tachtig) nog niet was ontwikkeld en er nauwelijks jurisprudentie bestond (zie par. 1.1). Het leerstuk stond destijds in de kinderschoenen en bepaalde uitgangspunten die nu als vanzelfsprekend gelden, werden toen voor het eerst in volle breedte door de wetgever besproken. Het is in dat verband van belang de omvangrijke parlementaire geschiedenis van art. 2:138/248 BW als een geheel te beschouwen en onderdelen daarvan niet uit de context te plaatsen. Uiteraard voert het te ver om de gehele (omvangrijke) parlementaire geschiedenis in dit proefschrift over te nemen. Ik ben genooddaakt om slechts naar onderdelen daarvan te verwijzen. Mijn visie op deze onderdelen is echter wel gebaseerd op een analyse van de parlementaire geschiedenis als geheel.

172. Zie ook: Westenbroek 2016c.

173. Vgl. Huizink 2011, p. 7: “Het is niet handig om in één wetsbepaling te refereren aan *behoorlijke taakvervulling van elke bestuurder enerzijds en onbehoorlijk bestuur anderzijds.*”

HOOFDSTUK 3

3.7.2 *(Kennelijk) onbehoorlijke taakvervulling als rechtsgrond voor aansprakelijkheid (de 'behoorlijke taakvervullingsnorm')*

Vooropgesteld moet worden dat onbehoorlijke taakvervulling een eigen rechtsgrond vormt voor aansprakelijkheid tegenover de rechtspersoon. Die onbehoorlijke taakvervulling is de wettelijke basis waarop de rechtspersoon buiten faillissement en de curator binnen faillissement een bestuurder aansprakelijk kan stellen. Hoewel de rechtsgrond voor aansprakelijkheid voor beide gevallen in verschillende bepalingen is neergelegd, namelijk art. 2:9 BW respectievelijk art. 2:138/248 BW, is de feitelijke rechtsgrond voor aansprakelijkheid hetzelfde. Zo merkte de Minister op:

*“Er is geen reden om wat de rechtsgrond voor die aansprakelijkheid betreft onderscheid te maken tussen situaties in en buiten faillissement.”*¹⁷⁴

Naar aanleiding hiervan werd bij de behandeling van het wetsontwerp de volgende vraag gesteld over de rechtsgrond van aansprakelijkheid:

*“De memorie van toelichting zegt dat aansluiting is gezocht bij artikel 8, Boek 2 BW en dat er geen reden is om wat betreft de rechtsgrond van de aansprakelijkheid onderscheid te maken tussen situaties in en buiten faillissement. De leden van de P.v.d.A.-fractie vroegen of nu juist niet het kenmerkende verschil tussen beide bepalingen is dat artikel 8 de gebondenheid van de bestuurder tot behoorlijke taakvervulling tegenover de rechtspersoon betreft terwijl artikel 138 betrekking heeft op behoorlijke taakvervulling ten aanzien van de crediteuren. Kunnen deze twee verplichtingen van de bestuurder niet met elkaar op gespannen voet staan en is een grotere verantwoordelijkheid ten opzichte van de rechtspersoon dan ten opzichte van crediteuren niet acceptabel? Deze leden wilden hierop graag de visie van de minister vernemen.”*¹⁷⁵

De Minister antwoordde hierop als volgt:

“Mij dunkt dat hier een tegenstelling wordt geschapen die er niet is. Wanneer de toelichting stelt dat er geen reden is om wat de rechtsgrond van de aansprakelijkheid betreft onderscheid te maken tussen situaties in en buiten faillissement en dat onbehoorlijke taakvervulling grondslag kan zijn zowel voor aansprakelijkheid van de bestuurders tegenover de vennootschap als voor aansprakelijkheid tegenover de schuldeisers van de vennootschap, dan

174. Kamerstukken II 1980/81, 16 631, nr. 3 (MvT), p. 3 en 4.

175. Kamerstukken II 1981/82, 16 631, nr. 5 (Voorlopig Verslag), p. 11.

wordt daarmee bedoeld aan te geven dat die beide aansprakelijkheden in elkaars verlengde liggen, veeleer dan dat zij met elkaar op gespannen voet zouden staan. De aansprakelijkheid jegens de vennootschap staat daarbij voorop, immers de bestuurders zijn in de eerste plaats tegenover de vennootschap gehouden tot een behoorlijke taakvervulling. Deze uit artikel 8 voortvloeiende aansprakelijkheid gaat verder dan de aansprakelijkheid jegens de schuldeisers, immers gedrag dat schadelijk is voor de vennootschap doch dat niet tot haar faillissement leidt kan reeds grond zijn voor een actie tegen de bestuurders. (...) De aansprakelijkheid uit artikel 8 en uit de artikelen 138 en 248 liggen dus niet alleen in elkaars verlengde, zij lopen ook parallel wanneer het gedrag van de bestuurders zowel de vennootschap als de schuldeisers grond geeft tot het instellen van een vordering.”¹⁷⁶ (onderstreping toegevoegd)

Uit het voorgaande antwoord blijkt dat de aansprakelijkheid van de bestuurder zowel in een situatie buiten faillissement (art. 2:9 BW) als binnen faillissement (art. 2:138/248 BW) moet worden gevonden in de rechtsgrond van “*onbehoorlijke taakvervulling*”. Anders gezegd, de aansprakelijkheid ligt in de schending van de ‘behoorlijke taakvervullingsnorm’. Dit is van belang om te constateren omdat in het verleden is betoogd dat art. 2:9 BW niet als zelfstandige rechtsgrond voor aansprakelijkheid kon fungeren, maar dat Boek 6 BW bepalend blijft, hetgeen mijns inziens onjuist is en mede een rol heeft gespeeld bij de – mijns inziens onterechte – introductie van de ernstigverwijtmaatstaf (zie par. 4.3 en par. 5.3.5 hierna). Ook blijkt dat de aansprakelijkheid binnen faillissement “*in het verlengde*” ligt van en zelfs “*parallel*” loopt met de aansprakelijkheid buiten faillissement. Wat de Minister hiermee naar mijn idee bedoelde, wordt hierna in par. 3.7.4 e.v. duidelijk gemaakt.

3.7.3 *Onbehoorlijke taakvervulling van ‘het bestuur’ of van individuele ‘bestuurders’?*

De termen ‘onbehoorlijk bestuur’ als bedoeld in art. 2:9 lid 2 BW en ‘kennelijke onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur’ als bedoeld in art. 2:138/248 lid 1 BW¹⁷⁷ betreffen kwalificaties die het gehele bestuursorgaan raken. De term ‘gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak’ uit art. 2:9 lid 1 BW betreft daarentegen een kwalificatie die de individuele bestuurder raakt. Ten tijde van de totstandkoming van de parlementaire geschiedenis van art. 2:138/248 BW bestond art. 2:9 lid 2 BW nog niet, maar bestond het vrijwel gelijk-luidende art. 2:8 BW waarin uitsluitend werd gesproken over een gehoudenheid

176. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 20. Zie ook art. 2:138/248 lid 8 BW.

177. Art. 2:138/248 lid 1 BW spreekt van ‘kennelijk onbehoorlijke taakvervulling’ terwijl lid 2, 3, 4 en 6 spreken van ‘onbehoorlijke taakvervulling’.

HOOFDSTUK 3

van de individuele bestuurder ‘tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak’ (zie par. 3.2). Het verschil in de terminologie van beide bepalingen leidde tot vragen die de Minister als volgt beantwoordde:

*“De leden van de fractie van D’66 wijden nog uitvoerige beschouwingen aan de verschillen tussen artikel 8 en het voorgestelde artikel 138, waarbij zij er op wijzen dat het in artikel 8 gaat om de afzonderlijke bestuurders, terwijl er in artikel 138 sprake is van onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. Zij menen dat hier van een vergissing sprake moet zijn, (...). Wat dit betreft merk ik in de eerste plaats op, dat ook al spreekt artikel 8 van een gehoudenheid van iedere individuele bestuurder tot behoorlijke taakvervulling, daarmee uiteraard niet wordt ontkend dat ook het bestuur als geheel tot een dergelijke behoorlijke taakvervulling gehouden is. Voorts stel ik met de aan het woord zijnde leden vast, dat in de theorie het beginsel van de collectieve verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van het bestuur voor het bestuursbeleid wordt aangenomen en dat die beleidsbepaling steeds een aangelegenheid is die, in de woorden van artikel 8, tot de werkring van alle bestuurders behoort. In het voorgestelde artikel 138 (248) wordt op die gedachtegang voortgebouwd en uitdrukkelijk uitgegaan van een collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur voor met name het financiële beleid van de vennootschap.”*¹⁷⁸

Van een vergissing was dus geen sprake. De wetgever beoogde slechts het reeds bestaande beginsel van collectieve verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid, waar art. 2:9 BW van uitging (zie hiervoor par. 3.6), concreter vast te leggen in art. 2:138/248 BW. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dan ook dat de Minister zowel de term ‘onbehoorlijk bestuur’ als de term ‘onbehoorlijke taakvervulling’ hanteert in het kader van art. 2:138/248 BW, terwijl die bepaling zelf uitsluitend spreekt van ‘onbehoorlijke taakvervulling’. Dat in art. 2:9 BW wordt gesproken van een gehoudenheid tot een behoorlijke vervulling van de taak van een individuele ‘bestuurder’ en in art. 2:138/248 BW van onbehoorlijke taakvervulling van ‘het bestuur’, betekent dus niet dat daarmee een verschillende benadering is beoogd.¹⁷⁹ Als een individuele bestuurder zijn taak

178. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 36.

179. In het Voorontwerp Insolventiewet 1 november 2007 van de Commissie Insolventierecht 2007 (S.C.J.J. Kortmann, B. Wessels, J.W. Winter e.a.), dat weliswaar niet heeft geleid tot de daarin beoogde verplaatsing van art. 2:138/248 BW naar de Faillissementswet, is in dit verband opgemerkt (p. 179) dat, in afwijking van art. 2:138/248 BW, in het voorgestelde art. 8.2 werd gesproken over onbehoorlijke taakvervulling door een bestuurder en niet door het bestuur: “Daarmee wordt duidelijker dan voorheen tot uitdrukking gebracht dat ook bij een meerhoofdig bestuur kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door één van de bestuurders, vanwege het collegiale karakter van het bestuur, leidt tot onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur.”

onbehoorlijk heeft vervuld is per definitie sprake van onbehoorlijk bestuur en dus van aansprakelijkheid van hemzelf en van het bestuursorgaan als collectief, waarbij individuele medebestuurders die deel uitmaken van dat orgaan zich kunnen disculperen.¹⁸⁰

3.7.4 *‘Kennelijk’ onbehoorlijk bestuur en onbehoorlijk bestuur: gedragsnormen en toetsingsregels zijn hetzelfde*

Om goed te begrijpen dat de gedragsnormen en toetsingsregels van art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW niet verschillen, moet worden stilgestaan bij de vraag hoe het verschil in terminologie tussen beide bepalingen is ontstaan. Het antwoord op die vraag is naar mijn mening niet erg bevredigend maar wel de realiteit. Om te beginnen moet worden opgemerkt dat het woord ‘kennelijk’ geen onderdeel was van het oorspronkelijke wetsontwerp van art. 2:138/248 BW,¹⁸¹ maar is toegevoegd naar aanleiding van de discussie over de bepaling in de Tweede Kamer. Het wetsontwerp sprak over aansprakelijkheid indien *“het bestuur zijn taak niet behoorlijk heeft vervuld”*. Beschouwt men de wetsgeschiedenis, dan blijkt dat de bedoelde discussie noch de toevoeging van het woord ‘kennelijk’ ten doel had om af te wijken van het in art. 2:9 BW ingelezen grondbeginsel van bestuurdersaansprakelijkheid als een gehoudenheid (dus: een gedragsnorm) van het bestuur tegenover de rechtspersoon tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak (zie par. 3.7.1). De toevoeging lijkt vooral een gevolg van het feit dat het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW destijds (begin jaren tachtig) nog niet was ontwikkeld (zie par. 1.1 en de uiterst

180. Zie in dit verband: Huizink 2011, p. 7 waarin hij over het huidige art. 2:9 BW, dat op 1 januari 2013 in werking is getreden maar zich toen nog in de fase van een wetsvoorstel bevond, nog schreef: *“Ik denk dat schending van art. 2:9 lid 1, eerste volzin, net als onder het huidige art. 2:9 BW [oud] betekent dat er dan sprake is van onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur als college. Dat impliceert dat “onbehoorlijk bestuur” in art. 2:9 lid 2, tweede volzin, van het wetsvoorstel op dezelfde wijze moet worden gelezen als onbehoorlijke vervulling van zijn taak in art. 2:9 lid 1, eerste volzin. Het voorgestelde art. 2:9 beoogt immers niet twee verschillende vormen van bestuurdersaansprakelijkheid te vestigen. Wat dat aangaat lijkt het huidige art. 2:9 BW consistenten dan art. 2:9 volgens het Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht. Het is niet handig om in één wetsbepaling te refereren aan behoorlijke taakvervulling van elke bestuurder enerzijds en onbehoorlijk bestuur anderzijds.”* Ik onderken overigens dat in de literatuur wordt betoogd dat de term ‘behoorlijke taakvervulling’ ziet op de verantwoordelijkheid van de bestuurder om zijn taak behoorlijk te vervullen, maar dat het tekortschieten in die verantwoordelijkheid nog niet tot onbehoorlijk bestuur en dus tot aansprakelijkheid leidt. Zie bijvoorbeeld: Asser/Maeijer 2-III 2000/320; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/439; Kroeze, Timmerman & Wezeman 2007, p. 145 e.v.; Wezeman 2010, p. 96; Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 101. Ik deel die visie niet en zal daar later in par. 5.3.3 op terugkomen.

181. *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nrs. 1-2 (Ontwerp van Wet), p. 2.

summiere parlementaire geschiedenis van art. 2:9 BW (oud) zoals geciteerd in par. 3.7.1) en bepaalde uitgangspunten, die nu als vanzelfsprekend gelden, voor het eerst in volle breedte door de wetgever werden besproken in de parlementaire geschiedenis van art. 2:138/248 BW.

De aanleiding van de introductie van het woord ‘kennelijk’ was de vrees die in de Tweede Kamer werd uitgesproken dat de ontwerptekst van art. 2:138/248 BW te snel tot aansprakelijkheid kon leiden, bijvoorbeeld omdat altijd sprake is van een beoordeling achteraf met het gevaar van hindsight bias, als gevolg waarvan de bestuurder persoonlijke risico’s zou lopen:

“Verschillende schrijvers (...) hebben erop gewezen dat de grens tussen behoorlijke en onbehoorlijke taakvervulling vaag is. Bovendien is altijd sprake van een beoordeling achteraf als alle feiten en omstandigheden bekend zijn. Niet-behoorlijke taakvervulling hoeft nog geen misbruik te betekenen. Wordt niet te veel aan de rechter overgelaten om de schapen van de bokken te scheiden? Wordt door deze regeling niet de aansprakelijkheid van bestuurders voor beleidsfouten en domheden verzwaaard, (...)? (Ondernemen moet toch nog wel mogelijk blijven zonder al te grote persoonlijke risico’s). Wat vindt de minister van het door verschillende schrijvers gedane voorstel om het woordje «kennelijk» in te voegen, dat wil zeggen het bestuur heeft zijn taak kennelijk niet behoorlijk vervuld? Het woordje «kennelijk» zou dan ook in de andere desbetreffende leden moeten worden opgenomen.”¹⁸²

De Minister kon instemmen met de toevoeging van het woordje ‘kennelijk’ om aan de vrees tegemoet te komen dat ‘te snel’ tot aansprakelijkheid zou worden geconcludeerd. De toevoeging van het woordje ‘kennelijk’ beoogde die vrees weg te nemen. De Minister merkte in dit verband in de memorie van antwoord op:

“Evenwel is er aanleiding om door toevoeging van het woord «kennelijk» volstrekt duidelijk te maken dat het onbehoorlijke karakter van het handelen of nalaten van het bestuur buiten kijf moet staan en dat er in geval van twijfel (de «grijze zone») geen aansprakelijkheid ontstaat. Daarmee wordt de in het voorlopig verslag op verschillende plaatsen doorklinkende vrees dat er te snel onbehoorlijke taakvervulling zou worden aangenomen, weggenomen. Onbehoorlijk bestuur moet overigens wél worden onderscheiden van «onzakelijk», «ondoordacht», «onverstandig» of ander voor de (schuld-eisers van de) vennootschap nadelig uitgevallen bestuur dat op zich zelf niet onbehoorlijk behoeft te zijn. In de term ‘onbehoorlijk’ moet vooral het element van ‘verwijtbaarheid’ worden gelezen.”¹⁸³

182. Kamerstukken II 1981/82, 16 631, nr. 5 (Voorlopig Verslag), p. 11.

183. Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 3-4.

(...)

*“Fouten of misrekeningen in het zakelijke vlak kunnen in het algemeen niet als misbruik worden bestempeld.”*¹⁸⁴

(...)

*“[Het gaat] om gedragingen of nalatigheden die als schuldige verwaarlozing van de bestuurstaak kunnen worden aangemerkt en niet is bedoeld de bestuurders een verwijt te maken van fouten, misrekeningen (...).”*¹⁸⁵

(...)

*“Het is niet de bedoeling de bestuurders te straffen voor onopzettelijke domheden en beleidsfouten.”*¹⁸⁶

(...)

*“Door verschillende schrijvers is het voorstel gedaan, het woord «kennelijk» toe te voegen, waardoor de strekking van de bepaling duidelijker tot uitdrukking zou worden gebracht. Door die toevoeging zou in hun opvatting alleen een «in het oog springende», een bij wijze van spreken elke twijfel uitsluitende onbehoorlijkheid van de taakvervulling in aanmerking komen. Ik kan met dit voorstel meegaan, waarbij ik voor zover nodig nog wel wil onderstrepen, dat «kennelijk onbehoorlijke taakvervulling» een minder strenge toetssteen vormt dan de thans in de artikelen 138 en 248 gebruikte term «grove schuld of grove nalatigheid» en dat de toevoeging uitsluitend buiten twijfel wil brengen dat elk gebrekkig bestuur op zich zelf nog geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert.”*¹⁸⁷

(...)

“De aan het woord zijnde leden onderschreven, dat het er niet om gaat de bestuurders aansprakelijk te maken voor het tekort indien niet hun onbehoorlijke taakvervulling doch een andere oorzaak het faillissement heeft teweeg gebracht. Zij verbinden daaraan de wens, dat misbruik wordt omschreven. Immers onbehoorlijk bestuur kan bestaan zonder dat er van

184. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 14.

185. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 20-21.

186. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 21.

187. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 21.

*misbruik sprake is, aldus deze leden. Op dit punt, dat deze leden in hun algemene beschouwingen reeds te berde hebben gebracht, ben ik naar aanleiding van die beschouwingen reeds in den brede ingegaan. Dat onbehoorlijk bestuur geen misbruik zou zijn kan ik niet onderschrijven. Wel ben ik het er mee eens, dat niet elke onverstandige of onjuiste beslissing als onbehoorlijk bestuur mag worden aangemerkt.”*¹⁸⁸

De toevoeging van het woord ‘kennelijk’ en de hiervoor geciteerde opmerkingen van de Minister kunnen (zeker als deze uit de context wordt gehaald) voeding hebben gegeven aan de gedachte dat de normen van art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW verschillend zijn, mede in het licht van het feit dat art. 2:138/248 BW een ‘misbruik’-bepaling is. Dit suggereert dat de bepaling alleen beoogt bepaald malafide gedrag tegen te gaan en dat het daarmee een strengere tegenhanger is van art. 2:9 BW.¹⁸⁹ Hoewel de hiervoor – mijns inziens niet bepaald zorgvuldig – gekozen woorden van de Minister deze gedachte begrijpelijk maken, was dat volgens mij echter niet de bedoeling van de Minister en is deze gedachte onjuist.¹⁹⁰ De Minister merkte, zoals hiervoor blijkt, immers ook op dat hij niet kan onderschrijven dat onbehoorlijk bestuur geen misbruik zou zijn. De Minister heeft voorts duidelijk gemaakt dat voor aansprakelijkheid ex art. 2:138/248 BW niet per se vereist is dat de bestuurder het oogmerk op ‘misbruik’ had. De Minister noemde weliswaar het voorbeeld van de koppelbaas als “meest evidente voorbeeld van misbruik” en “gedragingen die er op gericht zijn (...) dat het ondernemingsrisico wordt afgewenteld op de schuldeisers”.¹⁹¹ Hij merkte echter ook op dat “onverantwoordelijk bestuurlijk gedrag” of een “schuldige verwaarlozing van de bestuurstaak”¹⁹² leidt tot aansprakelijkheid.

188. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 28-29

189. In Rb. Arnhem 19 januari 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AS5804 (*Willard q.q./Mensa & Data Holding*) r.o. 38 is bijvoorbeeld overwogen: “Waar het hier gaat over de bestuurdersaansprakelijkheid in het kader van een gevolgd faillissement, zal er bovendien sprake moeten zijn van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door de bestuurder, wil de curator zich kunnen beroepen op artikel 2:248 lid 1 BW. Deze eis is strenger dan de tegenhanger van de behoorlijke taakvervulling van artikel 2:9 BW.” Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 1071 lijken die mening te delen en stellen dat er weliswaar een semantische samenhang bestaat, maar dat de begrippen uit art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW niet standard samenvallen.

190. In Rb. Arnhem 5 maart 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC6873 (*Helmstrijd q.q./Verweijen*) r.o. 4.1 is mijns inziens dan ook terecht overwogen: “In de regel zal bij schending van de norm van behoorlijke taakvervulling uit artikel 2:9 BW tevens sprake zijn van onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:248 BW.” Dit laatste is uiteraard alleen het geval als sprake is van faillissement veroorzaakt door schending van die gedragsnorm.

191. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 13 en 14.

192. Met de term ‘schuldige’ werd naar mijn idee bedoeld dat de bestuurder zich niet kan disculperen omdat hem schuld treft. Zie hierover ook par. 3.6.4 en par. 3.8.

De Minister noemde in dit verband talloze andere omstandigheden als voorbeelden waar ‘misbruik’ (zoals dat in de context van art. 2:138/248 BW wordt begrepen)¹⁹³ zich kan voordoen, zoals:

“met lichtvaardig opgerichte, slecht geleide en onvermogende vennootschappen, welke bestuurders schulden ten name van de vennootschap aangaan zonder zich voldoende rekenschap te geven van de vraag of de vennootschap die schulden wel zal kunnen voldoen”;

(...)

“het opzetten van bepaalde vennootschappelijke constructies, (...) indien benadeling van schuldeisers daarvan het redelijkerwijs te verwachten gevolg is”;

(...)

“[gedragingen] die er wel toe moeten leiden dat het ondernemingsrisico wordt afgewenteld op de schuldeisers”;

(...)

“het nemen van zakelijke risico’s die ook gezien vanuit het tijdstip van de beslissing als onverantwoordelijk moeten worden aangemerkt.”¹⁹⁴

De Minister zei in dit verband:

“In deze gevallen is de grens tussen malafide gedrag en slecht management wellicht niet altijd scherp te trekken, maar de rechtspraak heeft herhaaldelijk persoonlijke aansprakelijkheid van directeuren-aandeelhouders in dergelijke gevallen aangenomen.”¹⁹⁵

193. Misbruik in de context van art. 2:138/248 BW is daarom een breder begrip dan de term ‘misbruik’ in het normale taalgebruik en omvat, zoals in deze par. 3.7 zal worden toegelicht, tevens onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:9 BW.

194. *Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 13 en 14.* Hij noemde deze voorbeelden naast de “meest sprekende voorbeelden” die in de wet zijn genoemd, “namelijk het niet bijhouden van een boekhouding of het verwaarlozen van de verplichting tot het openbaar maken van de jaarrekening.” Uit het voorgaande volgt dat ook bij de term ‘onbehoorlijke taakvervulling’ van art. 2:138/248 BW een objectieve toets centraal staat, net zoals bij art. 2:9 BW.

195. *Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 14.*

HOOFDSTUK 3

De Minister merkte bovendien in de memorie van antwoord op:

*“In ieder geval (...) zal er van wettelijke regelingen als de voorgestelde een preventieve werking uitgaan, wanneer bestuurders van vennootschappen er zich meer van bewust worden dat zij persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld wanneer zij hun taak niet behoorlijk vervullen.”*¹⁹⁶

(...)

*“Dat een zekere prijs moet worden betaald voor het voorrecht van beperking van aansprakelijkheid, ook in termen van de noodzaak tot naleving van wettelijke voorschriften die de besloten vennootschapsvorm inhoudelijk verbeteren, acht ik onvermijdelijk. Dat aan bestuurders van besloten vennootschappen zekere eisen worden gesteld op dit terrein lijkt mij aanvaardbaar.”*¹⁹⁷

(...)

*“Het wetsontwerp steunt op de gedachten dat een bestuurder moet instaan voor zijn kwaliteiten als zodanig en dat elke bestuurder, ongeacht de interne taakverdeling binnen het bestuur en zijn plaats daarin, ten aanzien van het financieel beleid en de preventie van onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een gelijke verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid heeft.”*¹⁹⁸

(...)

*“Door aan het woord onbehoorlijk bij nota van wijzigingen «kennelijk» toe te voegen wordt buiten twijfel gebracht, dat het hier inderdaad gaat om duidelijk als onverantwoordelijk of zelfs als malafide gedrag aan te merken handelingen en niet bij voorbeeld om beslissingen tot het doen van investeringen die als zakelijk verantwoord risico niettemin tot verlies voor de vennootschap kunnen leiden.”*¹⁹⁹

(...)

*“De norm is overigens geen andere dan reeds van oudsher geldt voor bestuurders van rechtspersonen.”*²⁰⁰

196. Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 15.

197. Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 16.

198. Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 19.

199. Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 25.

200. Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 40.

In de nota naar aanleiding van het eindverslag merkte de Minister tot slot over de toevoeging van het woord ‘kennelijk’ op:

“De toevoeging dient om de beduchtheid weg te nemen, die terecht door leden van verscheidene fracties werd gevoeld, dat een ondernemer te snel in de aansprakelijkheidszone zou kunnen belanden. (...) Voor die beduchtheid heb ik begrip willen tonen. (...) Bij de interpretatie van «kennelijk onbehoorlijk» moet niet alleen gelet worden op wat iedereen in het maatschappelijk verkeer zou vinden (...) maar ook op wat verstandige ondernemers in dezelfde of aanverwante branche van bedrijvigheid als onbehoorlijk zouden beschouwen. Uiteraard is uiteindelijk het oordeel van de rechter beslissend. Deze zal zich daarbij moeten richten naar de omstandigheden van het concrete geval en moeten trachten objectief vast te stellen of het gedrag in kwestie, gezien op het tijdstip van dat handelen of nalaten, als kennelijk onbehoorlijk moet worden aangemerkt. Zoals in de memorie van antwoord reeds uitvoerig is betoogd, is wijsheid achteraf daarbij uit den boze.”²⁰¹

En:

“Inderdaad is er bij onbehoorlijk bestuur een element van schuld en verwijtbaarheid. Dat is er in elk geval, wanneer er opzet tot benadeling van de schuldeisers in het spel is. Doch evenals bij onrechtmatig handelen moet het aanwezig zijn van deze schuld ook reeds worden aangenomen, wanneer benadeling van de schuldeisers het redelijkerwijs te verwachten gevolg van het handelen of nalaten van het bestuur is. Schoolvoorbeeld is dat de bestuurders transacties aangaan, waarvan zij kunnen weten dat de rechtspersoon deze niet zal kunnen nakomen. Zowel in de schriftelijke behandeling van wetsontwerp 16 530 als van het onderhavige wetsontwerp is er van regeringszijde steeds van uitgegaan, dat het begrip misbruik niet te eng moet worden opgevat. Daaronder moet niet alleen regelrechte fraude en bedrog worden gerekend, maar ook duidelijk onverantwoordelijk, roekeloos, onzorgvuldig gedrag. Ik moge verwijzen naar de uitvoerige beschouwingen in de memorie van antwoord naar aanleiding van vragen van de leden van de fractie van D’66, die in het voorlopig verslag eveneens zeer pertinente vragen hebben gesteld aangaande de inhoud van de term onbehoorlijk bestuur (blz. 31 e.v.). De aan het woord zijnde leden hebben inderdaad goed begrepen dat onder omstandigheden ook onbekwaam bestuur als onbehoorlijk kan worden beschouwd. Door de toevoeging van het woord «kennelijk» wordt slechts beoogd te bereiken dat in twijfelgevallen geen aansprakelijkheid wordt aangenomen, niet dat het onbehoorlijke gedrag alleen relevant

201. *Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 9* (Nota naar aanleiding van het eindverslag), p. 2.

is wanneer het «verregaand onbehoorlijk» is. Onbekwaamheid van bestuurders is mijns inziens gelijk te stellen met onverantwoordelijkheid in die gevallen waarin de bestuurders duidelijk onder de maat zijn wat betreft hun kwaliteiten om als bestuurder van een rechtspersoon te fungeren. Bestuurders moeten instaan voor het bezit van die kwaliteiten die nodig zijn om hun functie behoorlijk te vervullen. Is dat niet het geval, dan behoren toch niet de schuldeisers het slachtoffer te worden van het ontbreken van die kwaliteiten.»²⁰²

Voor de vraag of sprake kan zijn van aansprakelijkheid ex art. 2:138/248 BW heeft de Minister tot slot expliciet de volgende instructie gegeven aan de rechter:

“De instructie aan de rechter is dat hij zal moeten letten op wat verstandige ondernemers in dezelfde of aanverwante branche van bedrijvigheid als onbehoorlijk zouden beschouwen en dat hij zal moeten trachten objectief vast te stellen of het gedrag in kwestie, als kennelijk onbehoorlijk moet worden aangemerkt.»²⁰³

Kortom, de opmerkingen van de Minister dat – kort gezegd – de kwalificaties “onzakelijk”, “ondoordacht”, “onverstandig”, “onopzettelijke domheden”, “fouten”, “misrekeningen”, “onjuiste en onverstandige beslissingen” en “gebrekkelig bestuur” dienen te worden “onderscheiden” van of niet steeds kunnen worden “aangemerkt als” onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:138/248 BW, zijn niet bepaald te rijmen met al deze laatste meer zorgvuldig geformuleerde opmerkingen. In het licht van de verantwoordelijkheid die de bestuurder heeft om zijn taak behoorlijk te vervullen (gemeten naar “wat verstandige ondernemers in dezelfde of aanverwante branche van bedrijvigheid als onbehoorlijk zouden beschouwen”, zie verder par. 3.7.7), bestaat dat onderscheid namelijk niet echt. Ook “gebrekkelig bestuur” dan wel “onzakelijke”, “ondoordachte”, “onverstandige” of “onjuiste” “domheden”, “beslissingen” of “fouten”, ook als deze “onopzettelijk” zijn, zouden mijns inziens moeten leiden tot de conclusie dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling in de zin van zowel art. 2:9 BW als art. 2:138/248 BW. Zijn “onzakelijk”, “ondoordacht”, “onverstandig”, “onjuist” of “onopzettelijke domheden” gelet op voornoemde objectieve maatstaf, namelijk niet gewoon hetzelfde als “duidelijk onverantwoordelijk”, dat volgens de Minister wel onbehoorlijk bestuur opleverde in de zin van art. 2:138/248 BW?. ‘Opzet’ of ‘domheid’ is gelet op de te hanteren objectieve maatstaf (waarin een schuldgradatie geen rol speelt, zie hierna par. 3.8) niet relevant. Dat blijkt ook uit de opmerking van de Minister in dezelfde alinea van de wetsgeschiedenis dat voor “*onbehoorlijke taakvervulling in het bijzonder [nodig is] dat*

202. *Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 9* (Nota naar aanleiding van het eindverslag), p. 14.

203. *Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 9* (Nota naar aanleiding van het eindverslag), p. 2.

*onverantwoordelijk is gehandeld met wetenschap – objectief te bepalen – dat de schuldeisers daarvan de dupe zouden kunnen worden.*²⁰⁴ De kwalificatie “onzakelijk” kan voorts niet anders worden begrepen dan als de tegenpool van het door de Minister genoemde “zakelijk verantwoord risico”. Een onzakelijk risico of een onzakelijke transactie zou in dat licht dus evenmin kunnen worden onderscheiden van onbehoorlijk bestuur. Bovendien had de Minister een reeks aan voorbeelden van onbehoorlijk bestuur ex art. 2:138/248 BW genoemd die in het normale taalgebruik allemaal juist uitsluitend als onopzettelijk, dom, onzakelijk, ondoordacht, onjuist onverstandig en/of gebrekkig kunnen worden aangemerkt, doch die in het normale taalgebruik niet per se als ‘misbruik’ zijn aan te merken (zie de eerder in deze paragraaf geciteerde voorbeelden van de Minister). Dat ‘misbruik’ niet centraal staat voor de vraag naar aansprakelijkheid ex art. 2:138/248 BW, blijkt ook uit het bepaalde in art. 2:138/248 lid 2 BW waarin een onweerlegbaar bewijsvermoeden van (kennelijk) onbehoorlijke taakvervulling wordt aangenomen bij niet-naleving van art. 2:10 BW en art. 2:394 BW. Het enkel niet naleven van deze bepalingen kan in het normale taalgebruik bezwaarlijk als ‘misbruik’ worden aangemerkt.

De opmerkingen van de Minister moeten dan ook vooral begrepen worden in de gehele context waarin deze zijn gemaakt. Die context is de vrees voor te snelle aansprakelijkheid als gevolg van eventueel hindsight bias en/of als gevolg van het miskennen van beleidsruimte van de bestuurder. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de zin die direct volgt na de opmerking van de Minister dat fouten of misrekeningen in het zakelijke vlak in het algemeen niet als misbruik kunnen worden bestempeld. De Minister merkte meteen daarna op:

*“Dat kan evenwel anders zijn, wanneer zakelijke risico’s zijn genomen die ook gezien vanuit het tijdstip van de beslissing als onverantwoordelijk moeten worden aangemerkt.”*²⁰⁵

Ook blijkt dit uit het vervolg van de zin waarin de Minister opmerkt dat het gaat om gedragingen of nalatigheden die als schuldige verwaarlozing van de bestuurstaak kunnen worden aangemerkt. De Minister merkte namelijk op dat niet is bedoeld de bestuurders een verwijt te maken van fouten of misrekeningen zoals:

*“...achteraf beschouwd onjuiste beoordelingen in het zakelijke vlak van feiten en omstandigheden die voor het bepalen van het bestuursbeleid van belang zijn.”*²⁰⁶

204. *Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 21.*

205. *Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 14.*

206. *Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 20-21.*

De woorden “*achteraf beschouwd*” zijn essentieel. Blijkens de toelichting van de Minister moest het woord ‘kennelijk’ de genoemde vrees weghalen dat die ‘achteraf beoordeling’ zou leiden tot aansprakelijkheid. De kern van de problematiek, die wordt weergegeven in de hiervoor uitvoerig weergegeven parlementaire geschiedenis, heeft Eisenberg in 1993 voor het recht in Delaware treffend onder woorden gebracht met het volgende voorbeeld:

*“For example, an executive faced with a promising but expensive and untried new technology may have to choose between investing in the technology or forgoing such an investment. Each alternative involves certain negative risks. If the executive chooses one alternative and the associated negative risk materializes, the decision is “wrong” in the very restricted sense that if the executive had it to do all over again he would make a different decision, but it is not a bad decision. Under a reasonableness standard of review, however, factfinders might too often erroneously treat decisions that turned out badly as bad decisions, and unfairly hold directors and officers liable for such decisions. The business-judgment rule protects directors and officers from such unfair liability by providing directors and officers with a large zone of protection when their decisions are attacked.”*²⁰⁷

Wat de Minister met veel woorden en omwegen naar mijn mening met al het voorgaande beoogde te zeggen, is wat Eisenberg hier goed samengevat verwoordde. Een beslissing die verkeerd is gebleken (“*wrong*”) hoeft nog niet een slechte beslissing (“*bad*”) te zijn geweest, in de zin dat deze beslissing als onbehoorlijk ex art. 2:9 BW is aan te merken. Anders gezegd, het feit dat een beslissing achteraf verkeerd is uitgepakt, maakt niet dat op het moment van het nemen van die beslissing, sprake is van een ‘(beleids)fout’, een ‘misrekening’ of een ‘onjuiste’ beslissing. Dat die beslissing *achteraf* in de volksmond wel een zodanige kwalificatie toegedicht kan krijgen, maakt dat niet anders. Dát is wat de Minister naar mijn idee bedoelde. Het nemen van een ondernemingsbeslissing, waarin de bestuurder beleidsruimte moet hebben omdat hij anders niet *kan* ondernemen, vormt niet een ‘fout’, ‘dommigheid’, ‘misrekening’ of een ‘onjuiste’ beslissing enkel doordat deze verkeerd is uitgepakt. Dat vormt het pas wanneer het ten tijde van de beslissing (op het moment van de beslissing) als zodanig kan worden aangemerkt. Ik noem dat moment hierna ‘het peilmoment’ (zie par. 3.7.6). Voor het door Eisenberg gesignaleerde gevaar dat feitenonderzoekers verkeerd (“*wrong*”) en slecht (“*bad*”) met elkaar kunnen verwarren, worden bestuurders in Delaware beschermd door de business judgment rule.²⁰⁸

207. Eisenberg 1993, p. 444.

208. Zie over de business judgment rule onder andere: Assink 2007, p. 1-4; Assink 2008; Assink 2005; Kroeze 2005, p. 18 Timmerman 2009a; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/448. Het gaat het bestek van dit proefschrift te buiten daar verder op in te gaan.

In Nederland kennen wij de business judgment rule niet. Het door Eisenberg gesignaleerde gevaar is echter wel uitdrukkelijk in de parlementaire geschiedenis besproken, zoals uit al het voorgaande blijkt, hoewel de woordkeuze soms aan duidelijkheid te wensen heeft overgelaten. Het is *dit* gevaar dat heeft geleid tot de invoering van de term 'kennelijk' in art. 2:138/248 BW, terwijl dit gevaar net zo goed speelt bij art. 2:9 BW.

Kort en goed blijkt uit al het voorgaande dat art. 2:138/248 BW zelf geen *gedragsnorm* bevat, althans dat met deze bepaling niet is beoogd een *andere* gedragsnorm te creëren dan die reeds werd beoogd met art. 2:9 BW. Dit verklaart ook waarom de disculpatiemogelijkheid van beide bepalingen hetzelfde is geformuleerd. Voor de bestuurder geldt maar één set van gedragsnormen, waarvan de belangrijkste en meest bepalende is neergelegd in art. 2:9 BW (andere zijn neergelegd in bijvoorbeeld art. 2:10, art. 2:69/180, art. 2:394 BW). Zou art. 2:138/248 BW andere gedragsnormen opleggen dan art. 2:9 BW, dan zou de bestuurder steeds in onzekerheid verkeren over de vraag of de op hem rustende gedragsnormen van art. 2:9 BW verschillen met die van art. 2:138/248 BW.²⁰⁹ Die onzekerheid is naar mijn mening dus niet nodig.

Uit het voorgaande blijkt voorts dat met art. 2:138/248 BW geen andere *toetsingsregels* (waarover hierna in par. 3.7.6 e.v. meer) zijn beoogd dan die gelden voor art. 2:9 BW. De toetsingsregels om te beoordelen *of* de bestuurder een gedragsnorm heeft geschonden zijn voor art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW gelijkkluidend. Dit is van belang om te constateren omdat de ernstigverwijtmaatstaf wel als toetsingsregel wordt gebruikt bij art. 2:9 BW, maar niet bij art. 2:138/248 BW (zie par. 5.3.8 hierna), hetgeen mijns inziens mijn betoog ondersteunt dat het gebruik van die maatstaf onwenselijk is.

Met art. 2:138/248 BW zijn in feite uitsluitend aanvullende *beslissingsregels* (waarover hierna in par. 3.7.5 meer)²¹⁰ gecreëerd voor het geval, op basis van de bestaande *toetsingsregels*, geoordeeld moet worden dat (i) de bestuurder de *gedragsnorm* van art. 2:9 BW heeft geschonden en (ii) aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de rechtspersoon binnen drie jaar nadat de gedragsnormschending heeft plaatsgevonden (art. 2:138/248 lid 1 en lid 6 BW). Kennelijke onbehoorlijke taakvervulling verschilt *normatief* niet met onbehoorlijke taakvervulling. Onbehoorlijke taakvervulling verandert

209. Die onzekerheid zou dan bovendien niet alleen bestaan in een situatie kort voor een mogelijk faillissement aangezien art. 2:138/248 lid 6 BW bepaalt dat een vordering ex art. 2:138/248 BW van de curator kan worden ingesteld op grond van onbehoorlijke taakvervulling over een periode tot drie jaar voorafgaande aan het faillissement.

210. Zie par. 2.3.7 voor het onderscheid tussen gedragsnormen, beslissingsregels en toetsingsregels.

eigenlijk slechts van kleur en kan ‘kennelijke onbehoorlijke taakvervulling’ of ‘misbruik’ worden, in geval van faillissement en aanwezigheid of aannemelijkheid van causaal verband. De Minister zei in dit verband: “*Het faillissement brengt als het ware het misbruik aan het licht.*”²¹¹

Uit de literatuur kan eveneens de conclusie worden getrokken dat art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW betrekking hebben op dezelfde gedragsnorm van art. 2:9 BW. Löwensteyn merkte bijvoorbeeld treffend op dat het woordje ‘kennelijk’ naar zijn gevoel reeds lag besloten in art. 2:9 BW²¹² en dat “*de bestuurders reeds aansprakelijk [zijn] als zij hun ‘normale’ verplichtingen ex art. 2:9 BW niet zijn nagekomen.*”²¹³ Maeijer en Dortmond schreven voorts, na te hebben omschreven wanneer sprake is van onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:9 BW, dat met de uitdrukking ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ in art. 2:138/248 BW niets anders wordt bedoeld.²¹⁴ Maeijer schreef voorts dat voor de elementen ‘onmiskkenbaarheid’ en ‘ernstige verwijtbaarheid’, die volgens hem aan de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur eigen moeten zijn, willen deze tot (hoofdelijke) aansprakelijkheid leiden, geen verschil is te zien tussen art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW. Indien kennelijk onbehoorlijk bestuur, onmiskkenbaar onbehoorlijke taakvervulling, niet wordt aangetoond, kunnen noch art. 2:138/248 BW noch art. 2:9 BW worden ingeroepen, aldus Asser-Maeijer.²¹⁵ Huizink merkte op dat de aansprakelijkheidsmaatstaf van art. 2:9 BW ook gehanteerd dient te worden bij de invulling van art. 2:138/248 BW,²¹⁶ dat de aansprakelijkheidsmaatstaven van art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW inhoudelijk niet van elkaar verschillen (althans ten minste grote verwantschap vertonen)²¹⁷ en dat onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:138/248 BW en

211. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 22.

212. Destijds art. 2:8 BW (oud).

213. F.J.W. Löwensteyn, ‘De positie van het bestuur in de tweede golf’, *TvS* 1983, nr. 83/6, p. 175-176 en voetnoot 11.

214. Asser/Maeijer & Dortmond 2-III 1994/321.

215. Asser/Maeijer 2-III 2000/329.

216. J.B. Huizink, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid, een pot nat?’, *O&F* 2009/17, p. 112.

217. J.B. Huizink, ‘Insolventie en bestuurdersaansprakelijkheid’, in: J.A. van de Hel e.a. (red.), *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd*, Nijmegen: Ars Aequi 2008, p. 205. De tussen haakjes geplaatste iets genuanceerdere benadering van Huizink dient te worden beschouwd in het licht van het feit dat Huizink – mijns inziens ten onrechte – aansprakelijkheid ex art. 2:138/248 BW als een vorm van externe aansprakelijkheid beschouwde, te vergelijken met externe aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW. De maatstaf voor aansprakelijkheid ex art. 2:138/248 BW en art. 2:9 BW wordt, gelet op de rechtspraak van de Hoge Raad begrijpelijk doch ten onrechte, vaker op één lijn gezet met de maatstaf voor aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW. Zie in dit verband de noot van R.A. Wolf bij Hof Den Haag 18 augustus 2015, *JIN* 2015/199 die een verband legt met de maatstaf voor aansprakelijkheid ex art. 2:138/248 BW en HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 21 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Hezemans Air*) dat betrekking had op externe bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW.

onbehoorlijk bestuur ex art. 2:9 BW ‘twee kanten van dezelfde medaille zijn’. Huizink zag er daarom geen been in ten aanzien van art. 2:138/248 BW te blijven spreken van de ingeburgerde terminologie ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’.²¹⁸ Ook Strik kwam tot de conclusie dat de vraag of met de terminologie van art. 2:9 BW (tekortkoming in de behoorlijke taakvervulling) enerzijds en van art. 2:138/248 BW (kennelijk onbehoorlijke taakvervulling) anderzijds wezenlijk verschillende gedragsnormen worden aangeduid, ontkennend dient te worden beantwoord.²¹⁹ Assink verdedigde tot slot weliswaar het standpunt dat het in art. 2:138/248 BW gehanteerde begrip ‘kennelijke onbehoorlijke taakvervulling’ een specifieke andere kleur heeft welk begrip dient te worden onderscheiden van het in art. 2:9 BW gehanteerde begrip ‘onbehoorlijk bestuur’, maar een écht en duidelijk onderscheid tussen de begrippen maakte hij niet, behalve dat hij constateerde dat de begrippen ‘contextgebonden zijn en niet standaard samenvallen’.²²⁰ Voor zover Assink met ‘een andere kleur’ bedoelde dat de begrippen in verschillende contexten worden gebruikt, namelijk enerzijds in de context van aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon en anderzijds in de context van aansprakelijkheid voor het tekort in de boedel, deel ik zijn mening (zie par. 3.7.5 hierna). Maar hieruit volgt niet dat de *gedragsnorm* waar art. 2:138/248 BW betrekking op heeft een andere is dan die van art. 2:9 BW of dat de toetsingsregels om schending van die gedragsnormen vast te stellen verschillen in beide bepalingen. Overigens schreef Assink (samen met Van Zanten) ook dat zodra het moment aanbreekt waarop een faillissement realistisch gezien niet meer valt te vermijden, het vennootschapsbelang doorgaans sterk van kleur verschieft en de norm van art. 2:9 BW – gelet op dat stadium van insolventie – met name strekt tot bescherming van de belangen van de schuldeisers van de vennootschap, aangezien ook de belangen van schuldeisers en werknemers een rol spelen in het vennootschapsbelang. Wanneer, aldus Assink en Van Zanten, de curator in dit kader een vordering ex art. 2:9 BW instelt, kan over de omvang van de te vergoeden schade weinig discussie bestaan: evenals bij ‘onbehoorlijke taakvervulling’ ten tijde van solventie dient de gehele schade aan het vermogen van de vennootschap ongedaan te worden gemaakt, hetgeen neerkomt op herstel van de balans in de oorspronkelijk toestand.²²¹ Ik zou menen dat ook Assink dus in zekere zin onderkent dat *normatief* geen verschil bestaat tussen de met art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW beoogde gedragsnormen en toetsingsregels (om een schending van die gedragsnormen te toetsen).²²²

218. Huizink 2008, p. 209.

219. Strik 2010, p. 56 e.v.

220. Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 1071.

221. T.T. van Zanten en B.F. Assink, ‘Art. 2:9 BW in faillissement: tijd voor herwaardering!’, *TvI* 2008/4, p. 165-167.

222. Dat de toetsingsregels van enerzijds art. 2:9 BW en anderzijds art. 2:138/248 BW die betrekking hebben op de vraag of de schending van de gedragsnorm ook tot aansprakelijkheid leidt, verschillend zijn, behoeft daarentegen geen toelichting gelet op de in art. 2:138/248 BW vervatte risicoaansprakelijkheid voor het tekort in de boedel.

Het zij in verband met het voorgaande tot slot herhaald dat voor art. 2:138/248 BW blijkens de wetsgeschiedenis “*aansluiting is gezocht*” bij art. 2:9 BW waarin “*het grondbeginsel van de bestuurdersaansprakelijkheid*” is geformuleerd “*als een gehoudenheid van het bestuur tegenover de rechtspersoon tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak*” (zie par. 3.7.1) en dat onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:138/248 BW “*in het verlengde van*” en “*parallel loopt met*” art. 2:9 BW, aldus de Minister (zie par. 3.7.2). Wellicht zijn het de hiervoor genoemde verstrekkende gevolgen van aansprakelijkheid geweest, namelijk aansprakelijkheid voor het tekort in de boedel, die in de parlementaire geschiedenis een niet steeds eenduidig doch verhelderend (en kennelijk noodzakelijk) debat hebben doen ontstaan over de vraag wanneer men mag concluderen dat de gedragsnorm van art. 2:9 BW is geschonden en welke toetsingsregels daarvoor door de rechter dienen te worden gehanteerd, zowel in het kader van art. 2:138/248 BW als van art. 2:9 BW. Hoe dat ook zij, uit het parlementaire debat over de vraag wanneer sprake is van (kennelijk) onbehoorlijke taakvervulling (schending van de *gedragsnorm*) zijn de volgende *toetsingsregels* te destilleren.²²³

- (i) de rechter dient bij de beoordeling van het handelen van de bestuurder rekening te houden met het gevaar van hindsight bias en te toetsen naar het moment van handelen (zie hierna par. 3.7.6);
- (ii) de rechter moeten letten op wat verstandige ondernemers in dezelfde of aanverwante branche van bedrijvigheid als onbehoorlijk zouden beschouwen en de rechter zal moeten trachten objectief vast te stellen of het gedrag in kwestie, als (kennelijk) onbehoorlijk moet worden aangemerkt (zie hierna par. 3.7.7); en
- (iii) het bestuur heeft beleidsruimte (zie hierna par. 3.7.8).²²⁴

Als ten tijde van het debat over de totstandkoming van art. 2:138/248 BW ook gedebatteerd had moeten worden over art. 2:9 BW, dan zou het parlementaire debat rondom art. 2:9 BW naar mijn overtuiging op een gelijke wijze zijn verlopen en was invoeging van de term ‘kennelijk’ mogelijk achterwege gebleven of zou deze term ook zijn ingevoegd in art. 2:9 BW. Ook de rechtspraak over art. 2:9 BW respectievelijk art. 2:138/248 BW (zie par. 3.7.1) had zich dan wellicht uniform ontwikkeld. Strik merkt hierover op dat het verschil tussen de terminologie van art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW mogelijk verklaard kan

223. Zie par. 2.3.7 voor het onderscheid tussen gedragsnormen, beslissingsregels en toetsingsregels.

224. Gelet op het belang van deze toetsingsregels voor een goed begrip van art. 2:9 BW, verdienen deze toetsingsregels ieder – al was het maar voor de duidelijkheid – een aparte paragraaf. Hierna in par. 3.7.6 t/m 3.7.8 zal ik daarom nog bij een aantal punten stilstaan die niet reeds expliciet in de voorgaande paragrafen zijn besproken.

worden doordat ten tijde van de parlementaire behandeling van art. 2:138/248 BW een wijziging van art. 2:9 BW simpelweg niet voorlag.²²⁵ Het verschil in terminologie in beide bepalingen beschouw ik als een onnodig complicerende semantische kwestie die de wetgever dient recht te zetten. De parlementaire behandeling van het op 8 juni 2016 ingediende Wetsvoorstel bestuur en toezicht, biedt daar zoals gezegd een goede gelegenheid voor (zie het voorstel hiervoor in hoofdstuk 8). De opstap hiervoor zou overigens kunnen zijn dat de Minister in de memorie van toelichting bij dat wetsvoorstel opmerkte: “*Zo ligt de norm die artikel 2:9c [het huidige art. 2:138/248 BW, toev. auteur] aan bestuurders voorschrijft, in feite ook reeds besloten in de algemene aansprakelijkheidsregel van artikel 2:9b (het huidige artikel 2:9 lid 2 BW)*”.²²⁶ In de Tweede Kamer werd naar aanleiding van deze opmerking gevraagd: “*De regering geeft aan dat de aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9c BW ook al besloten ligt in de aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9b BW. Kan dan worden aangegeven wat de precieze zelfstandige waarde is van de extra regeling in 2:9c BW?*”²²⁷ De vraag is begrijpelijk gelet op het onnodige verschil in terminologie, maar het antwoord ligt in het verschil tussen de beslissingsregels die beide bepalingen voorschrijven. Ik zal dat hierna nader toelichten.

3.7.5 *Omvang van schade en bewijspositie bij art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW: beslissingsregels zijn verschillend*

Terwijl de met art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW beoogde gedragsnormen en toetsingsregels om schending van die gedragsnormen te toetsen niet verschillen, bestaan vanzelfsprekend wel verschillen tussen beide bepalingen. Art. 2:138/248 BW beoogt schuldeisers te beschermen tegen de gevolgen van ‘misbruik’, terwijl art. 2:9 BW de rechtspersoon beoogt te beschermen. Maar hoe werkt dat dan? Ook dit is in de parlementaire geschiedenis niet geheel eenduidig beantwoord. Om te beginnen is in dit verband van belang stil te staan bij het antwoord van de Minister op vragen van Kamerleden over de op art. 2:9 BW lijkende terminologie die werd gehanteerd in het wetsontwerp van art. 2:138/248 BW. De Minister antwoordde daarop als volgt:

“De leden van de fractie van D’66 betogen, dat het gebruik van deze ook in artikel 8 gebezigde term moet worden vermeden, doch uit hun betoog is niet op te maken welke andere term dan in hun ogen wel aanvaardbaar zou zijn. (...). Blijkbaar is het niet wegens een verschil in betekenis of zwaarte dat de aan het woord zijnde leden zich tegen het gebruik van de term niet

225. Strik 2010, p. 58.

226. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 3 (MvT), p. 19.

227. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 5 (Verslag), p. 6.

behoorlijke taakvervulling keren. Hun voornaamste bezwaar is dat deze termen reeds worden gevonden in artikel 8, dat ziet op onbehoorlijke taakvervulling jegens de vennootschap, terwijl het in de voorgestelde wetsbepalingen gaat om gedrag dat de benadeling van crediteuren ten gevolge heeft. Het is evenwel niet goed in te zien waarom de omstandigheid dat er in artikel 8 gesproken wordt van niet-behoorlijke taakvervulling in de daar gegeven context – de verhouding van het bestuur tegenover de vennootschap – er aan in de weg zou moeten staan, dat ook elders in de wet in een andere context – de verhouding tegenover de vennootschap en haar schuldeisers in geval van faillissement – eveneens gesproken wordt van niet-behoorlijke vervulling van de taak. In beide gevallen is er sprake van een tekort schieten van het bestuur, met als gevolg persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders. De invulling van «onbehoorlijk» kan verschillen, afhankelijk van de context. Zo moet er in de voorgestelde artikelen 138 en 248 worden gezien naar de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling in het bijzonder voor de schuldeisers. Dat wordt niet belet door de omstandigheid dat dezelfde term in artikel 8 moet worden uitgelegd in de relatie tot de schade die de onbehoorlijke taakvervulling heeft teweeggebracht voor de vennootschap. Denkbaar is dat bepaalde gedragingen onbehoorlijke taakvervulling jegens de vennootschap opleveren doch dat de schuldeisers er geen nadeel van lijden. Ook het omgekeerde is denkbaar. Tenslotte is denkbaar, dat dezelfde gedraging die jegens de vennootschap als onbehoorlijke taakvervulling moet worden aangemerkt tevens voor de curator aanleiding is om ten behoeve van de boedel – dus de schuldeisers van de vennootschap – de aktie van artikel 138 (248) in te stellen. Het achtste lid maakt zulks duidelijk.»²²⁸

In de Eerste Kamer merkte de Minister later nog op:

“Met Prof. Mr. P. van Schilfgaarde ben ik van mening dat onbehoorlijke taakvervulling tegenover de vennootschap nog geen onbehoorlijke taakvervulling tegenover de crediteuren behoeft te zijn en dat anderzijds onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 138 niet noodzakelijkerwijs behoeft te zijn voorafgegaan door onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 8 boek 2 B.W. Een dergelijk betoog, daarop mag ik wel wijzen, is reeds te vinden in de memorie van antwoord (nr. 6, blz. 33/34) naar aanleiding van de problemen die de fractie van D’66 ziet in de omstandigheid dat de term behoorlijk bestuur zowel in de artikelen 138 en 248 als in artikel 8 wordt gebezigd.”²²⁹

228. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 32-33, waarnaar tevens wordt verwezen in *Kamerstukken I* 1985/86, 16 631, nr. 27b (MvA), p. 27.

229. *Kamerstukken I* 1985/86, 16 631, nr. 27b (MvA), p. 22.

De opmerkingen van de Minister, wetende dat denkbaar is dat bepaalde gedragingen onbehoorlijke taakvervulling jegens de vennootschap (ex art. 2:9 BW) opleveren, doch dat de schuldeisers er geen nadeel van lijden (zodat geen aansprakelijkheid ex art. 2:138/248 BW ontstaat), lijken mij volledig juist en volstrekt vanzelfsprekend, al was het maar omdat onbehoorlijk bestuur jegens de vennootschap niet per se tot schade bij een derden hoeft te leiden, zelfs niet in geval van faillissement. Daarvoor is *logischerwijs* immers vereist dat het onbehoorlijk bestuur het faillissement heeft veroorzaakt. De wetgever heeft de vereiste aanwezigheid van dat causaal verband duidelijk verwoord in art. 2:138/248 BW, door aansprakelijkheid van de bestuurder voor het tekort in de boedel afhankelijk te maken van de vraag of aannemelijk is dat de (kennelijk) onbehoorlijke taakvervulling (het onbehoorlijk bestuur) een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Als dat causaal verband niet aanwezig is, kan de bestuurder nog immer onbehoorlijke taakvervulling worden verweten ex art. 2:9 BW en de curator kan die vordering ex art. 2:138/248 lid 8 BW instellen. Is dat causaal verband wel aanwezig dan kan gesproken worden van aansprakelijkheid voor ‘kennelijk’ onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:138/248 BW.

De andere opmerkingen van de Minister, wetende dat het omgekeerde ook denkbaar is en dat onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:138/248 BW niet noodzakelijkerwijs behoeft te zijn voorafgegaan door onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:9 BW, lijkt mij letterlijk genomen echter onjuist. Als sprake is van (kennelijk) onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:138/248 BW waarvan aannemelijk is dat dit het faillissement heeft veroorzaakt, vermag ik namelijk niet in te zien dat dit niet per definitie tevens onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:9 BW oplevert. Daarvoor geldt, zoals hiervoor in par. 3.7.4 is uiteengezet, dat aansprakelijkheid ex art. 2:138/248 BW uitsluitend kan ontstaan indien de bestuurder de gedragsnorm van art. 2:9 BW heeft geschonden. Ik zou daarom menen dat de hier bedoelde opmerkingen van de Minister niet te letterlijk moeten worden genomen en met name dienen te worden gezien in het licht van de context waarin hij deze maakte. Die context blijkt uit de eerste hiervoor geciteerde opmerking van de Minister in de Tweede Kamer. In zijn toelichting staat namelijk niet centraal de vraag of sprake is van onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:9 BW respectievelijk art. 2:138/248 BW. Centraal staan de “*context*”, de “*gevolgen*”, het “*nadeel*” en dus de schade van crediteuren als gevolg van die onbehoorlijke taakvervulling doordat een tekort in de boedel is ontstaan. De grondslag voor deze aansprakelijkheid voor het tekort in de boedel blijft echter gelegen in de normschending jegens de rechtspersoon:

HOOFDSTUK 3

*“De aansprakelijkheid van de bestuurder vindt zijn grond niet in het faillissement, doch in de verantwoordelijkheid die de bestuurder in de vervulling van zijn taak ten opzichte van de vennootschap draagt.”*²³⁰

Het is de onbehoorlijke taakvervulling zelf die in geval van faillissement tot aansprakelijkheid voor het tekort in de boedel leidt. De Minister merkte daarom in de memorie van antwoord op:

*“Ik herhaal hierbij wellicht ten overvloede nog eens, dat de bijzondere aansprakelijkheid ex artikel 138 (248) boek 2 BW in geval van faillissement geen principiële doch slechts graduele verschillen vertoont met die van artikel 8. Deze verschillen hangen samen met de omstandigheid dat in geval van faillissement de schade die het gevolg is van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur wordt afgewenteld op de schuldeisers, die ten opzichte van de vennootschap buitenstaanders zijn en geen middel hebben om het plichtsverzuim van de bestuurders tijdig te onderkennen en te corrigeren.”*²³¹

Met de ‘graduele verschillen’ doelde de Minister mijns inziens dus op de omstandigheid dat als gevolg van het faillissement die het gevolg is van onbehoorlijke taakvervulling, een andere – en mogelijk zelfs – meer verstrekkende aansprakelijkheid kon ontstaan, bestaande uit de aansprakelijkheid voor het tekort in de boedel. Deze aansprakelijkheid moet blijken de eigen bewoordingen van de Minister echter wel gevonden worden in de rechtsgrond van “onbehoorlijke taakvervulling” (zie par. 3.7.2). Dit blijkt ook uit de nota naar aanleiding van het eindverslag:

*“Onbehoorlijk bestuur kan tot aansprakelijkheid tegenover de vennootschap leiden (artikel 8) indien deze door dat onbehoorlijk bestuur schade heeft geleden; het kan ook tot aansprakelijkheid tegenover de schuldeisers leiden indien deze daarvan schade hebben ondervonden doordat het (mede) oorzaak is geweest van het faillissement van de rechtspersoon (artikel 138 en 248).”*²³²

De woorden “daarvan” en “doordat het” geven aan dat de aansprakelijkheid voor het tekort in de boedel het gevolg moet zijn van de onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:9 BW, doordat deze onbehoorlijke taakvervulling mede oorzaak is geweest van het faillissement. Hiermee legt art. 2:138/248 BW

230. *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3 (MvT), p. 4.

231. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 37.

232. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 9 (Nota naar aanleiding van het eindverslag), p. 22.

aanvullende eisen op die verder gaan dan art. 2:9 BW. Anders gezegd, de aansprakelijkheid van art. 2:9 BW zal verder gaan dan die van art. 2:138/248 BW, omdat de laatste bepaling ten minste het faillissement van de rechtspersoon vereist. Dit past ook bij de volgende opmerking van de Minister:

*“Deze uit artikel 8 voortvloeiende aansprakelijkheid gaat verder dan de aansprakelijkheid jegens de schuldeisers, immers gedrag dat schadelijk is voor de vennootschap doch dat niet tot haar faillissement leidt kan reeds grond zijn voor een actie tegen de bestuurders.”*²³³

Deze opmerking van de Minister laat naar mijn mening zien dat aansprakelijkheid jegens schuldeisers op grond van kennelijke onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:138/248 BW per definitie impliceert dat de bestuurder tevens onbehoorlijk bestuur ex art. 2:9 BW kan worden verweten. Dit betekent evenwel niet dat voor aansprakelijkheid ex art. 2:138/248 BW de bestuurder het ‘bonter’ moet hebben gemaakt dan voor de aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW. Hoewel deze benadering zou passen bij de gedachte dat art. 2:138/248 BW oorspronkelijk is ingevoerd om ‘misbruik’²³⁴ te voorkomen, lijkt mij deze benadering niet juist omdat art. 2:138/248 BW niet heeft beoogd een andere of een aanvullende gedragsnorm te creëren dan die reeds is vervat in art. 2:9 BW (zie par. 3.7.4). Het betekent voorts ook niet dat voor de aansprakelijkheid ex art. 2:138/248 BW vereist is dat de rechtspersoon *de iure* per se ‘schade’ moet hebben geleden, hoewel dat *de facto* doorgaans wel het geval zal zijn. Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling ‘jegens schuldeisers’ in de zin van art. 2:138/248 BW gaat immers uit van benadeling van die schuldeisers doordat het vermogen van de rechtspersoon geen verhaal meer biedt *als gevolg van* die onbehoorlijke taakvervulling (de aannemelijkheid van het causaal

233. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 20.

234. Dat begrip was overigens nog in ontwikkeling, zo blijkt ook uit *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 14: “Nu het misbruikbegrip in rechtsleer, rechtspraak en wetgeving nog in ontwikkeling verkeert, lijkt het mij te vroeg zich in de wet al aan bepaalde definities te wagen.”

HOOFDSTUK 3

verband tussen de onbehoorlijke taakvervulling en het faillissement is immers een vereiste). Oftewel, de rechtspersoon zal dan doorgaans ook ‘schade’²³⁵ hebben geleden.²³⁶

Anders gezegd, de gedragsnormen waar art. 2:138/248 BW betrekking op heeft, zijn *geen* gedragsnormen die de relatie tussen de bestuurder en de crediteuren van de rechtspersoon betreffen. De gedragsnormen regelen de relatie tussen de bestuurder en de rechtspersoon. De wetsbepaling heeft dan ook betrekking op de situatie waarin ‘misbruik’ wordt gemaakt *van de rechtspersoon* door de bestuurder (niet op misbruik *van de crediteuren*). Bij art. 2:138/248 BW gaat het dus *niet* om een normschending van de bestuurder jegens crediteuren. Het gaat om een normschending van de bestuurder *jegens* de rechtspersoon.²³⁷ Deze

235. Ik plaats schade tussen aanhalingstekens omdat men zou kunnen betogen dat een vermogensonttrekking door een dividenduitkering, waar het bestuur goedkeuring voor moet geven, strikt genomen niet als schade van de rechtspersoon kan worden aangemerkt. Hetzelfde geldt bij selectieve betaling van schulden aan groepsvennootschappen of aan anderszins aan de rechtspersoon of de bestuurder gelieerde/bevriende (rechts)personen. Het dividendbesluit of het besluit tot betaling van deze schulden zelf zou bij onrechtmatige benadeling van (andere) crediteuren echter wel vernietigd kunnen worden door de curator en dat besluit kan analoog aan HR 17 december 1982, *NJ* 1983/480 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bibolini*) onder omstandigheden ook derdenwerking hebben. Dit zou aldus kunnen leiden tot een vordering van de rechtspersoon op de aandeelhouder en/of de derde op grond van onverschuldigde betaling, ongerechtvaardigde verrijking en/of onrechtmatige daad. Het enkele moeten instellen van die vordering brengt reeds kosten met zich en leidt dus tot schade bij de rechtspersoon. Indien de derde weigert te betalen en/of geen verhaal biedt, ontstaat verdere schade. Indien daarentegen geen sprake is van een *ongerechtvaardigde* selectieve betaling, zal naar mijn mening ook niet snel sprake zijn van aansprakelijkheid ex art. 2:138/248 BW of ex art. 2:9 BW.

236. Art. 2:138/248 lid 8 BW bepaalt in dit verband dat art. 2:138/248 BW onverlet laat dat de curator ook een vordering ex art. 2:9 BW kan instellen. Indien de aansprakelijkheid uitsluitend is gebaseerd op art. 2:138/248 lid 2 BW en de daarin genoemde schending van art. 2:10 BW en/of art. 2:394 BW zal de curator bij een vordering ex art. 2:9 BW het wel lastig kunnen krijgen met het aantonen van schade als gevolg van de onbehoorlijke taakvervulling. Het niet naleven van de verplichtingen van art. 2:10 BW en art. 2:394 BW levert naar mijn mening namelijk weliswaar onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:9 BW op, maar de rechtspersoon zal door de enkele schending van die bepalingen niet per se schade lijden. Als de rechtspersoon daar echter geen schade door heeft geleden, zal dat mijns inziens het bestuur ook weer kunnen helpen (i) ex art. 2:138/248 lid 2 BW te weerleggen dat de onweerlegbaar aangenomen onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement of (ii) ex art. 2:138/248 lid 4 BW een beroep op matiging te doen.

237. Zo ook: S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid en faillissement, Enige beschouwingen omtrent het rechtskarakter van de art. 2:138 en 2:248 BW’, *WPNR* 1996/6249.

normschending leidt echter tot aansprakelijkheid voor het tekort in de boedel.²³⁸ De regeling van art. 2:138/248 BW is dus gegrond op de schending van een *interne* norm, die als het ware *extern* haar werking en doel heeft²³⁹ doordat de belangen van de crediteuren ermee worden gediend. Die externe werking wordt weliswaar veroorzaakt door het faillissement, maar de aansprakelijkheid van de bestuurder vindt zijn grond niet in het faillissement, doch in de verantwoordelijkheid die de bestuurder in de vervulling van zijn taak ten opzichte van de vennootschap draagt, aldus de Minister. Dit is de kern van art. 2:138/248 BW. Met art. 2:138/248 BW zijn in feite uitsluitend aanvullende *beslissingsregels* gecreëerd voor het geval op basis van de bestaande *toetsingsregels* geoordeeld moet worden dat (i) de bestuurder de *gedragsnorm* van art. 2:9 BW heeft geschonden én (ii) aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de rechtspersoon binnen drie jaar nadat de gedragsnormschending heeft plaats gevonden (art. 2:138/248 lid 1 en 6 BW). Deze beslissingsregels hebben betrekking op het causaal verband, de schade en de stelplicht en bewijspositie. Wanneer is gebleken dat de schending van de in art. 2:9 BW vervatte gedragsnorm een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de rechtspersoon,²⁴⁰ is de rechter gehouden te *beslissen* dat de bestuurder aansprakelijk is voor het tekort in de boedel,²⁴¹ zelfs als de bestuurder eerder al decharge is verleend (zie lid 6 BW). Het causaal verband staat hier centraal aldus de Minister:

*“De eis van het causale verband met het faillissement lijkt mij wenselijk en moet worden gehandhaafd. Het is immers in verband met het faillissement dat de aansprakelijkheid van de bestuurders aan de orde komt. Het faillissement brengt als het ware het misbruik aan het licht. Daardoor wordt de benadeling van de schuldeisers manifest. Bestuurders dan aansprakelijk te stellen voor gedragingen die met het faillissement niet van doen hebben ligt niet zeer voor de hand. Buiten faillissement kan een actie uit artikel 8 als correctief dienen.”*²⁴²

238. Om welke reden een bestuurder een tegenvordering tegen de rechtspersoon niet kan verrekenen met een vordering van de curator uit hoofde van art. 2:138/248 BW op hem. Zie: HR 18 september 2009, NJ 2009, 438 en JOR 2010/29 m.nt. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (*Simoca*), r.o. 3.4: “De aansprakelijkheid van bestuurders ingevolge de art. 2:138 en 2:248 BW is geen aansprakelijkheid jegens de gefailleerde vennootschap maar een aansprakelijkheid jegens de boedel. De aansprakelijke bestuurder is geen schuldenaar van de gefailleerde, terwijl zijn schuld bovendien niet vóór de faillietverklaring is ontstaan of voortvloeit uit handelingen door hem vóór de faillietverklaring met de vennootschap verricht, zodat niet is voldaan aan de door art. 53 Fw voor verrekening gestelde voorwaarden.”

239. Strik 2010, p. 57. Zie ook: Sanders/Westbroek/Buijn/Storm 2005, *BV en NV*, p. 57

240. Zie par. 2.3.7 voor het onderscheid tussen gedragsnormen, beslissingsregels en toetsingsregels.

241. Waarmee wettelijke toetsingsregels op het gebied van de omvang van de schade en het causaal verband (art. 6:95 BW e.v.) uitdrukkelijk opzij worden gezet.

242. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 22.

Waar de Minister zei dat het in verband met het faillissement is dat de aansprakelijkheid van de bestuurders aan de orde komt, bedoelde de Minister vanzelfsprekend de aansprakelijkheid van de bestuurders ex art. 2:138/248 BW. Die aansprakelijkheid komt uitsluitend aan de orde in geval van faillissement *én* aannemelijkheid dat causaal verband bestaat tussen dat faillissement en onbehoorlijk bestuur. De vereiste aanwezigheid van dat causaal verband komt uitdrukkelijk terug in art. 2:138/248 lid 1 BW dat bepaalt dat aansprakelijkheid ontstaat indien “*aannemelijk is dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement*”. Is er wel onbehoorlijke taakvervulling, maar geen faillissement, dan vindt art. 2:138/248 BW geen toepassing. Is er wel onbehoorlijke taakvervulling en ook faillissement, maar is niet aannemelijk dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement, dan vindt art. 2:138/248 BW in beginsel evenmin toepassing. Dat is slechts anders indien sprake is van faillissement en het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen van art. 2:10 BW (respectievelijk art. 3:15j BW) en art. 2:394 BW. In dat geval bevat art. 2:138/248 lid 2 BW een aanvullende *beslissingsregel*, namelijk dat de rechter per definitie dient te beslissen dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld.²⁴³ Dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement, wordt voorts weerlegbaar vermoed.²⁴⁴

Als de bestuurder er niet in slaagt de aannemelijkheid of het wettelijk vermoeden dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement te weerleggen, verschiet die onbehoorlijke taakvervulling als het ware van kleur als gevolg van dat faillissement en kan deze worden aangemerkt als misbruik (of als “*kennelijk onbehoorlijk bestuur*” in de zin van art. 2:138/248 BW).²⁴⁵

243. Op deze stand van het recht bestaat overigens wel kritiek. Zie bijvoorbeeld: Huizink 2008, p. 210 en de daarin genoemde bronnen.

244. Het niet naleven van de verplichtingen van art. 2:10 BW of art. 2:394 BW levert – behoudens een onbelangrijk verzuim (zie de laatste zin van art. 2:138/248 lid 2 BW) – naar mijn mening op basis van het huidig recht zoals verwoord in art. 2:138/248 BW dan ook per definitie onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:9 BW op. Dat betekent evenwel nog niet dat de bestuurder ook aansprakelijk is ex art. 2:9 BW, omdat daarvoor vereist is dat de rechtspersoon hierdoor schade heeft geleden. Overigens kan zowel in het geval van art. 2:9 BW als in het geval van art. 2:138/248 BW de bestuurder zich disculperen wanneer de bepalingen van art. 2:10 BW of art. 2:394 BW niet zijn nageleefd “*al zal niet gemakkelijk mogen worden aangenomen dat een bestuurder geen verwijt treft ten aanzien van de verwaarlozing van een zo fundamentele bestuursplicht*.” Zie: *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3 (MvT), p. 5. Zie voorts: HR 1 november 2013, *NJ* 2014, 7 m.nt. P. Van Schilfgaarde (*Verify*): “*De bepaling van art. 2:248 lid 2 BW dat een onbelangrijk verzuim niet in aanmerking wordt genomen, heeft betrekking op de vraag of sprake is geweest van een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, en niet op het aandeel in die onbehoorlijke taakvervulling van de individuele bestuurder*.” Het feit dat de bestuurder maar een klein aandeel had in het verzuim, zal hem dus niet disculperen.

245. Zie hierover nader: HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 95 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Mefigro*); HR 20 oktober 2006, *NJ* 2007, 2 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Van Schilt*); HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 91 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Blue Tomato*).

Er ontstaat in dat geval een wettelijke risicoaansprakelijkheid voor het tekort *in de boedel* als gevolg van de schending van een gedragsnorm *jegens de rechtspersoon*. In de rechtspraak wordt in dit verband ook gesproken van een kwalitatieve aansprakelijkheid.²⁴⁶

De systematiek van art. 2:138/248 BW is te begrijpen vanuit de gedachte dat de bestuurder op grond van art. 2:9 BW een – mede door het rechtspersonenrecht bepaalde – maatschappelijke positie bekleedt waarbij hij een ‘trusteefunctie’, een bewakers- of bewaarnemersrol vervult ten opzichte van de hem toevertrouwde, bij de rechtspersoon betrokken belangen.²⁴⁷ Die belangen omvatten mede de belangen van werknemers en crediteuren.²⁴⁸ De bedoelde bewaarnemersrol dient de bestuurder te vervullen door de op hem rustende gedragsnormen na te leven. Die gedragsnormen zien echter niet uitsluitend op de interne verhouding, maar zij hebben ook een (externe) maatschappelijke functie. De bestuurder speelt namelijk een centrale rol bij het functioneren van de rechtspersoon in het maatschappelijk verkeer en de gedragsnormen die op de bestuurder rusten zorgen ervoor dat deze rechtspersoon in het maatschappelijk verkeer ten volle wordt aangezien. Zonder deze gedragsnormen ontstaat het gevaar dat de rechtspersoon zijn functie in het maatschappelijk verkeer verliest (dit wordt verder toegelicht in par. 10.8). De schending van op de bestuurder rustende gedragsnormen jegens de *rechtspersoon* kan daarom in bepaalde gevallen ook leiden tot aansprakelijkheid jegens *derden*, althans tot aansprakelijkheid voor het tekort in de boedel in het belang van derden.²⁴⁹

Art. 2:138/248 BW kan naar mijn mening worden gezien als een wettelijke vastlegging van de voormelde gedachte dat de bestuurder op grond van art. 2:9 BW een maatschappelijke ‘trusteefunctie’ vervult ten opzichte van de hem toevertrouwde, bij de rechtspersoon betrokken belangen. In art. 2:138/248 BW is daarom ook een met de omkeringsregel uit het bewijsrecht vergelijkbare ratio

246. Rb. 's-Gravenhage 11 mei 2011, *JOR* 2012/1 (*ZHG Beheer*). In Rb. 's-Gravenhage 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3672 wordt evenwel expliciet overwogen dat geen sprake is van risicoaansprakelijkheid van bestuurders voor het handelen van medebestuurders. Deze overweging dient echter in het licht van de omstandigheden in die zaak te worden bezien, namelijk dat een medebestuurder onttrekkingen had gedaan zonder dat de betrokken bestuurders daarvan op de hoogte waren of konden zijn en de betrokken bestuurders voorts maatregelen hadden genomen om die onttrekkingen terug te halen zodat de bestuurders niet aansprakelijk werden geacht.

247. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/482 en Asser/Maeijer 2-III, 2000/321.

248. Vgl. Van Zanten & Assink 2008, die stelden dat de belangen van schuldeisers en werknemers een rol spelen in het vennootschapsbelang. Ook in de Nederlandse Corporate Governance Code 2016, preambule, p. 8 worden “*werknemers, toeleveranciers en afnemers*” uitdrukkelijk aangemerkt als stakeholders bij de vennootschap.

249. In het kader van het leerstuk van externe bestuurdersaansprakelijkheid ga ik in par. 10.8 verder in op deze externe gevolgen van het schenden van interne gedragsnormen.

te ontwaren. Deze omkeringsregel houdt in dat op grond van de redelijkheid en billijkheid een uitzondering op de hoofdregel van art. 150 Rv op het gebied van bewijsrecht wordt gemaakt (wie stelt moet bewijzen), in die zin dat het bestaan van *conditio sine qua non*-verband tussen een onrechtmatige gedraging of tekortkoming en het ontstaan van de schade wordt aangenomen, tenzij degene die wordt aangesproken aannemelijk maakt dat de bedoelde schade ook zonder die gedraging of tekortkoming zou zijn ontstaan. Voor de toepassing van deze regel is vereist dat is komen vast te staan dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen. Voorts is vereist dat degene die zich op de schending van deze norm beroept, ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het (specifieke) gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt. De ratio van de omkeringsregel brengt mee dat de onzekerheid omtrent het exacte verloop van gebeurtenissen voor risico komt van degene die de desbetreffende norm heeft geschonden, zodat dat verloop in zoverre niet door de benadeelde hoeft te worden gesteld en, in geval van betwisting, bewezen.²⁵⁰

De omkeringsregel, althans de ratio van de omkeringsregel, komt in art. 2:138/248 BW op twee manieren tot uiting. Ten eerste doordat voorshands het vermoeden wordt aangenomen dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement indien de verplichtingen ex art. 2:10 BW (respectievelijk art. 3:15j BW) en art. 2:394 BW zijn geschonden. Ten tweede doordat de omvang van ‘de schade’ als het ware forfaitair wordt vastgesteld op het tekort in de boedel. Er wordt dus geabstraheerd van het causaal verband tussen de onbehoorlijke taakvervulling en de daardoor aan de crediteuren toegebrachte ‘schade’ (of beter: aan het daadwerkelijk *daardoor* ontstane tekort in de boedel).²⁵¹ Ook als het deficit mede kan worden toegeschreven aan andere oorzaken zijn de bestuurders *ten volle* voor het tekort aansprakelijk.²⁵² Hierbij moet evenwel worden opgemerkt dat de matigingsbevoegdheid van art. 2:138/

250. Asser Procesrecht/Asser 3 2013/302; HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304; HR 23 november 2012, *NJ* 2012, 669.

251. Men zou zelfs kunnen zeggen dat niet van ‘schade’ kan worden gesproken. Crediteuren hebben doorgaans namelijk geen (contractuele) band met de bestuurder, maar slechts met de rechtspersoon. Hun ‘schade’ bestaat erin dat hun vordering op de *rechtspersoon* onbetaald is gebleven door het faillissement. De bestuurder is op grond van art. 2:138/248 BW gewoonweg wettelijk aansprakelijk om het tekort in de boedel te vergoeden. Zou men in dit verband over schade spreken dan zou men ook moeten stilstaan bij omvang en causaliteit, maar daar wordt dus juist van geabstraheerd in art. 2:138/248 BW.

252. Huizink 2016, *GS Rechtspersonen*, art. 2:248 BW, aant. 21.1.

248 lid 4 BW een belangrijke functie heeft die blijkens de wetsgeschiedenis ten doel heeft de omvang van de aansprakelijkheid te beperken tot een bedrag dat in redelijke verhouding staat tot de aard en ernst van de tekortkomingen van het bestuur.²⁵³

Met het voorgaande wordt het kernonderscheid duidelijk tussen de strekking van art. 2:9 BW en de strekking van art. 2:138/248 BW. Dit onderscheid ligt niet besloten in een verschil tussen gedragsnormen of toetsingsregels, maar in de *beslissingsregels* die de wetgever ten behoeve van de bescherming van schuldeisers noodzakelijk heeft geacht wanneer de schending van gedragsnormen *jegens de rechtspersoon* een belangrijke oorzaak is van het faillissement van die rechtspersoon. Deze bescherming is gelegen in het voorshands vaststellen van de omvang van de ‘schade’ als het tekort in de boedel en in het aannemen van bepaalde bewijsvermoedens.

De in verband met al het voorgaande in de literatuur gevoerde discussie over de vraag of in art. 2:138/248 BW sprake is van een vorm van interne²⁵⁴ of externe²⁵⁵ bestuurdersaansprakelijkheid,²⁵⁶ acht ik in dit kader niet nuttig en

253. *Kamerstukken II* 1980/81, 16 631, nr. 3 (MvT), p. 5: “In de opzet van het ontwerp is de verplichting tot schadevergoeding vervangen door een verplichting tot vergoeding van het tekort. Dit tekort kan de schade die door het onbehoorlijk bestuur is veroorzaakt overtreffen. Het is niet redelijk de bestuurder aansprakelijk te stellen voor een hoger bedrag dan de schade die door het onbehoorlijk bestuur kan zijn ontstaan. Men zou kunnen denken aan een wettelijke regeling, die de bestuurder opdraagt te bewijzen dat die schade geringer is dan het bedrag van het tekort. Dit leidt tot een gecompliceerde procedure. Deze bewijslast zal niet steeds gemakkelijk kunnen worden vervuld. Het verdient daarom de voorkeur dat de rechter het bedrag dat de bestuurders moeten betalen, indien dit bovenmatig is, kan verminderen, waardoor het in een redelijke verhouding komt tot de aard en ernst van de tekortkomingen van het bestuur.”

254. Dat het een vorm van *interne* aansprakelijkheid zou betreffen wordt bijvoorbeeld bepleit in: Van der Heijden/Van der Grinten/Honée & Hendriks-Jansen, *Handboek NV/BV* 1992/399.1; Blanco Fernández 1993, p. 166; Kortmann & Faber 1996. In het Voorontwerp Insolventiewet 1 november 2007, Commissie Insolventierecht 2007 (S.C.J.J. Kortmann, B. Wessels, J.W. Winter e.a.) wordt eveneens gesproken over een vorm van interne aansprakelijkheid.

255. Dat het een vorm van *externe* aansprakelijkheid zou betreffen wordt bijvoorbeeld bepleit in: Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/455; Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 1062; Huizink 2008, p. 209 en Van der Heijden/Dortmond, *Handboek NV/BV* 2013/399.1. In *Handboek NV/BV* 2013 wordt het ten opzichte van *Handboek NV/BV* 1992 gewijzigde standpunt onderbouwd met de stelling dat inmiddels anders zou zijn beslist in HR 18 september 2009, *NJ* 2009, 438 en JOR 2010/29 m.nt. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (*Simoca*). Ik lees dat daar echter niet in (de Hoge Raad laat zich er gewoonweg niet over uit) en in hun heldere noot zetten Kortmann en Faber uiteen dat het arrest het door hen eerder betoogde standpunt bevestigt.

256. In L. Timmerman, ‘Aansprakelijkheid van bestuurders van N.V.’s en B.V.’s; een overzicht van enige recente rechtspraak’, *TvvS* 1991, nr. 91/8, p. 197 wordt deze discussie reeds genoemd.

onnodig tot verwarring leiden. Het gaat immers om een schending van een *interne* gedragsnorm die ‘*externe*’ gevolgen heeft in de zin dat de bestuurder aansprakelijk kan zijn voor het tekort in de boedel in het belang van crediteuren. Men zou kunnen zeggen dat de bepaling hiermee een hybride karakter heeft.²⁵⁷ De vraag of de aansprakelijkheid van artikel 2:138/248 BW een interne of externe aansprakelijkheid oplevert, is vooral dogmatisch²⁵⁸ en naar mijn mening niet zo relevant. Waar het om gaat is dat de *taak* die een (rechts)persoon *als bestuurder* van een rechtspersoon op zich heeft opgenomen, een taak is die hij op zich heeft genomen *ten opzichte van de rechtspersoon* en dat de vordering ex art. 2:138/248 BW in de boedel valt. Met andere woorden: de bestuurder heeft deze taak uitsluitend omdat hij bestuurder is van een rechtspersoon en deze taak impliceert dus allereerst dat de bestuurder gebonden is aan bepaalde gedragsnormen jegens deze rechtspersoon.²⁵⁹ Dat schending van die gedragsnorm aansprakelijkheid voor het tekort in de boedel (in het belang van schuldeisers) oplevert maakt niet dat art. 2:138/248 BW andere of aanvullende gedragsnormen oplegt aan de bestuurder dan art. 2:9 BW reeds doet.

3.7.6 *Het risico van hindsight bias (het ‘peilmoment’)*

In aanvulling op hetgeen ik hiervoor in par. 3.7.4 reeds opmerkte over het risico van hindsight bias, is het goed stil te staan bij de vraag hoe de Minister verder nog reageerde op de in de Tweede Kamer uitgesproken vrees voor te snelle aansprakelijkheid voor ‘fouten’ die moeten worden geacht binnen de beleidsmarge van de bestuurder te vallen. Die reactie is van groot belang voor de vraag wanneer van onbehoorlijk bestuur ex art. 2:138/248 BW (en naar mijn mening dus ook ex art. 2:9 BW) kan worden gesproken. De Minister zei:

“Bij de beantwoording van deze vragen merk ik allereerst op, dat het er om gaat vast te stellen of het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Dat kan niet anders betekenen dan dat het bestuur achteraf, namelijk na de faillietverklaring, wordt beoordeeld. Dat houdt evenwel geenszins in, dat bestuursdaden die achteraf blijken tot

257. Timmerman 1991b, p. 197.

258. Zo ook Voorontwerp Insolventiewet 1 november 2007, Commissie Insolventierecht 2007 (S.C.J.J. Kortmann, B. Wessels, J.W. Winter e.a.), p. 179 waarin wordt opgemerkt dat de vraag vooral van dogmatische betekenis is en gezien het systeem van art. 2:138/248 BW niet tot een verschillende uitkomst of toepassing leidt.

259. Dat neemt overigens niet weg dat de schending van die gedragsnormen tevens een schending van gedragsnormen jegens crediteuren kan opleveren in de zin van art. 6:162 BW. Schuldeisers die menen dat een bestuurder rechtstreeks een norm heeft geschonden jegens hen, kunnen – naast het indienen van een vordering bij de curator – deze bestuurder aanspreken op grond van art. 6:162 BW (zie hoofdstuk 9 e.v.). De vraag of beide vorderingen gelijktijdig kunnen worden ingesteld jegens de bestuurder is niet een normatieve, maar een technisch juridische vraag die ik hier onbeantwoord laat.

het faillissement te hebben geleid enkel om die reden steeds als «onbehoorlijk bestuur» moeten worden aangemerkt. Een dergelijke onredelijke uitleg ligt niet zeer voor de hand. Immers het is zeer wel denkbaar dat achteraf beschouwd onjuiste calculaties, verkeerde inschattingen van economische factoren, het bewust nemen van bepaalde risico's, het zich onvoldoende hebben ingedekt tegen economische tegenslagen hebben geleid tot het faillissement. Er behoeft dan evenwel niet van onbehoorlijk bestuur sprake te zijn. De beoordeling achteraf kan er dus niet toe leiden dat bestuursdaden die op het moment waarop zij werden verricht niet als «onbehoorlijk bestuur» konden worden aangemerkt, in het licht van de omstandigheid dat zij tot het faillissement hebben geleid wel als zodanig moeten worden beschouwd. De vraag of er van onbehoorlijk bestuur sprake is moet dan ook worden beoordeeld naar het moment waarop de desbetreffende bestuurshandelingen werden verricht. Getoetst moet worden of de desbetreffende bestuurshandelingen (of nalatigheden) op dat moment als onbehoorlijk moeten worden beschouwd.»²⁶⁰ (onderstreping toegevoegd)

In de memorie van toelichting bij het per 1 januari 2013 gewijzigde art. 2:9 BW²⁶¹ is duidelijk teruggekomen dat de behoorlijke taakvervullingsnorm van art. 2:9 BW impliceert dat bij de vraag of sprake is van onbehoorlijke taakvervulling, rekening moet worden gehouden met het risico van hindsight bias:

“Voorop moet blijven staan dat de vraag of sprake is van onbehoorlijk bestuur moet worden beantwoord naar het moment waarop de betreffende handelingen werden verricht.”²⁶²

De wetsgeschiedenis van zowel art. 2:138/248 BW als art. 2:9 BW geeft dus een duidelijke instructie aan de rechter. De beoordeling of sprake is van (kennelijk) onbehoorlijk bestuur, en dus van schending van de behoorlijke taakvervullingsnorm, dient plaats te vinden naar het moment, het ‘peilmoment’, dat de bestuurders hun taken behoorlijk dienden te vervullen.

3.7.7 Objectieve toets van de inspanningsverbintenis (de maatman-bestuurder)

In aanvulling op hetgeen ik hiervoor in par. 3.7.4 reeds opmerkte over de objectieve toets die dient te worden gehanteerd, kan worden vastgesteld dat van oudsher breed is aanvaard dat de verplichting van de bestuurder om zijn taak

260. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 3-4.

261. Wet bestuur en toezicht, Wet van 6 juni 2011, Stb. 2011, 275 (per 1 januari 2013 in werking getreden).

262. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 9.

HOOFDSTUK 3

behoorlijk te vervullen, een inspanningsverbintenis en niet een resultaatsverbintenis betreft (zie par. 4.3 en 5.3.3 hierna) en dat de maatstaf om te *beoordelen* wanneer sprake is van een tekortschieten in de nakoming van die inspanningsverbintenis, een objectieve maatstaf is.²⁶³ Deze objectieve maatstaf kwam bijvoorbeeld reeds tot uiting in het sinds 1925 geldende art. 31 Wet op de Coöperatieve Vereeniging (zie par. 3.2). Lid 3 daarvan bepaalde dat voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van de bestuurder, de bestuurder “*geacht wordt kennis te hebben gekregen*” van al datgene “*wat hem bij eene richtige waarneming zijner betrekking*” niet onbekend gebleven zou zijn.

In verband met het in 1929 ingevoerde art. 47c WvK (oud) (zie par. 3.2) schreef Visser voorts dat de bestuurder, bij de aanvaarding van zijn benoeming tot bestuurder, verplichtingen op zich neemt “*waarvan wel de eerste en voornaamste is, dat hij zijn taak als bestuurder naar beste krachten en zoals het een goed bestuurder betaamt, vervult*”. Verder schreef hij:

*“Die behoorlijke taakvervulling [van art. 47c WvK (oud), toev. auteur] brengt niet mede, dat hij in te staan heeft voor den voordeelligen afloop der door hem namens de vennootschap aangegane transacties, maar betekent alleen, dat hij zijn taak heeft te verrichten volgens redelijke eischen van inzicht, zorgvuldigheid en toewijding, dat hij bij de vervulling daarvan handelt, zoals men in de gegeven omstandigheden van een goed bestuurder mag verwachten. Of een doen of niet doen aan die eischen beantwoordt, zal voor ieder geval de rechter hebben te beoordelen.”*²⁶⁴

In de wetsgeschiedenis van art. 2:138/248 BW komt de hiervoor door Visser omschreven objectieve maatstaf ook terug. Uit die wetsgeschiedenis blijkt dat art. 2:138/248 BW steunt op de gedachte dat een bestuurder moet instaan voor zijn kwaliteiten als zodanig.²⁶⁵ De instructie aan de rechter is dat hij zal moeten

263. Op de vraag *wanneer* (in welke gevallen) sprake is van onbehoorlijke taakvervulling door een bestuurder ga ik in dit proefschrift niet uitvoerig in. De wetsgeschiedenis noemt een aantal voorbeelden, bijvoorbeeld het verkopen van onroerend goed tegen een veel te lage prijs, het handelen in strijd met het vennootschappelijk belang of vennootschappelijk doel, het verkrijgen van kredieten tegen het stellen van onevenredig grote zekerheden en het onder omstandigheden handelen met een tegenstrijdig belang. Zie: *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 4-5. Voor een uitvoerig overzicht van wettelijke bepalingen en jurisprudentie die relevant zijn bij de vraag of sprake is van (on)behoorlijke taakvervulling, zij verwezen naar: Assink 2007, p. 516-526. Voor de goede orde merk ik hier op dat een inspanningsverbintenis en een objectieve maatstaf met elkaar kunnen samengaan. De vraag of aan de ‘inspanning’ om behoorlijk te besturen is voldaan wordt namelijk gemeten aan de hand van een objectieve maatstaf. Dat maakt het geen resultaatsverbintenis: de bestuurder heeft immers niet de verplichting om een bepaald ‘resultaat’ te bereiken.

264. Kist & Visser 1929, p. 236.

265. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 19.

letten op wat verstandige ondernemers in dezelfde of aanverwante branche van bedrijvigheid als onbehoorlijk zouden beschouwen en dat hij zal moeten trachten objectief vast te stellen of het gedrag in kwestie, als (kennelijk) onbehoorlijk moet worden aangemerkt (zie par. 3.7.4 en par. 3.7.7).²⁶⁶

In latere literatuur wordt niet afgeweken van deze zienswijze. De bestuurder zal pas aansprakelijk zijn, wanneer hij heeft gehandeld zoals onder de gegeven omstandigheden een redelijk oordelende bestuurder met de voor een bestuurder van deze rechtspersoon vereiste bekwaamheden nimmer zou hebben gedaan.²⁶⁷ Bij het behoorlijk vervullen van de bestuurstaat is sprake van het voldoen aan een inspanningsverbintenis.²⁶⁸ Er is pas een tekortkoming wanneer men is tekortgeschoten in de inspanning die onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze kon worden verlangd.²⁶⁹ Daarbij wordt aldus een *objectieve* toets gehanteerd.²⁷⁰

In latere rechtspraak is deze objectieve toets duidelijker naar voren gekomen. In het kader van de aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen op grond van art. 2:9 BW spreekt de Hoge Raad in het hierna in par. 4.4 te bespreken arrest *Staleman/Van de Ven*²⁷¹ bijvoorbeeld over “*het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult*”. In het kader van aansprakelijkheid van bestuurders in geval van faillissement van de besloten en naamloze vennootschap ex art. 2:138/248 BW spreekt de Hoge Raad voorts over kennelijk onbehoorlijk bestuur “*als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld*”.²⁷² Op het gebied van het enquête-recht spreekt de Hoge Raad in de *Laurus*-beschikking, waarnaar in de wetsgeschiedenis van het huidige art. 2:9 BW uitdrukkelijk wordt verwezen,²⁷³ tot slot over “*een taakvervulling die niet in overeenstemming is met de wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris de taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen*”.²⁷⁴ Op het gebied van het

266. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 9 (Nota naar aanleiding van het eindverslag), p. 2.

267. Pitlo/Löwensteyn 1986, p. 76 en Pitlo/Löwensteyn & Raaijmakers 1994, p. 71.

268. Eykman 1986, p. 87 e.v.

269. Asser/Maeijer & Dortmond 2-III 1994/321.

270. Zie ook: Timmerman 2009b, p. 483 en Strik 2010, p. 292.

271. HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*).

272. HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 454 en *JOR* 2001/171 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Gilhuis q.q. Panmo/H*). Zie ook: HR 7 juni 1996, *NJ* 1996, 695 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1996/69 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Ontvanger/Van Zoolingen*) met betrekking tot aansprakelijkheid op grond van art. 36 Invorderingswet.

273. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 9.

274. HR 8 april 2005, *NJ* 2006, 443 m.nt. G. van Solinge en *JOR* 2005/119 m.nt. M. Brink (*Laurus*).

enquêterecht zijn nog meer objectieve en concrete toetsingsnormen/toetsingsregels geformuleerd, bijvoorbeeld (i) het (gedurende geruime tijd) handelen in strijd met statuten en dwingende wetgeving, (ii) het onvoldoende gescheiden houden van de persoonlijke belangen en de belangen van de betrokkenen bij de rechtspersoon en (iii) het onvoldoende verstrekken van informatie dan wel het verstrekken van onjuiste informatie aan aandeelhouders, de ondernemingsraad of andere belanghebbenden bij de rechtspersoon.²⁷⁵ Meer in het algemeen wordt ook genoemd het handelen in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap.²⁷⁶

De hiervoor in de rechtspraak uiteengezette gedragsnormen hebben derhalve met de wetsgeschiedenis gemeen dat zij een bepaalde objectivering in zich dragen over de vraag of de bestuurder heeft voldaan aan zijn inspanningsverbintenis jegens de rechtspersoon. Zo kan een bestuurder zich (anders dan een werknemer) niet verschuilen achter onervarenheid of ongeschiktheid voor de functie.²⁷⁷ Een bestuurder kan zich niet disculperen met het excuus dat hij naar beste weten heeft gehandeld, doch dat het niveau van kennis en bekwaamheid niet toereikend was. Van een bestuurder mag worden verwacht dat hij geschiktheid bezit.²⁷⁸ Onbekwaamheid voor de functie kan niet tot disculpatie leiden.²⁷⁹ Wie de taak van de bestuurder op zich neemt, staat tot op zekere hoogte ervoor in dat hij de daartoe vereiste bekwaamheden bezit. Mist hij het inzicht of de bekwaamheid die van iemand in zijn positie redelijkerwijs kan worden verwacht, dan zal hij te zijner disculpering daarop geen beroep kunnen doen.²⁸⁰ Van alle bestuurders mag immers worden verwacht dat ze over voldoende kunde en expertise beschikken voor de algemene bestuurstaken en voor het algemene en financiële beleid dat tot de verplichting van alle leden wordt gerekend. Wat mag redelijkerwijs van hen worden verwacht?²⁸¹ Oftewel, niet relevant is wat de bestuurder wist of begreep. Uitsluitend relevant is wat de bestuurder moest hebben geweten of moest hebben begrepen. De rechtspersoon hoeft in dat verband geen onderzoek te doen naar werkelijke subjectieve kennis van de bestuurder. Uitsluitende geobjectiveerde kennis is relevant.²⁸²

275. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/756-760 en de daarin genoemde rechtspraak.

276. Hof Amsterdam (OK) 21 juni 1979, *NJ* 1980, 71 (*Batco*), Hof Amsterdam (OK) 8 oktober 1987, *NJ* 1988, 99 m.nt. J.M.M. Maeijer, HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Ogem*).

277. Asser/Maeijer & Dortmond 2-III 1994/321.

278. Glasz 1986, p. 81.

279. Eykman 1986, p. 81.

280. Huizink 2016, *GS Rechtspersonen*, art. 2:9 BW, aant. 8.1.

281. Borrius 2012, par. 8.4.0.

282. Dit neemt natuurlijk niet weg dat de vaststelling dat bepaalde subjectieve kennis aanwezig was in bewijsrechtelijke zin relevant is voor de vraag of de bestuurder aansprakelijk is. Indien bepaalde subjectieve kennis aanwezig was hoeft namelijk niet meer te worden stilgestaan bij de vraag of hij die kennis ook behoorde te hebben (geobjectiveerde wetenschap).

Een bestuurder dient bij het maken van zakelijke (beleids)afwegingen bovendien op een geïnformeerde grondslag en doordachte wijze te handelen²⁸³ en zo nodig advies in te winnen bij deskundigen. Als het bestuur op een bepaald terrein onvoldoende expertise in huis heeft, dienen de bestuurders zich – met het oog op een behoorlijke taakvervulling – van extern advies door deskundigen te laten voorzien.²⁸⁴ Waar het om gaat is dat het bestuur onderkent welke informatie en advisering benodigd is voor de (kern)activiteiten van de onderneming en ervoor zorgt dat deze behoorlijk worden ingevuld en uitgevoerd.²⁸⁵ Bij de vraag of een bestuurder zich vanwege ingewonnen advies kan disculperen, is van belang of de informatie toereikend was en daarnaast betrouwbaar. Of de bestuurder voldoende geïnformeerd is, al dan niet door medebestuurders, hangt af van onder meer de aard, strekking en complexiteit van de te nemen beslissing, de aard en waarneembaarheid van de gelopen risico's, de (te verwachten) kennis, ervaring en eventuele routine van het bestuur, de kwaliteit, aard en omvang van de voorhanden informatie, de kosten, tijdspanne en de financiële toestand van de vennootschap.²⁸⁶

Het antwoord op de vraag of de bestuurder is tekortgeschoten in de door hem te leveren inspanningsverbintenis, wordt dus op een *objectieve wijze* bepaald zonder onderscheid des persoon. Er kan als het ware worden gesproken van een 'maatman-bestuurder'. Zijn aansprakelijkheid wordt vastgesteld overeenkomstig hetgeen redelijkerwijs van een bestuurder, die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult, verwacht kan worden. Het belang van de objectieve benadering is vooral dat het de bestuurder dwingt zich bij het aanvaarden van zijn functie af te vragen of hij wel over de vereiste bekwaamheden beschikt om de bestuursfunctie, in de vennootschap waarin hij benoemd wordt,

283. Assink 2007, p. 525 en de daarin genoemde jurisprudentie.

284. Rb. Oost-Brabant 17 juli 2013, *RO* 2013/73 (*Stichting Bureau Jeugdzorg*).

285. Om welke reden ik zou menen dat de in HR 27 februari 2015, *NJ* 2015, 240 m.nt. P. van Schilfgaarde (*ING/D*) opgenomen overweging dat onbekendheid van de bestuurder met een bepaalde wettelijke bepaling die van toepassing is op de rechtspersoon "*mede van belang kan zijn*" bij de vraag of hij persoonlijk een ernstig verwijt jegens een derde heeft geschonden met voldoende nuance is geformuleerd in het licht van de in deze zaak vastgestelde feiten. De Hoge Raad overwoog namelijk voorts dat de benadeelde niet hoeft te stellen dat de bestuurder *wel* bekend was met een bepaalde wettelijke regel (dat mag de benadeelde namelijk veronderstellen) en dat de bestuurder zelf dus een beroep erop zal moeten doen dat hij *niet* bekend was met de wettelijke regel. Maar het enkele stellen dat hij niet bekend was met de wettelijke regel zal mijns inziens hem nog niet vrijpleiten. In de betrokken zaak had de bestuurder bijvoorbeeld advies ingewonnen bij een advocaat en had hij op dat advies vertrouwd. Van Schilfgaarde merkt in zijn noot terecht op dat de benadering van de Hoge Raad meer in overeenstemming is met het oorspronkelijke in het Latijn negatief geformuleerde adagium 'Nemo censetur ignorare legem', letterlijk vertaald: "niemand wordt geacht de wet *niet* te kennen".

286. Borrius 2012, par. 8.4.1 onder verwijzing naar Assink 2007, p. 516-526.

adequaat te kunnen vervullen. Een ander wenselijk gevolg van deze benadering is dat de achteraf toetsende rechter zich niet in allerlei interne mentale processen hoeft te verdiepen die in het hoofd van de handelende bestuurder hebben afgespeeld (al dan niet af te leiden uit de omstandigheden van het geval). Dit zou wel vereist zijn als voor aansprakelijkheid van een bestuurder – kort gezegd – subjectieve kwade trouw vereist zou zijn.²⁸⁷ De vraag is dus niet of de bestuurder schuld treft in de civielrechtelijke context, maar of het handelen van de bestuurder de objectieve toets van de maatman-bestuurder kan doorstaan. Dat betekent overigens niet dat *iedere* vergissing of omissie leidt tot de kwalificatie inhoudelijk of collegiaal onbehoorlijke taakvervulling. Ook een maatman-bestuurder maakt immers wel eens een vergissing. Waar gehakt wordt, vallen spaanders (zie par. 3.7.8). De rechter heeft bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een inhoudelijke of collegiale onbehoorlijke taakvervulling de ruimte om daarin van geval tot geval tot een redelijk oordeel te komen. Doorstaat het handelen of nalaten van de bestuurder de toets van de maatman-bestuurder evenwel niet, dan schrijft de wetgever ex art. 2:9 BW jo. art. 2:25 BW dwingendrechtelijk voor dat de bestuurder aansprakelijk is.

3.7.8 *Beleidsruimte, ondernemen en de grijze zone: Waar gehakt wordt, vallen spaanders*

In aanvulling op hetgeen ik hiervoor in par. 3.7.4 reeds opmerkte over de beleidsruimte van het bestuur, zijn de volgende opmerkingen nog van belang over de te hanteren toets voor aansprakelijkheid. De bestuurder (van een rechtspersoon die een onderneming drijft) heeft de verantwoordelijkheid te ondernemen. Daarmee gaan per definitie risico's gepaard. Löwensteyn schreef in dat verband in 1986:

“Bij dit alles dient men echter te bedenken, dat de taak van een bestuurder bestaat uit het voeren van een mede op de toekomst gericht beleid en dat het voeren van een beleid nu eenmaal het nemen van risico's impliceert. Bij het leiden van een onderneming, zoals de taak is van de bestuurders van de naamloze vennootschap, de besloten vennootschap en de beide economische verenigingen, gaat het er juist om nieuwe wegen te vinden, op de markt nieuwe mogelijkheden te onderkennen en in zijn onderneming de productiecapaciteit naar deze mogelijkheden te ordenen. Hier is het nieuwe juist het riskante. Een conservatief beleid is voor deze bestuurders juist een slecht beleid: begane paden betreden kunnen de concurrenten ook. Maar dan kan men het de bestuurders ook niet aanrekenen, dat hun beleid tegen de verwachting in uitloopt op mishukkingen en schade. Bij andere

287. Assink, Bröring, Timmerman & De Valk 2011, p. 63.

rechtspersonen zullen de doelstellingen vaak tot een voorzichtiger beleid nopen. Maar ook daar bestaat steeds de kans, dat men de bestaande situatie en de toekomstige ontwikkelingen ondanks inzicht en bekwaamheid toch verkeerd beoordeelt.”²⁸⁸

De keuze om een bepaalde richting in te slaan is een ondernemingsbeslissing. Als die keuze verkeerd uitpakt, is dat een *ondernemingsrisico*. Maar dat mag het geen *bestuurdersrisico* maken. Bestuurders behoren de vrijheid te hebben om risicovolle beslissingen te nemen. Het bestuur heeft daarom beleidsruimte en bestuursautonomie. Dat houdt in dat de rechter een bepaalde mate van ‘terughoudendheid’ moet betrachten bij het beoordelen van de door het bestuur genomen beleids- en bestuursbeslissingen. Dit heeft de Minister expliciet duidelijk gemaakt waar het gaat om de vraag of van onbehoorlijk bestuur ex art. 2:138/248 BW (en naar mijn mening dus ook ex art. 2:9 BW) sprake is:

*“Bij de benadering van deze vraag moet de rechter uiteraard steeds rekening houden met alle omstandigheden van het geval en tot een redelijk en billijk oordeel komen. Van de rechter kan echter niet worden gevraagd dat hij op de stoel van de ondernemer plaats neemt. Daarnaast moet worden bedacht dat de grens tussen onbehoorlijk bestuur en bestuur dat weliswaar nadelig voor de vennootschap en haar schuldeisers is uitgepakt, doch dat niet als onbehoorlijk bestuur mag worden aangemerkt, niet steeds even gemakkelijk is te trekken. Er is dus als het ware een ‘grijze zone’.”*²⁸⁹

Voorts:

*“Inderdaad zal het niet steeds gemakkelijk zijn, de grens tussen behoorlijke en onbehoorlijke taakvervulling scherp te trekken. Het is dan ook de taak van de rechter daarover aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval een beslissing te geven. Een vergelijking kan worden gemaakt met rechtmatig en onrechtmatig handelen. Ook daar heeft de rechtspraak in tal van uitspraken aan de hand van de concrete situatie de grens moeten vaststellen.”*²⁹⁰

Nadat de Minister had toegelicht dat de toevoeging ‘kennelijk’ bedoeld was om beduchtheid weg te nemen voor te snelle aansprakelijkheid (zie par. 3.7.4), merkte hij op:

288. Pitlo/Löwensteyn 1986, p. 75, herhaald in Pitlo/Löwensteyn & Raaijmakers 1994, p. 72.

289. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 3-4.

290. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 20.

HOOFDSTUK 3

“De bedoeling van die toevoeging is duidelijk te maken, dat in geval van twijfel of er van onbehoorlijke taakvervulling sprake is, de bestuurders van de rechtspersoon het voordeel van de twijfel wordt gegund.”

De reden daarvoor was dat te snelle aansprakelijkheid:

“onredelijk [zou] zijn gezien het feit dat het ondernemen nu eenmaal uit de aard van de zaak een riskante bezigheid is en dat een ondernemer vaak snel moet beslissen in situaties die hij op dat moment wellicht nog niet voldoende grondig heeft kunnen onderzoeken. De grens die loopt tussen onverantwoordelijk handelen en het nemen van risico's bij bepaalde transacties die zakelijk verantwoord zijn, kan nu eenmaal niet steeds scherp worden getrokken. Voor die beduchtheid heb ik begrip willen tonen.”²⁹¹

Wat de Minister met dit alles bedoelde, bleek duidelijk uit de hiervoor in par. 3.7.4 reeds geciteerde wetsgeschiedenis. Het vaststellen van de ‘grenzen’ van de ‘grijze zone’ dient in een concreet geval te geschieden door objectief vast te stellen of het gedrag in kwestie, gezien op het tijdstip van dat handelen of nalaten, zijnde het peilmoment, onbehoorlijk is gelet op wat verstandige ondernemers in dezelfde of aanverwante branche van bedrijvigheid als onbehoorlijk zouden beschouwen. Wat hier van belang is, is dat de rechter niet zijn eigen oordeel over wat hij zelf als bestuurder een juiste beslissing had gevonden centraal mag stellen. De rechter mag dus niet op de stoel van de bestuurder plaatsnemen. Eykman verwoordde dat in 1986 mijns inziens heel duidelijk toen hij opmerkte dat het criterium niet is één man, noch de gemiddelde bestuurder, maar een categorie bestuurders waarbinnen een ruime variatie en breedte kan gelden.²⁹² Ondanks de objectieve toets naar het moment van handelen, waarbij rekening moet worden gehouden met het gevaar van hindsight bias, bestaat dus nog immer een ‘grijze zone’. Deze grijze zone geeft de rechter de ruimte om te manoeuvreren en om niet *iedere* vergissing of omissie van een bestuurder te kwalificeren als *inhoudelijke* of *collegiale* onbehoorlijke taakvervulling. Waar gehakt wordt, vallen nu eenmaal spaanders.²⁹³ Besturen is mensenwerk en mensen kunnen zich vergissen, abusievelijk iets nalaten of iets over het hoofd

291. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 9 (Nota naar aanleiding van verslag), p. 2.

292. Eykman 1986, p. 87 e.v.

293. Deze ruimte blijkt ook uit de laatste zin van art. 2:138/248 BW die bepaalt dat een onbelangrijk verzuim in de verplichtingen ex art. 2:394 BW en ex art. 2:10 BW niet in aanmerking wordt genomen. In HR 1 november 2013, *NJ* 2014, 7 m.nt. P. Van Schilfgaarde (*Verify*) werd voorts overwogen: “De bepaling van art. 2:248 lid 2 BW dat een onbelangrijk verzuim niet in aanmerking wordt genomen, heeft betrekking op de vraag of sprake is geweest van een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, en niet op het aandeel in die onbehoorlijke taakvervulling van de individuele bestuurder.”

zien. De rechter zal daarmee rekening moeten houden door binnen de bedoelde categorie bestuurders waarbinnen een ruime variatie en breedte kan gelden, op een redelijke en billijke wijze te beoordelen of een dergelijke vergissing of omissie dusdanig is dat de maatman-bestuurder geacht moet worden deze vergissing of omissie niet te hebben gemaakt en of dus sprake is van onbehoorlijke taakvervulling. De hiervoor in par. 3.7.1 t/m 3.7.4 geciteerde passages uit de parlementaire geschiedenis laten zien – hoewel dat niet steeds met de vereiste nuance is geformuleerd – dat het ook de bedoeling van de Minister was dat een bestuurder niet ‘zomaar’ geacht moet worden zijn taak onbehoorlijk te hebben vervuld. De bedoelde grijze zone mocht volgens de Minister echter niet ertoe leiden dat de toets voor aansprakelijkheid wordt verzwaard in de zin dat alleen in uitzonderlijke gevallen sprake kan zijn van aansprakelijkheid ex art. 2:138/248 BW (en naar mijn mening dus ook ex art. 2:9 BW). De Minister merkte hierover op:

*“De erkenning van dit feit [het bestaan van de grijze zone, toev. auteur] mag er echter niet toe leiden dat de toetsing vervlakt en dat alleen in gevallen van uitzonderlijk onbehoorlijk bestuur aansprakelijkheid van de bestuurders wordt aangenomen.”*²⁹⁴

Ook dit citaat laat overigens zien dat de Minister geenszins beoogde art. 2:138/248 BW slechts te laten gelden in ‘misbruik’-gevallen. Er is een grijze zone omdat een bestuurder beleidsruimte heeft, maar buiten die grijze zone is sprake van onbehoorlijk bestuur en dus van aansprakelijkheid.

Ook in de memorie van toelichting bij het per 1 januari 2013 gewijzigde art. 2:9 BW²⁹⁵ is duidelijk teruggekomen dat de behoorlijke taakvervullingsnorm van art. 2:9 BW impliceert dat het bestuur beleidsruimte moet hebben. De Minister merkte eerst op dat voorop moet blijven staan dat de vraag of sprake is van onbehoorlijk bestuur moet worden beantwoord naar het moment waarop de betreffende handelingen werden verricht. Direct daarna merkte de Minister op:

“Ten slotte: ondernemen is en blijft risico lopen. Van bestuurders kan niet worden verwacht dat zij uitsluitend handelen in die situaties waarin de te nemen stap al op alle mogelijke manieren is onderzocht, doorgerekend, van accountantsverklaringen voorzien en in schema’s gevat. Er moet ruimte blijven voor creativiteit, vernuft en durf. De samenleving is niet gediend met regelgeving die ondernemers stimuleert om telkens de voorkeur te geven aan risicomijdende beslissingen met weinig economisch voordeel. Een andere

294. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 3-4.

295. Wet bestuur en toezicht, Wet van 6 juni 2011, Stb. 2011, 275 (per 1 januari 2013 in werking getreden).

*opstelling zou ook haaks staan op het streven van dit kabinet naar een vitale en innovatieve economie waarin bijvoorbeeld de overstap van werknemerschap naar zelfstandig ondernemerschap wordt gestimuleerd. Een grens wordt echter bereikt wanneer onverantwoordelijke risico's worden genomen; dan bestaat aansprakelijkheidsrisico voor bestuurders.*²⁹⁶

Kortom, de bestuurder heeft beleidsruimte en kan daarin opereren zonder aansprakelijkheid te vrezen voor verkeerd uitgekakte beslissingen of voor letterlijk *iedere* omissie of vergissing. Dit wordt pas anders wanneer onverantwoordelijke risico's worden genomen, gezien op het peilmoment.

3.8 Het civielrechtelijke schuldbegrip en overmacht in het kader van art. 2:9 BW

Al het voorgaande roept de vraag op of, in het kader van de vaststelling van aansprakelijkheid van een individuele bestuurder ex art. 2:9 BW, nog relevant is welke mate van 'schuld' of 'verwijtbaarheid' bestaat bij de individuele bestuurder. Alvorens die vraag te beantwoorden, is het goed kort op hoofdlijnen stil te staan bij de vraag wat de term 'schuld' nu eigenlijk betekent.²⁹⁷ Hartkamp en Sieburgh constateerden dat zowel in het algemene als in het juridische taalgebruik het begrip 'schuld' in verschillende betekenissen wordt gebruikt. Zij stelden – en ik deel die mening – dat 'schuld' onder meer kan betekenen:

- (a) Verwijtbaarheid aan de dader. Deze betekenis heeft het begrip 'schuld' in art. 6:162 lid 3 BW. De wetgever heeft daarmee tot uitdrukking gebracht dat de pleger van een onrechtmatige daad voor de daardoor veroorzaakte schade aansprakelijk is, indien het stellen van de daad aan hem kan worden verweten;
- (b) Onachtzaamheid, in tegenstelling tot 'opzet';
- (c) Onrechtmatigheid. In deze betekenis wordt schuld gebezigd als synoniem van onrechtmatige daad.²⁹⁸

296. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 9. Daarvoor, in 2005, schreef Kroeze reeds dat bestuurders als ondernemers leiding moeten geven aan de activiteiten van de vennootschap. Daarbij hoort het nemen van risico's en het vooraf inschatten van goede en kwade kansen. Soms moeten bestuurders op korte termijn met weinig informatie beslissen. Op voorhand is niet te bepalen wat achteraf de beste beslissing zal zijn. Te veel factoren – ook factoren die onbekend zijn of buiten de invloedssfeer van bestuurders liggen – zijn immers van invloed op de verwezenlijking van bepaalde risico's. Het recht moet ruimte bieden voor spaanders daar waar de maatschappij verlangt dat er gehakt wordt. Zie: Kroeze 2005, p. 16.

297. Ik doe dat op hoofdlijnen omdat een uitvoerige uiteenzetting over het begrip 'schuld' het bestek van dit proefschrift te buiten gaat.

298. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/99.

Ad (a). Wanneer aan iemand een verwijt kan worden gemaakt van het plaatsvinden van een gebeurtenis die nadelige gevolgen teweegbrengt, zegt men dat hij daaraan schuld heeft als bedoeld in de hiervoor onder sub (a) bedoelde zin. De uitdrukking ‘schuld hebben’ wordt gebruikt om aan te duiden dat iemand verantwoordelijk wordt gesteld voor de nadelige gevolgen van zijn handelen. Dit veronderstelt dat hij anders had kunnen en moeten handelen. In deze betekenis wordt het begrip ‘schuld’ in art. 6:162 lid 3 BW gebruikt. De pleger van een onrechtmatige daad wordt voor zijn gevolgen juridisch verantwoordelijk gesteld, omdat hem een verwijt ervan kan worden gemaakt dat hij de daad heeft verricht. Om deze reden kan de onrechtmatige daad aan hem worden toegerekend.²⁹⁹

Ad (b). Evenals in het strafrecht pleegt men in het civiele recht te onderscheiden tussen verschillende graden van schuld, in het bijzonder tussen opzet en schuld. Het woord schuld heeft in dit verband een beperktere betekenis dan in art. 6:162 lid 3 BW. Het kan dan worden gelezen als onachtzaamheid, ter onderscheiding van opzet. In het civiele recht wordt aan het opzettelijk en het onachtzaam handelen meestal dezelfde rechtsgevolgen verbonden, zoals in art. 6:75 en 6:162 BW,³⁰⁰ maar er zijn ook uitzonderingen zoals art. 7:661 BW dat bepaalt dat de werknemer uitsluitend jegens de werkgever aansprakelijk is voor schade als gevolg van opzet of bewuste roekeloosheid.

Ad (c). Wanneer men zegt dat iemand aan het ontstaan van een gevolg schuld heeft, ligt daarin besloten dat hij iets verkeers gedaan heeft. In deze zin veronderstelt schuld dus een verkeerde gedraging. Ten gevolge daarvan zal de term ‘schuld’ soms een dubbele betekenis hebben en niet alleen op de verantwoordelijkheid van de dader duiden, maar óók, of zelfs uitsluitend, op de verkeerde gedraging zelf.³⁰¹ Men zou zo kunnen zeggen dat men alleen maar van een onrechtmatige daad (de verkeerde gedraging) kan spreken als de dader ook schuld treft in de zin van art. 6:162 lid 3 BW. Anders gezegd, zonder schuld geen onrechtmatigheid. Door art. 6:162 BW wordt tussen de begrippen ‘schuld’ en ‘onrechtmatige daad’ echter een principiële onderscheid gemaakt. Omdat met ‘onrechtmatig’ de daad wordt gekwalificeerd en ‘schuld’ een verband legt tussen de daad en de dader, moet de opvatting dat het schuldvereiste opgaat in het

299. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/100 onder verwijzing naar Van Zeben, Pon & Olthoff 1981, *PG Boek 6 BW*, p. 618 e.v.

300. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/101. Het onderscheid is vooral in het strafrecht van belang. In het algemeen behoeft men dus geen onderscheid te maken naargelang de pleger van een onrechtmatige daad lichte schuld heeft of opzettelijk heeft gehandeld: in geval van lichte of grove schuld of opzet is hij op gelijke wijze aansprakelijk.

301. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/102.

onrechtmatigheidsvereiste worden verworpen.³⁰² In dit verband kan ook worden verwezen naar art. 6:165 BW op grond waarvan iemand aansprakelijk kan zijn voor zijn onrechtmatig handelen, zonder dat sprake is van schuld in de hiervoor omschreven onder ad b bedoelde zin.

Het begrip ‘schuld’ in art. 6:162 BW moet worden verstaan als subjectieve schuld. Volgens deze benadering kan de dader een verwijt van zijn gedraging gemaakt worden indien hij gezien zijn persoonlijke kenmerken zoals zijn kennis, kunde, ervaring en capaciteiten anders had kunnen en moeten handelen. Door zijn persoonlijke kenmerken bij het vaststellen van schuld te betrekken wordt een oordeel over zijn juridische verwijtbaarheid gevormd. Voor het bestaan van subjectieve juridische verwijtbaarheid is niet noodzakelijk dat de dader morele laakbaarheid kan worden verweten en behoeft derhalve niet een oordeel te worden geveld over de innerlijke gesteldheid van de dader.³⁰³ Bij het voorgaande past de kanttekening dat in het algemeen voor een onderzoek van de schuld slechts behoeft te worden nagegaan, wat van iemand die in gelijke omstandigheden verkeert als de dader kan worden verwacht. Dit neemt niet weg dat uiteindelijk beslissend is, of aan de dader in kwestie zijn daad kan worden verweten. Bij het ontbreken van verwijtbaarheid komt eventueel de op risico gebaseerde toerekening, op grond van een oorzaak die krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt, aan de orde.³⁰⁴

Terwijl het begrip ‘schuld’ bij art. 6:162 BW een belangrijke rol speelt, is dat minder het geval bij het leerstuk van de tekortkoming, zijnde het tekortschieten in een verbintenis als bedoeld in art. 6:74 BW e.v. De begrippen ‘tekortkoming’ en ‘tekortschieten’ hebben een neutrale betekenis. Doordat het begrip ‘tekortkoming’ neutraal wordt verstaan kan het niet op één lijn worden gesteld met de onrechtmatige daad. De termen zijn ook in die zin neutraal dat zij niet onderscheiden of de niet-nakoming aan de schuldenaar kan worden toegerekend of niet. De termen impliceren geen verwijt.³⁰⁵ Een tekortkoming komt los van de schuldvraag – kort gezegd – altijd voor rekening van degene op wie de verbintenis rust, tenzij deze een beroep op overmacht kan doen. In feite zal in het verbintenissenrecht steeds sprake zijn van ‘schuld’ in de hiervoor achter ad a) bedoelde zin omdat in het verbintenissenrecht het verwijt/de schuld gelegen is in de enkele niet-nakoming van de verbintenis waarvoor de schuldenaar verantwoordelijk is. De term ‘tekortkoming’ impliceert in feite al de schuld.

302. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/104-105 en de daarin genoemde bronnen.

303. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/106.

304. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/106 en 116.

305. Asser/Sieburgh 6-I 2016/318 die hierover schrijft: “*Trouwens ook de uitdrukking ‘toerekenbare tekortkoming’ behoeft op zichzelf geen verwijt te impliceren. De wet aanvaardt immers toerekenbaarheid niet slechts indien een tekortkoming is te wijten aan de schuld van de schuldenaar, doch ook indien zij krachtens de wet, een rechtshandeling of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.*”

In zoverre speelt de schuldvraag bij art. 6:74 BW uitsluitend een rol in de beperkte betekenis van het niet kunnen toerekenen van de tekortkoming als gevolg van overmacht als bedoeld in art. 6:75 BW. De schuldenaar kan zich op overmacht beroepen in geval van een buiten zijn schuld ontstane en niet voor zijn risico komende tekortkoming in de nakoming. De tekortkoming zal in dit geval bijna steeds bestaan uit een verhindering van de nakoming.³⁰⁶ De parlementaire geschiedenis spreekt in dit verband van een ‘onmogelijkheid’ de verbintenis na te komen.³⁰⁷ Daarvan is niet snel sprake. Zo noemt Sieburgh verschillende voorbeelden waarin geen sprake is van overmacht, bijvoorbeeld indien de schuldenaar persoonlijk, bijvoorbeeld door ziekte, verhinderd is te presteren, doch de prestatie ook door anderen kan worden verricht.³⁰⁸ Bovendien is van een verhindering van de nakoming die een beroep op overmacht rechtvaardigt slechts sprake, indien de schuldenaar niet aansprakelijk is voor de oorzaak daarvan (waarbij rekening moet worden gehouden met de strekking en de inhoud van de gegeven verbintenis en met hetgeen in de gegeven omstandigheden een nauwgezet schuldenaar zou hebben gedaan) en de oorzaak van de verhindering niet voor risico van de schuldenaar komt (immers de buiten schuld van de debiteur ontstane verhindering kan niettemin voor zijn risico komen).³⁰⁹

Kijkt men naar (de ratio van) art. 2:9 BW dan zou ik menen dat deze bepaling een eigen regime beoogt waarin het schuldbegrip en het overmacht-begrip is verdisconteerd. Dit regime is overigens in zekere zin te vergelijken met de systematiek van aansprakelijkheid voor de tekortkoming in de nakoming van verbintenissen als geregeld in art. 6:74 BW en 6:75 BW. Dat is ook logisch, aangezien zowel art. 2:9 BW als art. 6:74 BW en 6:75 BW betrekking hebben op de aansprakelijkheid voor de tekortkoming in een *verbintenis*. Daartoe geldt het volgende.

Art. 2:9 BW heeft betrekking op de aansprakelijkheid van individuele bestuurders voor de tekortkoming in de (inspannings)*verbintenis* van de individuele bestuurder om behoorlijk te besturen. Die verbintenis werd in 1986 door Eykman vergeleken met de verbintenis die geldt voor vrije beroepsbeoefenaars

306. Asser/Sieburgh 6-I 2016/340. Zie ook: Asser/Sieburgh 6-I 2016/332-339 over de objectieve en subjectieve leer die speelt bij de vraag wanneer sprake is van overmacht.

307. Van Zeben, Pon & Olthoff 1981, *PG Boek 6 BW*, p. 264 e.v.

308. Asser/Sieburgh 6-I 2016/341 waarin ook wordt gesteld: “*Evenmin zal degene, die zich verbond goederen van Amsterdam naar Dordrecht te vervoeren, zich te zijner bevrijding kunnen beroepen op het dichtvriezen der wateren zolang nog vervoer per spoor of vrachtwagen mogelijk is. Slechts dan kan de ijsgang als verhindering der prestatie in aanmerking komen, als bepaaldelijk vervoer per water was bedongen.*”

309. Asser/Sieburgh 6-I 2016/344-345: “*Indien een verkoper het verkochte voorwerp niet kan leveren omdat het bij hem is gestolen, wordt hij belemmerd in de nakoming van zijn verbintenis. Voor een beroep op overmacht is dit echter niet voldoende.*”

zoals advocaten en accountants³¹⁰ voor wie de regels van art. 7:400 BW e.v. gelden. De hoofdregel op dat gebied is dat als de opdrachtnemer niet handelt zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot te werk zou zijn gegaan, hij tekort komt in de nakoming van de op hem uit hoofde van deze relatie rustende verbintenissen en aansprakelijk is ex art. 6:74 BW. Ook van Schilfgaarde sprak in 1987 over aansprakelijkheid van de bestuurder op grond van een redelijke uitleg van *de overeenkomst* en over een *inspanningsverbintenis*.³¹¹ Enige tijd heeft zelfs de gedachte bestaan dat de grondslag voor aansprakelijkheid van een bestuurder jegens de rechtspersoon in het verbintenissenrecht diende te worden gevonden (Maeijer en Dortmond verwezen in 1994 nog naar art. 6:74 BW en art. 6:75 BW en Maeijer had het in 2000 nog over de contractuele verhouding die door art. 2:9 BW wordt uitgewerkt).³¹² De relatie tussen de rechtspersoon en de bestuurder is van oudsher voorts aangemerkt als een opdracht- en/of lastgevingsrelatie.³¹³ Zie over het voorgaande par. 3.7.7 en verder hierna par. 4.2, 4.3, 5.3.3 en 5.3.5. Art. 2:9 BW heeft dus betrekking op de aansprakelijkheid uit hoofde van een tekortkoming in de nakoming van een (bijzondere op Boek 2 geënte en met art. 7:400-401 BW te vergelijken) verbintenis. Dit blijkt ook goed uit art. 2:9 BW (oud) zoals dat luidde voor de codificatie van de ernstigverwijtmaatstaf per 1 januari 2013. Er is namelijk een duidelijke parallel te trekken tussen de bewoordingen van art. 2:9 BW (oud) en art. 6:74 BW. Art. 6:74 BW bepaalt dat iedere tekortkoming in de nakoming van de verbintenis de schuldenaar verplicht de schade te vergoeden tenzij de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend (hetgeen in art. 6:75 BW wordt uitgewerkt). Art. 2:9 BW (oud) bepaalde dat de bestuurder aansprakelijk is (dus voor schade) terzake van een tekortkoming, tenzij deze niet aan hem te wijten is en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden (zie par. 3.2). Hoewel de aansprakelijkheid van de individuele bestuurder in art. 2:9 BW (oud) blijkens de wettekst is gekoppeld aan een tekortkoming in een aangelegenheid die tot zijn ‘werkkring’ behoorde, kan uit de ratio van art. 2:9 BW (oud) worden afgeleid dat art. 2:9 BW (oud) net zoals het huidige art. 2:9 BW – op straffe van aansprakelijkheid – meer specifiek omvat de *inspanningsverbintenissen* van de individuele bestuurder om:

- (i) zijn taak *inhoudelijk* behoorlijk te vervullen (zie par. 3.6.3);
- (ii) zijn taak *collegiaal* behoorlijk te vervullen (zie par. 3.6.3); en
- (iii) niet nalatig te zijn in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de inhoudelijke of collegiale onbehoorlijke taakvervulling van een medebestuurder af te wenden (zie par. 3.6.4).

310. Eykman 1986, p. 90.

311. Van Schilfgaarde 1987, p. 273-274.

312. Asser/Maeijer & Dortmond 2-III 1994/321 en Asser/Maeijer 2-III 2000/321.

313. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/195. Zie bijvoorbeeld ook reeds: Kist & Visser 1914, p. 511.

Net zoals bij art. 6:74 BW het geval is, heeft de term ‘tekortkoming’ in art. 2:9 BW (oud) mijns inziens een neutrale betekenis en kan het niet op één lijn worden gesteld met de onrechtmatige daad. De term impliceert geen verwijt in de zin van schuld.³¹⁴ De termen ‘tekortkoming’, ‘niet aan hem te wijten’ en ‘niet nalatig’ in art. 2:9 BW (oud) duiden naar mijn mening op ‘schuld’ in de hiervoor eerder in deze paragraaf onder sub a bedoelde zin. Het schuldbegrip is verdisconteerd in de termen ‘tekortkoming’ en ‘verwijt’ in de zin dat de bestuurder het (taalkundige) verwijt kan worden gemaakt dat hij is tekortgekomen in de nakoming van één of beide van de hiervoor onder (i) of (ii) genoemde verbintenissen leidende tot de onbehoorlijke taakvervulling van het college als geheel.³¹⁵ Het schuldbegrip is voorts verdisconteerd in de term ‘niet nalatig’ in de zin dat de bestuurder het (taalkundige) verwijt kan worden gemaakt dat hij is tekortgekomen in zijn hiervoor onder (iii) genoemde verbintenis maatregelen te nemen de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur af te wenden. De vraag of de bestuurder ook kan aftreden om onder deze verbintenis uit te komen en/of de vraag welke maatregelen een aangebleven bestuurder al dan niet in de gegeven omstandigheden moet treffen en derhalve wat de exacte inhoud van die verbintenis is, zou mijns inziens steeds van geval tot geval beoordeeld dienen te worden (zie par. 3.6.4). Uitsluitend indien de bestuurder *in het geheel* geen verwijt valt te maken van een eigen tekortkoming in zijn bestuurstaken, bestaande uit een inhoudelijke en collegiale bestuurstaak, én geen verwijt kan worden gemaakt nalatig te zijn geweest in de verbintenis om de gevolgen van het aan de medebestuurders te maken verwijt van onbehoorlijke taakvervulling af te wenden, is deze bestuurder niet aansprakelijk volgens art. 2:9 BW (oud).

Ook het overmacht-begrip is in art. 2:9 BW (oud) verdisconteerd in de termen ‘tekortkoming’, ‘niet aan hem te wijten’ en ‘niet nalatig’. De situaties waarin de tekortkoming in de onbehoorlijke taakvervulling als bedoeld in art. 2:9 BW (oud) niet aan de bestuurder ‘te wijten’ kan worden geacht, zijn namelijk in feite beperkt tot de gevallen waarin de bestuurder van een meerhoofdig bestuur geen enkel *gewoon* verwijt kan worden gemaakt, bijvoorbeeld wanneer (i) de bestuurder door medebestuurders ontvangen informatie te goeder trouw heeft beoordeeld op een wijze zoals dat door een redelijk denkend bestuurder dient te

314. Vgl. Asser/Sieburgh 6-I 2016/318 in het kader van art. 6:74 BW zoals eerder aangehaald.

315. Men zou overigens kunnen stellen dat bij de verbintenis om de taak collegiaal behoorlijk te vervullen een element van het hiervoor eerder in deze paragraaf onder sub b bedoelde schuldbegrip is verdisconteerd omdat deze verbintenis in feite verbiedt om onachtzaam te zijn. De vraag of sprake is geweest van onachtzaamheid wordt evenwel getoetst aan de hand van een objectieve maatman-bestuurder toets, zodat gesproken moet worden van een geobjectiveerde onachtzaamheid en niet van subjectieve onachtzaamheid in de zin dat dit afhankelijk zou zijn van de persoonlijke kennis en kunde van de betrokken bestuurder.

geschieden, maar deze informatie onjuist blijkt te zijn geweest, (ii) er geen aanleiding was zelfstandig onderzoek te doen naar de wijze waarop een medebestuurder de aan hem toebedeelde taken heeft vervuld of (iii) de bestuurder door medebestuurders in onwetendheid is gelaten over bepaalde besluitvorming of zelfs een rad voor de ogen is gedraaid (zie par. 3.6.4 en de daarin genoemde bronnen). In al deze gevallen is in feite sprake van een verhindering van de nakoming³¹⁶ (*de facto* van belet) en van een in de eerdergenoemde parlementaire geschiedenis van art. 6:75 BW gesproken ‘onmogelijkheid’ de verbintenis na te komen.³¹⁷ Er kan dan geen tekortkoming, verwijt of nalatigheid bestaan. Het tot 1 januari 2013 luidende art. 2:9 BW (oud) maakte het voorgaande mijns inziens duidelijk doordat de disculpatiemogelijkheid aldus was geformuleerd dat de bestuurder niet aansprakelijk is als hij bewijst dat de tekortkoming “niet aan hem te wijten is, en dat hij niet nalatig is geweest” in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Het woord “niet” laat geen ruimte voor een marge of voor een gradatie van schuld en de woorden “niet nalatig” laten zien dat op de bestuurder ook in de disculpatiefase in beginsel een verbintenis rust *om te handelen*. Dit blijkt ook duidelijk uit de wijze waarop de disculpatiemogelijkheid was geformuleerd in art. 31 Wet op de Coöperatieve Vereniging, namelijk dat de bestuurder niet aansprakelijk is indien hij bewijst “dat de tekortkoming aan hem niet te wijten is en dat hij zoo spoedig mogelijk de in zijn bereik liggende maatregelen heeft genomen om de gevolgen daarvan af te wenden” (zie par. 3.2). Art. 2:9 BW (oud, voorheen art. 2:8 BW) was zowel aan deze bepaling als aan art. 47c Wvk (oud) ontleend. De Minister merkte destijds expliciet het volgende op: “*tevens is het verschil in redactie tussen twee wetsbepalingen die hetzelfde willen zeggen, opgeheven*”³¹⁸ (zie par. 3.2). Oftewel, de disculpatiemogelijkheid van art. 2:9 BW (oud, voorheen art. 2:8 BW) dient dus ook zo begrepen te worden als bedoeld in art. 31 Wet op de Coöperatieve Vereniging, zoals hiervoor geciteerd. De formulering ‘zoo spoedig mogelijk’ en ‘in zijn bereik’ laat eveneens geen ruimte voor een schuldgradatie, maar laat zien dat een beroep op disculpatie in feite alleen maar slaagt in gevallen die zijn te vergelijken met situaties van overmacht in de zin van art. 6:75 BW, in welke gevallen de bestuurder in het geheel geen verwijt valt te maken. Dit volgt ook uit de parlementaire geschiedenis van bijna een eeuw geleden waarin werd opgemerkt: “*Bewijst een bestuurder dat hij aan het feit, waaruit de verbintenis ontstaan is, geen schuld heeft en dat hij al het mogelijke heeft gedaan om de gevolgen ervan af te wenden, dan zou het een onredelijke hardheid zijn hem toch aansprakelijk te verklaren*” en “*De commissaris, die geen schuld heeft, gaat geheel vrij uit. Hij is niet aansprakelijk voor hetgeen aan hem niet is te wijten*”.³¹⁹

316. Vgl. Asser/Sieburgh 6-I 2016/340 zoals eerder aangehaald in verband met art. 6:74 BW.

317. Van Zeben, Pon & Olthoff 1981, *PG Boek 6 BW*, p. 264 e.v.

318. Van Zeben, Belifante & Van Ewijk 1962, *PG Boek 2 BW*, p. 138, 436 en 541.

319. Gebr. Belifante, *Ontwerpen van wetten op de vennootschappen en andere. Wijziging en aanvulling van de bepalingen omtrent de Naamloze Vennootschap en de regeling van de aansprakelijkheid voor het prospectus*, 's-Gravenhage: Gebr. Belifante 1929, p. 87 en 214.

Kort en goed, indien sprake is van onbehoorlijke taakvervulling binnen het bestuur, is de ernst van het aan een individuele bestuurder te maken verwijt, indien hem *enig* verwijt kan worden gemaakt of *enige* nalatigheid kan worden verweten, dus niet meer relevant, behoudens dat dit iets kan zeggen over de interne regresverhouding tussen bestuurders:

*“Het ontwerp aanvaardt als algemeen beginsel, dat wanneer twee personen schuld aan het veroorzaken van schade hebben, zij hoofdelijk aansprakelijk worden; de mate van ieders schuld is slechts van belang bij het onderling verhaal als één van hen de gehele schuld heeft voldaan: de benadeelde hoeft zich niet te verdiepen in de mate van schuld van een ieder die jegens hen aansprakelijk is.”*³²⁰

Uit de wetsgeschiedenis van het huidige art. 2:9 BW blijkt niet dat de wetgever heeft beoogd een van art. 2:9 BW (oud) afwijkend aansprakelijkheidsregime voor bestuurders te creëren, of af te wijken van de collectieve verantwoordelijkheid met daaraan gekoppelde hoofdelijke aansprakelijkheid, ook niet indien een taakverdeling tussen bestuurders bestaat (zie par. 3.6.4).³²¹ De tekortkoming van de individuele bestuurder in de *verbintenis* om de taak *inhoudelijk* behoorlijk te vervullen, wordt op grond van de wet³²² nog immer mede toegerekend aan de individuele medebestuurder die zijn taak weliswaar inhoudelijk niet onbehoorlijk heeft vervuld, doch wel is tekortgekomen in de verbintenis om zijn taak *collegiaal* behoorlijk te vervullen. Zelfs als de bestuurder de taken zowel inhoudelijk als collegiaal behoorlijk heeft vervuld, blijft deze op grond van de wet aansprakelijk indien sprake is van een tekortkoming in de eerder in deze paragraaf onder (iii) genoemde verbintenis. Voor de vraag naar de aansprakelijkheid van individuele bestuurders, eenmaal als onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur als college is vastgesteld, blijft de mate waarin een individuele

320. Zie de reeds in par. 3.6.1 aangehaalde parlementaire geschiedenis van art. 2:9 BW (oud, voorheen art. 2:8 BW); Van Zeben, Belifante & Van Ewijk 1962, *PG Boek 2 BW*, p. 138, 436 en 541.

321. In slechts 3 pagina's van *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT) (p. 7-10) wordt ingegaan op het huidige art. 2:9 BW en daaruit blijkt niet van andere nieuwe inzichten. Integendeel: de collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid wordt opnieuw uitdrukkelijk bevestigd op p. 8: “Het beginsel van collectief bestuur leidt ertoe dat alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor onbehoorlijk bestuur, ook als een kwestie tot de taak van een bepaalde bestuurder behoorde.” Ook uit *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. c (MvA) blijkt niet dat beoogd is af te wijken van het regime van art. 2:9 BW (oud).

322. Vgl. Asser/Sieburgh 6-I 2016/318 die in het kader van art. 6:74 BW opmerkte dat de wet immers toerekenbaarheid aanvaardt niet slechts indien een tekortkoming is te wijten aan de schuld van de schuldenaar, doch ook indien zij krachtens de wet, een rechtshandeling of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. Zo komt de inhoudelijke tekortkoming van de ene bestuurder op grond van de collegiale tekortkoming van de medebestuurder ook voor rekening van de medebestuurder.

HOOFDSTUK 3

bestuurder een ‘verwijt’ valt te maken dus niet relevant tenzij hem in *het geheel* geen verwijt valt te maken. Dan is hij niet aansprakelijk. Dat het huidige art. 2:9 BW spreekt van aansprakelijkheid tenzij een bestuurder geen *ernstig* verwijt kan worden gemaakt, maakt dat mijns inziens niet anders, althans dat blijkt niet uit de parlementaire geschiedenis van het huidige art. 2:9 BW. Aangenomen mag worden dat indien de wetgever wel een verandering beoogd zou hebben, de wetgever dat ook zou hebben toegelicht. Dat is niet gebeurd. De wetgever baseerde zich bij de codificatie van de ernstigverwijtmaatstaf in het huidige art. 2:9 BW vrij eenvoudig op het arrest *Staleman/Van de Ven*³²³ met het argument aan te sluiten bij de in de rechtspraak gehanteerde terminologie (zie par. 3.2), mijns inziens zonder zich goed te realiseren dat de termen ‘tekortkoming’, ‘te wijten aan’ en ‘niet nalatig’ in art. 2:9 BW (oud) slechts doelden op ‘schuld’ in de hiervoor eerder in deze paragraaf onder sub a bedoelde zin.

Gelet op al het voorgaande dient de door mij in het begin van deze paragraaf opgeworpen vraag of in het kader van de vaststelling van aansprakelijkheid van een individuele bestuurder ex art. 2:9 BW relevant is welke mate van ‘schuld’ of ‘verwijtbaarheid’ bestaat bij deze individuele bestuurder, ontkennend te worden beantwoord in zoverre dat slechts relevant is of hem het (taalkundige) verwijt kan worden gemaakt van het tekortkomen in één van de eerder in deze paragraaf genoemde verbintenissen (i) t/m (iii). De jurisprudentie van de Hoge Raad sinds het arrest *Staleman/Van de Ven* (waarin de ernstigverwijtmaatstaf is geïntroduceerd, zie hoofdstuk 4) suggereert evenwel dat dit anders is en heeft veel discussie doen ontstaan over de vraag welke schuldgradatie vereist is in art. 2:9 BW (zie par. 5.2.2 en par. 5.6). Gelet op deze constatering en mijn analyse van de introductie en het gebruik van de ernstigverwijtmaatstaf in de hierna volgende hoofdstukken 5 en 6, kon de codificatie van de ernstigverwijtmaatstaf in het huidige art. 2:9 BW dan ook alleen maar tot onduidelijkheid leiden. Op deze onduidelijkheid ga ik hierna in hoofdstuk 8 nader in.

3.9 Samenvatting

Art. 2:9 BW schrijft als gedragsnorm voor dat de bestuurder zijn taak zowel *inhoudelijk* als *collegiaal* behoorlijk dient te vervullen.

Uit de wetsgeschiedenis van art. 2:138/248 BW en van het huidige art. 2:9 BW, alsmede uit de nadien tot stand gekomen literatuur en rechtspraak, volgt dat met de termen ‘onbehoorlijk bestuur’, ‘onbehoorlijke taakvervulling’ en ‘kennelijk onbehoorlijke taakvervulling’ steeds uiting wordt gegeven aan de schending van

323. HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*).

één en dezelfde norm door een bestuurder die hij heeft na te leven ten opzichte van de rechtspersoon. Dat schending van de norm in geval van faillissement aansprakelijkheid voor het tekort in de boedel oplevert maakt dat niet anders. Het zou de duidelijkheid dan ook ten goede komen om in beide bepalingen steeds van één en dezelfde term te spreken, namelijk ‘onbehoorlijke taakvervulling’ (zie het voorstel in hoofdstuk 8).

Op de bestuurder rusten de verbintenissen zijn taak inhoudelijk en collegiaal behoorlijk te vervullen. Deze verbintenissen zijn gebaseerd op de behoorlijke taakvervullingsnorm. De toets of de bestuurder al dan niet is tekortgeschoten in de nakoming van deze verbintenissen en derhalve zijn taak al dan niet onbehoorlijk heeft vervuld, vergt zowel op grond van art. 2:9 BW als op grond van art. 2:138/248 BW een objectieve benadering. De rechter dient de volgende objectieve toetsingsnormen/toetsingsregels in acht te nemen: (i) het handelen van bestuurder moet worden beoordeeld naar het moment van handelen, rekening houdend met het gevaar van hindsight bias, (ii) het handelen van een bestuurder dient aan de hand van een objectieve maatman-bestuurder maatstaf te worden beoordeeld en (iii) een bestuurder heeft beleidsruimte (om te ondernemen) waarbij niet iedere vergissing of omissie tot onbehoorlijke taakvervulling hoeft te leiden en waarbij de rechter niet mag plaatsnemen op de stoel van de bestuurder.

Indien na toepassing van deze toetsingsnormen de rechter concludeert dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling van een individuele bestuurder, schrijft de wet ex art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW jo. art. 2:25 BW dwingendrechtelijk voor dat die bestuurder aansprakelijk is jegens de rechtspersoon respectievelijk voor het tekort in de boedel van die rechtspersoon. Het collegialiteitsbeginsel zal in de regel met zich brengen dat ook de bestuurder die geen inhoudelijk onbehoorlijke taakvervulling kan worden verweten, omdat de inhoudelijk onbehoorlijke taakvervulling niet zag op zijn taken, hoofdelijk aansprakelijk is jegens de rechtspersoon indien hij zijn taak collegiaal onbehoorlijk heeft vervuld. De bestuurder die inhoudelijk onbehoorlijke taakvervulling, noch collegiaal onbehoorlijke taakvervulling kan worden verweten, zal voorts alleen aansprakelijkheid kunnen ontlopen indien hij zich kan disculperen door aan te tonen dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling af te wenden, welke nalatigheid opnieuw beoordeeld dient te worden in het licht van de dan nog immer bestaande verplichtingen tot een inhoudelijk en collegiaal behoorlijke taakvervulling. De mate van schuld of verwijtbaarheid speelt bij dit alles in beginsel geen rol tenzij de bestuurder *in het geheel* geen verwijt valt te maken.

HOOFDSTUK 3

De stel- en bewijsplicht voor de onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:9 BW rust op de rechtspersoon. De stel- en bewijsplicht voor de aanwezigheid van een disculpatiegrond rust op de bestuurder. Voor een succesvol beroep op disculpatie zal de bestuurder die hoofdelijk wordt aangesproken voor schade als gevolg van de *inhoudelijk* onbehoorlijke taakvervulling van zijn medebestuurder, gelet op deze systematiek, dus moeten aantonen dat hij zijn taken *collegiaal* niet onbehoorlijk heeft vervuld (dat is immers wel een van zijn taken) én dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling af te wenden. Bij de vraag of hem *collegiaal* onbehoorlijke taakvervulling kan worden verweten, zal de toetsingsnorm, dat ook hij in beginsel beleidsruimte heeft om te ondernemen, minder van belang zijn omdat reeds is vastgesteld dat de bestuurder, die *inhoudelijk* onbehoorlijke taakvervulling wordt verweten, die beleidsruimte kennelijk reeds heeft overschreden. Daar had de medebestuurder juist collegiaal toezicht op moeten houden. De vraag of hij dat voldoende heeft gedaan, zal echter wel moeten worden beoordeeld aan de hand van een objectieve maatman-bestuurder maatstaf, naar het moment van handelen en waarbij rekening moet worden gehouden met het gevaar van hindsight bias.

De door de wetgever in art. 2:9 BW (oud) vastgelegde en in de wetsgeschiedenis toegelichte gedragsnorm, toetsingsregels en beslissingsregel lijken mij evenwichtig en duidelijk. Zij geven de rechter voldoende handvatten om in een concreet geval te oordelen en om al dan niet aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval de gedragsnorm toe te passen en zodoende nader te verfijnen.

Hoofdstuk 4. Introductie van de ernstigverwijtmaatstaf bij interne bestuurdersaansprakelijkheid

4.1 Inleiding

Beschouwt men de in het vorige hoofdstuk uitvoerig behandelde wetsgeschiedenis van art. 2:138/248 BW, welke bepalend is voor een goed begrip van de in art. 2:9 BW vastgelegde gedragsnorm en daarmee samenhangende toetsingsregels, dan is de conclusie dat de ernstigverwijtmaatstaf daarin niet voorkomt. Daarmee is echter nog niet gezegd dat de ernstigverwijtmaatstaf geen zinvolle verduidelijking en/of verfijning kan zijn van art. 2:9 BW (oud) en van de daarin vervatte gedragsnorm en toetsingsregels. Teneinde de vraag te beantwoorden of dat het geval is, dient eerst in te worden gegaan op de oorsprong van de term ‘ernstig verwijt’.¹

4.2 Oorsprong: Het *Schenkelaars Muziekinstrumentenfabriek*-arrest en het *Debrot*-arrest

De oorsprong van de ernstigverwijtmaatstaf kan gevonden worden in het arbeidsrecht van eind jaren zeventig, begin jaren tachtig. Het toen luidende art. 7A:1639 BW (oud) bepaalde – kort gezegd – dat de werknemer zijn arbeid naar beste vermogen diende te verrichten:²

“De arbeider is verplicht den bedongen arbeid naar zijn beste vermogen te verrichten. Voor zoover aard en omvang van den te verrichten arbeid niet bij overeenkomst of reglement zijn omschreven, beslist daaromtrent het gebruik.”

1. Zie hierover ook: Westenbroek 2016c.

2. A-G R Emmelink verwees in zijn conclusie bij voormeld arrest naar dit artikel, maar blijkens het arrest heeft de Hoge Raad die verwijzing niet overgenomen.

HOOFDSTUK 4

Daarnaast bestond art. 7A:1638x BW (oud) (thans 7:658 BW) dat zag op de aansprakelijkheid van de *werkgever* jegens de werknemer. Dat artikel luidde destijds:³

“De werkgever is verplicht de lokalen, werktuigen en gereedschappen, waarin of waarmede hij den arbeid doet verrichten, op zoodanige wijze in te richten en te onderhouden, alsmede omtrent het verrichten van den arbeid zoodanige regelingen te treffen en aanwijzingen te verstrekken, dat de arbeider tegen gevaar voor lijf, eerbaarheid en goed zoover beschermd is, als redelijkerwijze in verband met den aard van den arbeid gevorderd kan worden.

Zijn die verplichtingen niet nagekomen, dan is de werkgever gehouden tot vergoeding der schade aan den arbeider dientengevolge in de uitoefening zijner dienstbetrekking overkomen, tenzij door hem het bewijs wordt geleverd, dat die niet-nakoming aan overmacht, of die schade in belangrijke mate mede aan grove schuld van den arbeider is te wijten.

Indien de arbeider, ten gevolge van het niet nakomen dier verplichtingen door den werkgever, in de uitoefening zijner dienstbetrekking zoodanig letsel heeft bekomen, dat daarvan de dood het gevolg is, is de werkgever jegens den overblijvende echtgenoot, de kinderen of de ouders van den overledene, die door zijnen arbeid plegen te worden onderhouden, verplicht tot schadevergoeding, tenzij door hem het bewijs wordt geleverd, dat die niet-nakoming aan overmacht, of de dood in belangrijke mate mede aan grove schuld van den arbeider is te wijten.

Elk beding, waardoor deze verplichtingen des werkgevers zouden worden uitgesloten of beperkt, is nietig.”

In het arrest *Schenkelaars Muziekinstrumentenfabriek*⁴ uit 1976 overwoog de Hoge Raad dat van grove schuld in de zin van deze bepaling alleen sprake kan zijn als:

3. Zoals gewijzigd per wet van 20 juli 1967, Stb. 396. Het artikel is later gewijzigd bij wet van 28 december 1989, Stb. 616 en nog later gewijzigd en henummerd bij Wet van 6 juni 1996, Stb. 406 tot het huidige art. 7:658 BW (geldend vanaf 1 april 1997). Art. 7:658 BW heeft dezelfde strekking, maar is tekstueel grondig veranderd. Volgens deze bepaling heeft de werkgever een zorgplicht jegens de werknemer en bestaat een risicoaansprakelijkheid voor de werkgever voor schade van de werknemer in de uitoefening van zijn functie, tenzij deze schade van de werknemer een gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid bij de werknemer.
4. HR 27 juni 1975, *NJ* 1976, 81 m.nt. G.J. Scholten (*Schenkelaars Muziekinstrumentenfabriek*), later herhaald in HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 948 m.nt. P.A. Stein, HR 6 maart 1987, *NJ* 1987, 533, HR 22 maart 1991, *NJ* 1991, 420 en HR 27 maart 1992, *NJ* 1992, 496 m.nt. P.A. Stein (*Buigcentrale Nederveen*).

“rekening houdend met alle omstandigheden van het geval – de schuld van de arbeider zo ernstig is, dat daartegenover de tekortkoming van de werkgever in de nakoming van zijn verplichtingen als bedoeld in art. 1638x lid 1 in het niet valt.”

Een bepaling over aansprakelijkheid van de werknemer jegens de werkgever voor de behoorlijke vervulling van zijn taak bestond toen echter niet. Toen de Hoge Raad in het op 4 februari 1983 gewezen *Debrot*-arrest⁵ zich moest uitlaten over deze aansprakelijkheid, zocht hij blijkens de bewoordingen uit dat arrest dan ook aansluiting bij voormeld art. 7A:1638x BW (oud) en voormeld *Schenkelaars Muziekinstrumentenfabriek*-arrest:

“Een werknemer kan (...) voor door hem in de vervulling van zijn dienstbetrekking aan de werkgever toegebrachte schade eerst aansprakelijk zijn indien hem ter zake, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, een ernstig verwijt valt te maken.”

Op basis van art. 7A:1638x BW (oud) en voormelde jurisprudentie kon geredeneerd worden dat de werknemer niet aansprakelijk was voor door hem veroorzaakte schade van de werkgever, tenzij sprake was van grove schuld aan de zijde van de werknemer. De Hoge Raad hanteerde daarvoor in het *Debrot*-arrest voor het eerst de term ‘ernstig verwijt’, welke term is terug te voeren op de terminologie gebruikt in het *Schenkelaars Muziekinstrumentenfabriek*-arrest (‘de schuld zo ernstig is’).

4.3 Introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in de literatuur tussen 1986 en 1997 via de inspanningsverbintenis

In 1986 betoogde Eykman dat het *Debrot*-arrest en het ernstig verwijt-criterium ook betrekking had op de bestuurder in dienstverband. Hij stelde samengevat het volgende: ‘Er bestaat een onderscheid tussen verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid. Verantwoordelijkheid is een ‘resultaatsgehoudenheid’ en aansprakelijkheid is een ‘inspanningsgehoudenheid’. Verantwoordelijkheid betekent dat een bestuurder – net zoals een werknemer – bekwaam moet zijn. De op de bestuurder rustende verbintenis is echter een inspanningsverbintenis. De bestuurder verplicht zich niet tot een bepaald resultaat, staat daar niet voor in en is slechts verplicht zijn taak behoorlijk te vervullen. Aansprakelijkheid kan daarom eerst dan rijzen, als geen redelijk handelend bestuurder aldus gehandeld zou hebben. Dit criterium trekt geen scheidslijn, maar schept een marge, een bandbreedte; de ene redelijk handelend bestuurder is de andere immers niet. Het criterium is niet één man, noch de gemiddelde bestuurder, maar het is een

5. HR 4 februari 1983, *NJ* 1983, 543 m.nt. P.A. Stein (*Debrot*).

categorie bestuurders waarbinnen een ruime variatie en breedte kan gelden. Het criterium vloeit niet voort uit een specifieke wetsregel, doch is inherent aan de taak van de bestuurder. Het geldt dan ook niet slechts voor bestuurders, doch ook daarbuiten in het algemeen voor iedere inspanningsverplichting die met zich brengt dat men een beslissing moet nemen in een onzekere situatie, dan wel belangen of risico's tegen elkaar moet afwegen. Ditzelfde beginsel geldt ook bij verschillende sectoren van de beroepsaansprakelijkheid: de arts die moet beslissen of hij al dan niet opereert, de advocaat of hij al dan niet procedeert. De maatstaf waaraan de bestuurder moet beantwoorden kan men uitdrukken als 'de goede bestuurder'. De inspanningsverbintenis om zijn taak behoorlijk te vervullen rust ook op de werknemer. Art. 2:8 BW (thans art. 2:9 BW) spreekt weliswaar van aansprakelijkheid, maar het artikel is vanuit een verantwoordelijkheidsoogpunt geboren. Ook het inspanningsprincipe dat voor de werknemer is neergelegd in art. 7A:1639 BW is vanuit een verantwoordelijkheidsoogpunt geboren. Om de aansprakelijkheid van (een werknemer en) een bestuurder onder zijn inspanningsverbintenis te beoordelen, dient men zich daarom te wenden tot de algemeen civielrechtelijke beginselen omtrent aansprakelijkheid. Voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van de bestuurder in dienstbetrekking kan dus aansluiting gevonden worden bij het *Debrot*-arrest: er moet hem een ernstig verwijt worden gemaakt'. Dit alles aldus Eykman.⁶ Op de niet in dienst zijnde bestuurder, was het ernstig verwijt-criterium volgens Eykman niet van toepassing. Welk criterium daar wel van toepassing op was, liet Eykman in het midden.

Kort na dit betoog van Eykman stelde Van Schilfgaarde in 1986 dat het *Debrot*-arrest niet alleen rechtstreeks van toepassing is op de bestuurder die in dienst is van de rechtspersoon (*omdat* hij in dienst is), maar ook op de bestuurder die niet in dienst is. Hij baseerde dat op het argument dat iemand die geen salariëring ontvangt of zijn taak als nevenbetrekking bekleedt, niet sneller aansprakelijk zou moeten zijn dan de bestuurder in dienstbetrekking.⁷ Een jaar later, in 1987, herhaalde Van Schilfgaarde zijn betoog. Hij stelde samengevat het volgende: 'Het gaat te ver om op basis van art. 2:8 BW (thans art. 2:9 BW) te concluderen dat een bestuurder meer dan een werknemer zou moeten instaan voor het bezit van de voor zijn taak vereiste capaciteiten. De vraag in hoeverre men daarvoor moet instaan, hangt geheel van hetgeen daaromtrent impliciet of expliciet bij het aangaan van de betrekking is bedongen. De algemene vergadering van aandeelhouders die willens en wetens een onbenul tot bestuurder benoemt kan niet verwachten dat die bestuurder zijn taak met veel benul vervult. Anderzijds geldt dat van iedere werknemer die bij zijn aanstelling voorgeeft specialist te zijn, kan worden gevergd dat hij zijn bewering waarmaakt. Over de rechtsgrond voor aansprakelijkheid is niets terug te vinden in het *Debrot*-arrest, maar het gaat om

6. Eykman 1986, p. 87 e.v.

7. Van Schilfgaarde 1986, p. 17.

een redelijke uitleg van de overeenkomst.⁸ Kern van de zaak is dat een werknemer wordt aangenomen voor een reeks van verrichtingen waarvan in het algemeen bij de indiensttreding noch de inhoud, noch de omstandigheden waaronder zij moeten plaatsvinden, nauwkeurig bepaalbaar zijn. De precieze inhoud van zijn verbintenis moet van dag tot dag ingevuld worden. Een redelijke uitleg brengt mee dat de werknemer, indien hij fouten maakt, niet aansprakelijk is, tenzij hem – in de woorden van de Hoge Raad – een ernstig verwijt treft. Er is in wezen sprake van een inspanningsverbintenis. Dit alles geldt op gelijke wijze voor de bestuurder in zijn vennootschapsrechtelijke betrekking', aldus Van Schilfgaarde.⁹

Net zoals Eykman, leek Van Schilfgaarde de rechtsgrond voor aansprakelijkheid dus te zoeken in een civielrechtelijke tekortkoming onder de inspanningsverbintenis ex art. 6:74 BW (Eykman had het over algemeen civielrechtelijke beginselen omtrent aansprakelijkheid). In de literatuur is de door Eykman en Van Schilfgaarde betoogde gelijke toepasbaarheid van de ernstigverwijtmaatstaf uit het arbeidsrecht in het vennootschapsrecht door zeker niet de minste (hoog) geleerde schrijvers overgenomen, zonder dat door hen lang is stilgestaan bij of is ingegaan op de onderbouwing door Eykman en Van Schilfgaarde.

Huizink stelde in 1989¹⁰ en later in 1994¹¹ bijvoorbeeld dat het *Debrot*-arrest een afwijking is van de hoofdregel van art. 6:74 BW die volgt uit de redelijkheid en billijkheid en/of de objectieve goede trouw en – onder verwijzing naar Van Schilfgaarde – dat de daaruit voortvloeiende ernstigverwijtmaatstaf ook geldt wanneer een bestuurder tekort komt. Net zoals Van Schilfgaarde, zocht Huizink de rechtsgrond voor aansprakelijkheid in art. 6:74 BW.

Van der Grinten en Kortmann huldigden in 1990 in de Asser-serie de opvatting dat het toen in ontwerpfase bevindende art. 6.3.2.2 lid 3 BW (thans art. 6:170 lid 3 BW)¹² naar analogie toepassing diende te vinden in de relatie tussen een vennootschap en diens bestuurder die een onrechtmatige daad pleegt waardoor een derde schade lijdt. Oftewel, in de onderlinge regresverhouding is de bestuurder pas aansprakelijk jegens de rechtspersoon, wanneer sprake is van opzet of

8. Waarmee Van Schilfgaarde dus kennelijk beoogde te zeggen dat de rechtsgrond voor aansprakelijkheid gevonden moet worden in het verbintenissenrecht van Boek 6 BW.

9. Van Schilfgaarde 1987, p. 273-274.

10. J.B. Huizink, *Bestuurders van rechtspersonen* (diss. Groningen; Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 7), Deventer: Kluwer 1989, p. 100.

11. J.B. Huizink, 'Bestuurders van rechtspersonen en milieu-aansprakelijkheid', *De NV* 1994/4, p. 90 e.v.

12. *Kamerstukken II* 1963/64, 7729, nr. 2 (Ontwerp van Wet), p. 22 en *Kamerstukken II* 1975/76, 7729, nr. 8, (Gewijzigd Ontwerp van Wet), p. 28. Beide bevatten een ontwerpbevestiging die vrijwel gelijklopend was als het huidige art. 6:170 BW. Op 1 januari 1992 is het huidige art. 6:170 BW ingetreden (Wet van 22 november 1991, Stb. 600).

bewuste roekeloosheid.¹³ Van der Grinten en Kortmann gaven hiermee in feite aan dat zij menen dat de aansprakelijkheid van een bestuurder jegens de rechtspersoon op gelijke wijze bepaald dient te worden als de aansprakelijkheid van de werknemer jegens de werkgever.¹⁴ Een jaar later, in 1991, betoogden Van der Grinten en Maeijer in de Asser-serie onder verwijzing naar de in 1990 gehuldigde opvatting explicieter dat van aansprakelijkheid van een bestuurder jegens de rechtspersoon op grond van art. 2:9 BW slechts sprake kon zijn indien de bestuurder een ernstig verwijt trof. Van een tekortkoming in de zin van art. 2:9 BW kon alleen sprake zijn als de bestuurder ‘ernstig gefaald’ had.¹⁵ In 1992 betoogde Van der Grinten, nu met Honée en Hendriks-Jansen, opnieuw dat hij zou willen aannemen dat de aansprakelijkheid van bestuurders moet berusten op een ernstig verwijt. Hij baseerde zich nu op een uitspraak van de Rechtbank Dordrecht over de aansprakelijkheid van bestuurders, waarin de term ‘ernstig verwijt’ evenwel niet werd gebruikt.¹⁶ Van Schilfgaarde werd overigens niet aangehaald door Van der Grinten, maar ik veronderstel gemakshalve – bij gebreke van een verwijzing naar wetsgeschiedenis of andere literatuur – dat Van der Grinten zich daar in ieder geval wel (mede) op baseerde.

Van Andel stelde zich in 1992 ook op het standpunt dat voor aansprakelijkheid van bestuurders zowel op grond van het arbeidsrecht als het vennootschapsrecht, eerst sprake kan zijn als de bestuurder een ernstig verwijt valt te maken. Zijn betoog was evenmin gebaseerd op Van Schilfgaarde, maar op de stelling dat het *Debrot*-arrest geheel past in de gedachte dat de verplichting die ex art. 7A:1639 BW (oud) op de werknemer rust, een inspanningsverbintenis betreft en dat de verplichting die op de bestuurder rust ex art. 2:9 BW eveneens een inspanningsverbintenis betreft, zodat de ernstigverwijtmaatstaf ook voor de bestuurder geldt.¹⁷

Van Hees betoogde in 1994 onder verwijzing naar de ontwikkelingen in het arbeidsrecht dat een bestuurder-werknemer niet aansprakelijk is als geen sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid en dat hij met het oog op de vennootschappelijke positie geen gronden zag om voor de bestuurder (die ook geen werknemer kan zijn) een ‘verhoogde’ aansprakelijkheid aan te nemen. Hij betoogde in dat verband dat tot de invoering van art. 2:138/248 BW in 1987,

13. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-II 1990/180.

14. Aangezien de term ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ uit art. 6.3.2.2 lid 3 BW volgens de wetgever dezelfde betekenis heeft als de term ‘grove schuld’ (zie par. 3.7), welke term op zijn beurt aan de basis ligt van de ernstigverwijtmaatstaf in het *Debrot*-arrest, meenden Van der Grinten en Kortmann kennelijk dat de ernstigverwijtmaatstaf ook gold in de relatie tussen de bestuurder en de vennootschap.

15. Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1991/44.

16. Van der Heijden/Van der Grinten/Honée & Hendriks-Jansen, *Handboek NV/BV* 1992/257 en Rb. Dordrecht 10 februari 1988, *NJ* 1989, 830.

17. C.C.Th. van Andel, *De directeur; bestuurder en werknemer*, Deventer: Kluwer 1992, p. 65.

de termen ‘grove schuld’ of ‘grove nalatigheid’ werden gehanteerd in art. 47a Wvk (zie par. 5.2.2 hierna).¹⁸ Ondanks dat dit criterium per 1 januari 1987 werd verlaten en werd verruimd tot ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’, zou men volgens Van Hees nog steeds alleen in “*meer extreme*” situaties tot aansprakelijkheid kunnen komen. Hoewel Van Hees de term ‘ernstig verwijt’ niet gebruikte, mag gelet op het voorgaande aangenomen worden dat hij achter deze maatstaf stond.¹⁹

De *Debrot*-analogie werd tot slot in 1994 ook door Maeijer en Dortmund overgenomen in de Asser-serie. Onder verwijzing naar het *Debrot*-arrest, naar andere jurisprudentie die betrekking had op de onderlinge draagplicht tussen een werknemer en werkgever²⁰ en naar het hiervoor uiteengezette standpunt van Van der Grinten, Kortmann en Maeijer in de periode 1990-1992, stelden Maeijer en Dortmund dat het ernstig verwijt-criterium ook moet worden gehanteerd bij de mogelijke aansprakelijkheid van bestuurders tegenover de vennootschap. Ook zij verwezen in dat verband naar art. 6:74 BW en art. 6:75 BW en stelden dat uit de systematiek daarvan, in samenhang met art. 2:9 BW, volgt dat als ernstige verwijtbaarheid van het bestuur is aangetoond, de individuele bestuurder dient aan te tonen dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt treft en dat de onmiskenbare tekortkoming van het bestuur hem niet toe te rekenen is. Op grond van art. 6:75 BW jo. art. 2:9 BW zou aansprakelijkheid dan van de baan zijn. Maeijer en Dortmund stelden dat hetzelfde gold voor het geval er maar één bestuurder is, omdat steeds moet worden gekeken naar art. 6:74 BW en art. 6:75 BW jo. art. 2:9 BW.²¹ Niet heel lang daarna werd de stelling dat de ernstigverwijtmaatstaf geldt voor bestuurders in het *Staleman/Van de Ven*-arrest overgenomen. Ook daarna (in 2000) werd door Maeijer nog gesteld dat art. 2:9 BW de verplichtingen betreft van de bestuurder jegens de vennootschap “*tot wie de bestuurder in een contractuele verhouding staat*”. Volgens Maeijer kon men zeggen dat art. 2:9 BW een wettelijke bevestiging en uitwerking geeft aan hetgeen “*de overeenkomst tussen bestuurder en vennootschap voor die bestuurder inhoudt en aan de (eventuele) aansprakelijkheid van de bestuurders*.”²²

18. Waarmee hij mijns inziens echter voorbijging aan het feit dat de termen waren losgelaten in de Derde Misbruikwet omdat deze een te strenge toetssteen vormden, zie hierna par. 5.2.2.

19. A. Van Hees, ‘Aansprakelijkheid van een bestuurder, interne en externe aansprakelijkheid’, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Financiering en Aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 2-3.

20. HR 26 juni 1959, *NJ* 1959, 551 m.nt. L.E.H. Rutten (*De Bont-Zuidooster*); HR 3 april 1987, *NJ* 1987, 606; HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 32.

21. Asser/Maeijer & Dortmund 2-III 1994/321.

22. Asser/Maeijer 2-III 2000/321.

Overigens moet worden opgemerkt dat de stelling dat de ernstigverwijtmaatstaf ook zou moeten gelden voor bestuurders, zoals ingenomen in de hiervoor weergegeven literatuur, in andere gezaghebbende literatuur in de periode vóór *Staleman/Van de Ven* in het geheel niet terugkomt. In die literatuur werd voor de toetsing van de aansprakelijkheid van de bestuurder (nog steeds) gewoon verwezen naar de uit de wetsgeschiedenis blikende toetsingsregels.²³ Die regels hielden samengevat in dat het handelen van de bestuurder moet worden beoordeeld naar het moment van handelen, waarbij rekening moet worden gehouden met het gevaar van hindsight bias, dat een objectieve maatman-bestuurdermaatstaf moet worden gehanteerd en dat de bestuurder beleidsruimte heeft (zie par. 3.7). Voorts moet hier worden opgemerkt dat het betoog dat de ernstigverwijtmaatstaf ook zou moeten gelden voor bestuurders, in andere literatuur van die tijd met kracht van argument werd weersproken.²⁴ Op deze laatste literatuur zal ik ingaan in hoofdstuk 5, waarin ik het arrest *Staleman/Van de Ven* rechtstheoretisch zal analyseren.

4.4 Introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in 1997 in de rechtspraak (*Staleman/Van de Ven*)

4.4.1 Inleiding

De ernstigverwijtmaatstaf werd geïntroduceerd in het arrest *Staleman/Van de Ven*²⁵ dat wordt gezien als een van de kernarresten in het ondernemingsrecht. Timmerman schreef naar aanleiding van dit arrest:

“Het is mijns inziens fraai en één van de echt belangrijke vennootschapsrechtelijke arresten van de Hoge Raad. Het is wat men tegenwoordig noemt een rechtsvormend arrest, d.w.z. een arrest dat over de berechte zaak heen reikt. Het behoort zonder twijfel tot wat ik de kern van het ondernemingsrecht zou willen noemen. Dit arrest is onder andere belangrijk omdat de Hoge Raad het vereiste van ernstige verwijtbaarheid voor de aansprakelijkheid van een bestuurder van een vennootschap ex art. 2:9 BW introduceerde. Het effect van het ernstige verwijtvereiste is dat de aansprakelijkheidsdrempel in vergelijking met hetgeen in het gewone civiele recht geldt voor de bestuurder verhoogd wordt en bestuurders zich niet al te risico-avers, niet al te

23. Zie bijvoorbeeld: Slagter 1993, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 60 en 228; Sanders/Westbroek/Buijn/Storm 1994, *BV en NV*, p. 167; Pitlo/Löwensteyn & Raaijmakers 1994, p. 70 e.v.

24. Blanco Fernández 1993, p. 174 e.v.; Van der Vlis 1994; Glasz, Beckman & Bos 1994, p. 113-114; Glasz 1995, p. 48.

25. HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*).

*bangelijk en defensief hoeven te gedragen. Als gevolg van het ernstig verwijt vereiste kan er een zekere beleidsvrijheid voor het bestuur van de vennootschap ontstaan.”*²⁶

Deze woorden van Timmerman doen recht aan het belang dat het arrest *Staleman/Van de Ven* heeft gehad voor de ontwikkeling van het leerstuk van interne bestuurdersaansprakelijkheid. Het arrest bevestigt wat de bedoeling van de wetgever is geweest bij de ontwikkeling van art. 2:9 BW. Hierna zal ik uiteenzetten hoe de ernstigverwijtmaatstaf in dit arrest werd geïntroduceerd.

4.4.2 Het hof in *Staleman/Van de Ven*

Na een uitvoerige behandeling en beoordeling van de omstandigheden van het geval, concludeerde het hof in de zaak *Staleman/Van de Ven* dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling door de bestuurders. Letterlijk overwoog het hof:

*“Op grond van het hiervoor overwogene is het Hof van oordeel dat aan de directie in beginsel een ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling kan worden gemaakt in de zin van art. 2:9 BW.”*²⁷

Conform de systematiek van art. 2:9 BW ging het hof daarna (impliciet) in op de mogelijkheid van disculpatie voor de twee betrokken bestuurders. Het hof overwoog:

“Het vorenstaande leidt ertoe, dat de directieleden in beginsel aansprakelijk zijn voor schade, door het bedrijf geleden als gevolg van de onbehoorlijke taakvervulling door de directie. Daarbij ziet het Hof onvoldoende grond voor het maken van onderscheid tussen Staleman enerzijds en Richelle anderzijds. Weliswaar was Staleman kennelijk degene die zich hoofdzakelijk bezighield met de dagelijkse gang van zaken aangaande de lease, doch het moet ervoor gehouden worden dat belangrijke beslissingen omtrent financiering, kredieten en dergelijke (...) tot het beleid van het gehele bestuur behoorden en niet aan een der bestuurders konden worden overgelaten.”

Uit het arrest van het hof blijkt niet dat het hof met het gebruik van de term ‘ernstig verwijt’ een specifieke rechtstheoretisch verfijnende bedoeling had en/of dat het hof tot uitgangspunt had genomen dat voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW is vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt

26. Timmerman 2009b, p. 481 e.v. De term ‘beleidsruimte’ lijkt mij zuiverder omdat de vrijheid van het bestuur om het beleid te bepalen geen absolute vrijheid is doch wordt begrensd door de maatman-bestuurdertoets.

27. Zie rechtsoverweging 19 en 20 van het arrest van het hof, kenbaar uit HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer en JOR 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*).

HOOFDSTUK 4

kan worden gemaakt. Het hof paste art. 2:9 BW voorts zuiver toe door te beoordelen of Staleman zich kon disculperen en door te oordelen dat dit niet het geval was. In par. 4.5 zal ik hier verder op ingaan.

4.4.3 *De conclusie van A-G Mok*

De bestuurders gingen in cassatie en richtten zich onder meer tegen de hiervoor als eerste geciteerde overweging van het hof. De overwegingen van A-G Mok geven een goed beeld van de stand van het recht over interne bestuurdersaansprakelijkheid op dat moment. Ik acht het daarom van belang een groot deel van deze overwegingen te citeren:

“3.3.1 Onderdeel 1 van het middel bevat een rechtsklacht. Volgens het onderdeel kan een gedraging van een bestuurder slechts grond zijn voor een ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:9 BW (deze tekst is een interpretatie van de wetsbepaling) indien:

- a. de bestuurder ten tijde van die gedraging ten minste had behoren te voorzien dat die gedraging tot een nadeel voor de vennootschap zou kunnen leiden;*
- b. geen redelijk oordelend bestuurder na afweging van de alternatieven voor die gedraging het daaraan voor de vennootschap verbonden risico zou hebben genomen. (...)*

3.3.2.1 Voor de vraag wat moet worden verstaan onder ‘(on)behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak’ kan men te rade gaan bij de parlementaire geschiedenis van art. 2:138/248 BW, de ‘derde misbruikwet’. Blijkens de memorie van toelichting bij het ontwerp van die wet is daarbij aansluiting gezocht aan art. 2:8 BW (oud). In art. 8 is volgens deze m.v.t. het grondbeginsel van de bestuurdersaansprakelijkheid geformuleerd ‘als een gehoudenheid van het bestuur tegenover de rechtspersoon ‘tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak’. Er zou geen reden zijn om wat de rechtsgrond van die aansprakelijkheid betreft onderscheid te maken tussen situaties in en buiten faillissement.

3.3.2.2 De in art. 2:9 BW geregelde aansprakelijkheid jegens de vennootschap staat voorop en gaat ook verder dan de aansprakelijkheid jegens de schuldeisers, geregeld in art. 2:138, in die zin dat de aansprakelijkheid jegens de schuldeisers eerst ontstaat na faillissement. Over de uitleg van het begrip onbehoorlijk bestuur leert de parlementaire geschiedenis van deze wet ons:

‘De vraag of er van onbehoorlijk bestuur sprake is moet (dan ook) worden beantwoord naar het moment [het peilmoment, toev. auteur] waarop de desbetreffende bestuurshandelingen werden verricht. Getoetst moet worden

of de desbetreffende bestuurshandelingen (of nalatigheden) op dat moment als onbehoorlijk moeten worden beschouwd. Bij de benadering van deze vraag moet de rechter uiteraard steeds rekening houden met alle omstandigheden van het geval en tot een redelijk en billijk oordeel komen. Van de rechter kan echter niet worden gevraagd dat hij op de stoel van de ondernemer plaats neemt. Daarnaast moet worden bedacht dat de grens tussen onbehoorlijk bestuur en bestuur dat weliswaar nadelig voor de vennootschap en haar schuldeisers is uitgepakt, doch dat niet als onbehoorlijk bestuur mag worden aangemerkt, niet steeds even gemakkelijk is te trekken. Er is dus als het ware een 'grijze zone'. De erkenning van dit feit mag er echter niet toe leiden dat de toetsing vervlakt en dat alleen in gevallen van uitzonderlijk onbehoorlijk bestuur aansprakelijkheid van de bestuurders wordt aangenomen. (...) In de term 'onbehoorlijk' moet vooral het element van 'verwijtbaarheid' worden gelezen. (...) Bij onbehoorlijk bestuur gaat het om gedragingen die als schuldige verwaarlozing van de bestuurstaak kunnen worden aangemerkt, (...) en is niet bedoeld de bestuurders een verwijt te maken van fouten, misrekeningen of achteraf beschouwd onjuiste beoordelingen van feiten en omstandigheden die voor het bepalen van het bestuursbeleid van belang zijn. Voor onbehoorlijke taakvervulling is méér nodig, in het bijzonder dat onverantwoordelijk is gehandeld met de wetenschap – objectief te bepalen – dat de schuldeisers daarvan de dupe zouden kunnen worden. Een zodanige taakvervulling is gelijk te stellen met misbruik. (...). Evenwel is er aanleiding om door toevoeging van het woord 'kennelijk' volstrekt duidelijk te maken dat het onbehoorlijke karakter van het handelen of nalaten van het bestuur buiten kijf moet staan en dat er in geval van twijfel (de 'grijze zone') geen aansprakelijkheid ontstaat.'

3.3.2.3 De literatuur ter zake is in sterke mate op de geciteerde m.v.a. gebaseerd. Zo schrijven Sanders/Westbroek c.s. dat voor aansprakelijkheid op grond van art. 9 vereist is 'dat regelmatig foutieve beslissingen worden genomen, zodat het bestuur kennelijk incompetent en/of te kwader trouw is.

Maeijer geeft voorbeelden van mogelijk kennelijk onbehoorlijk bestuur; onder meer: het nemen van beslissingen met vergaande financiële consequenties zonder behoorlijke voorbereiding en het nalaten van onderzoek naar de kredietwaardigheid van contractpartners met wie men belangrijke zaken doet.

3.3.2.4 Slagter noemt als taken van een goed bestuurder:

- a. hoewel hij als ondernemer risico's moet nemen en moet anticiperen op toekomstige onzekerheden, dient hij nimmer risico's te nemen die bij realisatie de continuïteit van de onderneming in gevaar zouden kunnen brengen;

- b. *bij het nemen van besluiten dient hij rekening te houden met gegevens die hem bekend (kunnen) zijn, maar hij mag niet worden beoordeeld op achteraf gebleken feiten;*
- c. *hij dient zorg te dragen voor een behoorlijke boekhouding en voor het tijdig opmaken van de jaarrekening en dient afwijking van de goedgekeurde begroting te verantwoorden;*
- d. *hij mag niet in strijd handelen met de beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur (verbod tot misleiding en tot behartiging van een persoonlijk tegenstrijdig belang);*
- e. *hij mag niet in strijd handelen met bepalingen van dwingend recht, tenzij zulks door zwaardere vennootschapsbelangen gerechtvaardigd wordt.*

3.3.2.5 *Van Schilfgaarde meent dat de formulering van art. 2:9 wijst op een ‘inspanningsverbintenis’: ‘de bestuurders moeten zich inzetten voor een behoorlijke uitoefening van hun taak, tot een bepaald resultaat zijn zij niet gebonden. Hetzelfde geldt voor art. (7A:)1639 BW, waarin wordt gezegd dat de arbeider verplicht is de arbeid ‘naar beste vermogen’ te verrichten. In zoverre is er nog verschil dat de woorden ‘naar beste vermogen’ anders dan ‘naar behoren’, op een subjectief criterium duiden. Toch is het niet aannemelijk dat men voor de taakvervulling van de directeur-arbeider een ander criterium zou moeten aanleggen dan voor andere arbeiders’.*

In het arrest-Debrot heeft de Hoge Raad beslist dat een werknemer voor door hem bij de vervulling van zijn dienstverband aan de werkgever toegebrachte schade eerst dan aansprakelijk zou zijn indien hem ter zake, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, een ernstig verwijt valt te maken. In een latere uitspraak heeft de HR het begrip ‘grove schuld’, zoals voorkomend in art. 7A:1638x BW nader uitgewerkt. Hieronder heeft hij verstaan: ‘opzet of bewuste roekeloosheid’. Bij de parlementaire behandeling van het ontwerp van de derde misbruikwet heeft de regering erop gewezen dat in de oude artikelen werd gesproken van ‘grove schuld’ en ‘grove nalatigheid’. De term ‘kennelijk onbehoorlijke taakvervulling’ vormt een minder strenge toetssteen dan de oude begrippen.

3.3.3 *Samenvattend zou ik willen stellen dat er sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling door bestuurders, indien dezen onverantwoordelijk hebben gehandeld met de – objectief te bepalen – wetenschap dat de vennootschap daarvan de dupe zou kunnen worden. Dat maakt, naar ik zou menen, geen significant verschil met de in het middel (zie hiervóór; § 3.3.1.) voorkomende voorwaarde a. Van veel belang is dat niet, omdat uit het middel niet is af te leiden dat het meent dat het hof die voorwaarde heeft miskend. De klacht is dat het hof voorwaarde b heeft miskend. Het is*

wel denkbaar dat één van de relevante omstandigheden is dat geen alternatieven voor een bepaalde gedraging van het bestuur voorhanden waren. Dat is in de onderhavige zaak echter niet vastgesteld en ook niet als zodanig gesteld. Een algemene eis dat de rechter de aan de bestuurders verweten gedragingen moet afwegen tegen aanwezige alternatieven, gaat m.i. echter te ver. Noch uit de parlementaire geschiedenis van de derde misbruikwet, noch uit de literatuur is af te leiden dat zulk een eis wordt gesteld. Deze zou de rechter ook te zeer op de stoel van de bestuurders plaatsen.” (onderstreping toegevoegd)

Uit de conclusie van de A-G blijkt dat de term ‘ernstig verwijt’ weinig aandacht krijgt. De term komt uitsluitend terug bij een omschrijving van de cassatieklacht en in rechtsoverweging 3.3.2.5 bij de verwoording van het standpunt van Van Schilfgaarde en het in dat verband genoemde *Debrot*-arrest dat betrekking had op de aansprakelijkheid van een werknemer jegens de werkgever. In par. 4.5 zal ik hier verder op ingaan.

4.4.4 De Hoge Raad in *Staleman/Van de Ven*

De Hoge Raad²⁸ overwoog in cassatie vervolgens:

“Middel I is gericht tegen ’s Hofs oordeel (rov. 19) dat aan de directie in beginsel ‘een ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling kan worden gemaakt in de zin van art. 2:9 BW’. De door onderdeel 1 van het middel aangevoerde rechtsklacht betreft de maatstaf die behoort te worden gehanteerd bij de beantwoording van de vraag of een bestuurder die, zoals Staleman en Richelle, een natuurlijk persoon is en zijn taak in dienstbetrekking vervult, zozeer in een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak is tekortgeschoten dat hij krachtens art. 2:9 BW tegenover de rechtspersoon aansprakelijk is voor de schade welke deze als gevolg van die tekortkoming lijdt. Zoals het Hof en ook het onderdeel terecht tot uitgangspunt nemen, is voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of in een bepaald geval plaats is voor een ernstig verwijt als hier bedoeld, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval.

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

28. HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer en JOR 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*).

HOOFDSTUK 4

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.

In 's Hofs overwegingen ligt besloten dat het Hof van de hier aangegeven maatstaf is uitgegaan. De rechtsklacht kan derhalve niet tot cassatie leiden. Zoals het Hof en ook het onderdeel terecht tot uitgangspunt nemen, is voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt.”²⁹

Uit het arrest van de Hoge Raad blijkt dat de term ‘ernstig verwijt’, die in de cassatieklacht werd gebruikt en die kort werd aangehaald door de A-G onder verwijzing naar Van Schilfgaarde’s *Debrot*-analogie, ineens een dragende term werd voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van de bestuurder. Hierna zal ik daar verder op ingaan.

4.5 Rationele reconstructie van *Staleman/Van de Ven*

4.5.1 Inleiding

In het arrest *Staleman/Van de Ven* werd door de Hoge Raad niet toegelicht op grond waarvan hij meende dat van aansprakelijkheid van bestuurders op grond van art. 2:9 BW eerst sprake kan zijn als hun een zogenoemd ‘ernstig verwijt’ kan worden gemaakt. Welke gedachte ten grondslag lag aan de introductie van de maatstaf en hoe die maatstaf moest worden geduid, werd door de Hoge Raad in het midden gelaten.³⁰ De situatie doet zich dus voor dat het arrest (i) op dit onderdeel afwijkt van de bewoordingen van art. 2:9 BW en (ii) dat de rechter in zijn motivering/redenering stappen heeft overgeslagen. Teneinde de beslissing rationeel-rechtswetenschappelijk te becommentariëren, is het daarom noodzakelijk de beslissing te herformuleren teneinde de stap die de Hoge Raad niet expliciet heeft gemaakt alsnog expliciet te maken. Dit geschiedt aan de hand van de eerdergenoemde rationele reconstructie (zie over dit begrip, par. 2.4).

29. R.o. 3.3.1.

30. Zo ook Assink & Olden 2005, p. 9: “Nu de Hoge Raad niet bepaalt dat (...), blijft in het midden wat nu de verhouding is tussen ‘ernstig verwijt’ en ‘onbehoorlijke taakvervulling’. Uit de formulering van de door de Hoge Raad beantwoorde vraag wordt deze verhouding evenmin duidelijk. In de daaropvolgende arresten *Van Dooren/Hendriks*, *Moonen/Pric-kartz q.q.*, *Schwandt/Berghuizer Papierfabriek* en *Skipper Club Charter/Jaarsma bevestigt de Hoge Raad telkens de juistheid van de in *Staleman/Van de Ven* geïntroduceerde maatstaf, maar licht hij het gehanteerde toetsingsmechanisme niet toe. Hoe bont moet een bestuurder het nu maken voordat hij aansprakelijk is ex art. 2:9 BW?*”, Zie ook: Assink, Bröring, Timmerman & De Valk 2011, p. 25.

4.5.2 *Rationele reconstructie op grond van letterlijke bewoordingen van het hof*

Uit het arrest van het hof blijkt dat het hof reeds gebruikmaakte van de term ‘ernstig verwijt’ door te overwegen dat “*de directie in beginsel een ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling kan worden gemaakt in de zin van art. 2:9 BW.*”³¹ De bestuurders gingen daartegen in cassatie en namen de term van het hof over in hun cassatieklachten. In zijn conclusie merkte de A-G impliciet op dat het klachtonderdeel waarin de term ‘ernstig verwijt’ voorkomt, een interpretatie is van de wetbepaling waar die term immers niet in voorkomt.

Dat de term door de bestuurders werd gebruikt, lijkt een gevolg van de woordkeuze van het hof in de overweging waartegen gecasseerd werd. Uit die overweging blijkt echter niet dat het hof met het gebruik van de term ‘ernstig verwijt’ een specifieke rechtstheoretische verfijnende bedoeling had. Evenmin blijkt daaruit dat het hof tot uitgangspunt had genomen dat voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW is vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het gebruik van de term door het hof leek niet meer dan een (onnodige doch gelet op de casus begrijpelijke) uiting van de mate waarin het hof de twee betrokken bestuurders ‘op de vingers wilde tikken’. Het hof had namelijk ook kunnen overwegen: ‘*Op grond van het hiervoor overwogene is het hof van oordeel dat de directie een onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:9 BW kan worden verweten.*’ Voor de vraag of de individuele bestuurder vervolgens aansprakelijk was, was daarna uitsluitend nog relevant of deze bestuurder zich kon disculperen en dat heeft het hof blijkens zijn arrest goed onderkend. De A-G besteedde hier verder dan ook niet veel aandacht aan. Hij ging in op de vraag wanneer van onbehoorlijke taakvervulling kan worden gesproken, zoals blijkt uit de hiervoor in par. 3.7 uiteengezette wetsgeschiedenis van de Derde Misbruikwet, en op de betekenis die in de literatuur aan de term ‘onbehoorlijke taakvervulling’ werd gegeven.³²

Nu enige verdere toelichting van de Hoge Raad ontbreekt in het arrest *Staleman/Van de Ven*, is het minst genomen verdedigbaar om aan te nemen dat de Hoge Raad de door hof gekozen terminologie heeft overgenomen in de veronderstelling dat het hof tot uitgangspunt had genomen dat voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW is vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Uit het arrest van het hof blijkt dat zoals gezegd

31. Zie rechtsoverweging 19 en 20 van het arrest van het hof, kenbaar uit HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*).

32. Zie r.o. 3.3.2.1 t/m r.o. 3.3.3.4.

echter niet zonder meer. Het gebruik van de term door de Hoge Raad zou in deze rationele reconstructie eerder terug te voeren zijn op een toevallige woordkeuze dan op een doordachte rechtstheoretische onderbouwing.

4.5.3 *Rationele reconstructie op grond van de conclusie van de A-G en het Willemsen/NOM-arrest*

Het ligt voor de hand dat de Hoge Raad zijn beslissing heeft gebaseerd op de door de A-G in zijn heldere conclusie aangehaalde wetsgeschiedenis, literatuur en rechtspraak. Opmerkelijk is daarbij evenwel dat de term ‘ernstig verwijt’ in deze conclusie weinig aandacht krijgt en uitsluitend terugkomt bij de verwoording van het standpunt van Van Schilfgaarde en het in dat verband genoemde *Debrot*-arrest, dat betrekking had op de aansprakelijkheid van een werknemer jegens de werkgever.

De A-G merkte bovendien expliciet op dat de Hoge Raad het begrip ‘grove schuld’, zoals voorkomend in art. 7A:1638x BW (oud) (thans art. 7:658 BW), nader heeft uitgewerkt en daaronder heeft verstaan ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ en dat de regering bij de parlementaire behandeling van de Derde Misbruikwet erop heeft gewezen dat de term ‘kennelijk onbehoorlijke taakvervulling’ een minder strenge toetssteen vormt dan de begrippen ‘grove schuld’ en ‘grove nalatigheid’. Een logische gevolgtrekking uit de overwegingen van de A-G zou dan kunnen zijn dat hij daarmee wilde duidelijk maken dat de subjectieve toets van de ernstigverwijtmaatstaf uit het *Debrot*-arrest niet naar analogie van toepassing zou moeten zijn op de relatie tussen de bestuurder en de rechtspersoon.

Hoewel de A-G ook de wetsgeschiedenis citeert waarin op enig moment wordt gesteld dat “*in de term onbehoorlijk het element van verwijtbaarheid*” moet worden gelezen en op grond daarvan zou kunnen worden betoogd dat de Hoge Raad de ernstigverwijtmaatstaf hierop zou hebben gebaseerd, lijkt dat niet aannemelijk. Zou de Hoge Raad zich hierop hebben gebaseerd, dan was het logischer geweest om juist niet van een ernstigverwijtmaatstaf te spreken omdat (i) het element van verwijtbaarheid reeds in de term ‘onbehoorlijk’ ligt besloten en juist de nadruk legt op de vraag of de bestuurder zijn taak (on)behoorlijk heeft vervuld en (ii) de term ‘verwijtbaarheid’ een minder zware connotatie heeft dan ‘*ernstige* verwijtbaarheid’. Het lijkt daarentegen aannemelijk dat de Hoge Raad de *Debrot*-analogie die haar oorsprong vond in het betoog van Van Schilfgaarde, in *Staleman/Van de Ven* impliciet heeft overgenomen nu de door de Hoge Raad gehanteerde terminologie overeenkomt met de door Van Schilfgaarde gehanteerde terminologie op grond van de *Debrot*-analogie.

INTRODUCTIE ERNSTIGVERWIJTMAATSTAF INTERNE AANSPRAKELIJKHEID

In 2008 heeft de Hoge Raad in het arrest *Willemsen/NOM*³³ duidelijk gemaakt dat de ernstigverwijtmaatstaf als een zogenoemde ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’ van een bestuurder tegenover de door hem bestuurd vennootschap wordt aanvaard om mede het belang van die vennootschap en de daarmee verbonden onderneming te dienen, omdat daardoor wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.³⁴

“Ingevolge art. 2:9 BW is elke bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Deze bepaling wordt naar vaste rechtspraak aldus uitgelegd, dat voor aansprakelijkheid op de voet daarvan noodzakelijk is dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

(...)

Door een hoge drempel te aanvaarden voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover de door hem bestuurd vennootschap wordt mede het belang van die vennootschap en de daarmee verbonden onderneming gediend omdat daardoor wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.”

Deze overweging uit 2008 kan achteraf meer duiding geven aan de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in 1997. Het antwoord op de vraag of de Hoge Raad in 1997 reeds de gedachte had zoals verwoord in voormeld arrest uit 2008, zal evenwel in het midden blijven gelet op het geheim van de raadkamer. Niettemin zou men de Hoge Raad het voordeel van de twijfel kunnen geven. Aldus zou een rationele reconstructie van *Staleman/Van de Ven* kunnen laten zien dat de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf door de Hoge Raad is terug te voeren op (i) de *Debrot*-analogie die in de doctrine is ontwikkeld en (ii) de wens om de bestuurder in het belang van de rechtspersoon ondernemingsvrijheid/beleidsruimte te geven, zoals dat ook in de wetsgeschiedenis is beoogd (zie par. 3.7.6 en 3.7.8), waarvoor de Hoge Raad een hoge drempel voor aansprakelijkheid in de vorm van de ernstigverwijtmaatstaf noodzakelijk achtte. In het volgende hoofdstuk zal deze rationele reconstructie getoetst worden.

33. HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (*Willemsen/NOM*).

34. R.o. 5.3.

Hoofdstuk 5. Analyse van de rationele reconstructie van *Staleman/Van de Ven*

5.1 Inleiding

Ervan uitgaande dat de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf niet is gebaseerd op een toevallige woordkeuze, maar op een doordachte rechtstheoretische onderbouwing die terug te voeren is op de door Van Schilfgaarde betoogde *Debrot*-analogie en op de wetsgeschiedenis, waarin de term ‘verwijtbaar’ wordt gebruikt en waaruit blijkt dat de bestuurder beleidsruimte moet hebben, is deze introductie rechtstheoretisch te toetsen op rationaliteit. Op voorhand kan, zoals in de inleiding van dit proefschrift reeds genoteerd, de vraag worden gesteld of een dergelijke rechtstheoretische toetsing wel nodig is. De ernstigverwijtmaatstaf ‘werkt’ toch gewoon en de toepassing leidt toch tot aanvaardbare uitspraken? Het praktische belang van de vraag of de leer van het ernstig verwijt op bestuurders van toepassing is, moet ook niet overschat worden waar het gaat om interne bestuurdersaansprakelijkheid.¹ Het komt uiteindelijk namelijk neer op de normatieve vraag wanneer een bestuurder aansprakelijk moet zijn, omdat hij is tekortgeschoten in een behoorlijke taakvervulling. Of daarvoor de term ‘ernstig verwijt’ of ‘onbehoorlijke taakvervulling/onbehoorlijk bestuur’ wordt gebruikt, maakt niet zo veel uit, zou gezegd kunnen worden. De vraag of een bestuurder onbehoorlijke taakvervulling kan worden verweten, is voorts bijna net zo abstract als de vraag of een bestuurder een ernstig verwijt treft en zal door de rechter steeds van geval tot geval beoordeeld moeten worden.

Het voorgaande maakt het belang van een rechtstheoretische analyse echter niet minder groot. Het is in het belang van de rechtspraktijk dat een goed en eenduidig begrip bestaat van het leerstuk van interne bestuurdersaansprakelijkheid. De centrale rol die de in 1997 in de rechtspraak ontwikkelde en in 2013 gecodificeerde ernstigverwijtmaatstaf daarin heeft opgeëist, rechtvaardigt een grondige analyse. Een belangrijke vraag is daarbij of de ernstigverwijtmaatstaf een verduidelijking en/of verfijning van art. 2:9 BW (oud) met zich brengt. In dat verband dient geabstraheerd te worden van de codificatie van de maatstaf per 1 januari 2013, omdat die codificatie blijkens de wetsgeschiedenis niet op rechtspolitieke (lees: normatieve) gronden wordt toegelicht, doch slechts is ingegeven door de (weliswaar ook rechtspolitieke, maar niet normatieve) wens om

1. Van der Vlis 1994, par. 5.

aan te sluiten bij de in de rechtspraak gehanteerde terminologie (zie par. 3.2). Het feit dat de wetgever aansluiting zocht bij de in de rechtspraak gehanteerde terminologie, is in beginsel uiteraard aan te moedigen. Als de wetgever echter uitsluitend deze overweging ten grondslag legt aan de codificatie van een term, dan geeft dat aanleiding deze codificatie net zo kritisch te analyseren als de literatuur en rechtspraak die daaraan ten grondslag ligt en deze codificatie dus ook niet als uitgangspunt te nemen. Het is namelijk verdedigbaar dat de wetgever geen nieuwe eigen normatieve/rechtspolitieke gedachte heeft gehad bij de codificatie van de maatstaf. Aangenomen mag worden dat indien de literatuur en de rechtspraak geen gebruik zouden hebben gemaakt van de ernstigverwijtmaatstaf, de wetgever art. 2:9 BW op dit punt niet zou hebben aangepast. Gelet op de motivering van de wetgever om de maatstaf te codificeren, mag voorts aangenomen worden dat de wetgever de ernstigverwijtmaatstaf ook weer zou loslaten indien de literatuur en/of de rechtspraak daar aanleiding toe zouden geven.

Ik neem daarom als uitgangspunt (i) art. 2:9 BW (oud) en de daarbij relevante wetsgeschiedenis van art. 2:9 BW en 2:138/248 BW, (ii) de hiervoor in par 4.5 weergegeven rationele reconstructie van het arrest *Staleman/Van de Ven* en (iii) de onderbouwing van de ernstigverwijtmaatstaf zoals deze blijkt uit de literatuur tussen 1986 en 1997 (zie par. 4.3), waar het arrest *Staleman/Van de Ven* blijkens mijn rationele reconstructie op is gebaseerd. Ik zal dit arrest en deze literatuur analyseren met toepassing van de rechtstheoretische interpretatie- en redeneermethoden die ik in hoofdstuk 2 heb uiteengezet. Ik pas daarmee dezelfde methodologie toe als de rechter en de literatuur zouden moeten doen bij het proces van rechtsvinding.² Aangezien ook na 1997 in de literatuur het nodige is gezegd over de ernstigverwijtmaatstaf, zal ik de literatuur die nadien is verschenen in mijn analyse betrekken.³

-
2. J.B.M. Vranken zegt hierover in Asser/Vranken Algemeen deel**** 2014/9: “*In de gangbare opvatting is geen behoefte aan een afzonderlijke methodologie (conventies, informele praktijken, eisen en spelregels) voor rechtswetenschappelijk onderzoek. De juridische onderzoeker kan prima uit de voeten met de methodologie van de rechter, zoals die van oudsher uitvoerig uiteengezet wordt in de rechtsvindingsliteratuur. Hij doet immers niet anders. Beiden moeten hun argumenten zien te putten uit hetzelfde materiaal, het geldende positieve recht, zoals ik dat hierboven omschreven heb. Beiden moeten daarbij volgens dezelfde regels van de kunst te werk gaan. Net als de rechter zoekt de rechtswetenschappelijke onderzoeker met behulp van vooral tekstanalytische methoden, praktische argumenten en redeneerwijzen naar de beste oplossingen voor rechtsvragen die in bestaande of bedachte rechtsgeschillen rijzen.*”
 3. Deze analyse heb ik reeds eerder op hoofdlijnen naar buiten gebracht in Westenbroek 2016c.

5.2 Grammaticale analyse

Het ligt voor de hand als eerste de vraag te stellen of de ernstigverwijtmaatstaf een uitkomst kan zijn van een grammaticale interpretatie van art. 2:9 BW (oud), zoals dat artikel luidde toen de ernstigverwijtmaatstaf werd geïntroduceerd in de literatuur en jurisprudentie. Met andere woorden: was de ernstigverwijtmaatstaf een herformulering of interpretatie van de wettelijke regel? Voorts, werd die herformulering of interpretatie gerechtvaardigd met een beroep op de betekenis die de gebruikte woorden of zinsdelen van de wettekst hadden naar gewoon spraakgebruik en naar de institutionele beroepstaal die binnen de juridische wereld werd gehanteerd?

5.2.1 *Strikt grammaticale analyse: onbehoorlijke taakvervulling impliceert reeds 'verwijtbaar'*

Grammaticaal gezien hoeft de term 'onbehoorlijk' in het normale spraakgebruik niet per se tevens te impliceren dat een persoon een verwijt treft. Onbehoorlijk heeft iets afstandelijks in zich: het gaat om de gedraging zelf en niet om de persoon die de gedraging heeft verricht. De term 'verwijt' en zeker de term 'ernstig verwijt' zien juist wel op de persoon. De term 'verwijtbaar' betekent (volgens de Van Dale) dat een handelen iemand is aan te rekenen, iemand is kwalijk te nemen. Grammaticaal wijkt de term 'ernstig verwijt' mijns inziens af van de term 'onbehoorlijk'. Maar dit is natuurlijk wat simpel geredeneerd. Daarom is het goed stil te staan bij de door Loth geformuleerde methodologische regels die relevant zijn bij een grammaticale interpretatie (zie par. 2.4.2). Deze regels luiden onder meer:

“Gebruik woorden en zinnen zoveel mogelijk overeenkomstig de in de desbetreffende context gangbare betekenis, en expliciteer afwijkende betekenisgeving.”

En:

“Interpreteer woorden en zinnen zoveel mogelijk overeenkomstig de in de desbetreffende context gangbare betekenis, tenzij de taalgebruiker afwijkende betekenisgeving heeft geëxpliciteerd.”⁴

Beschouwt men de wetsgeschiedenis dan blijkt dat de wetgever, die de taalgebruiker is in de zin dat de wetgever de taal van de wet bepaalt, heeft geëxpliciteerd dat in de term 'onbehoorlijk' tevens 'verwijtbaarheid' moet worden gelezen (zie par. 3.7.4). Gelet op de negatieve connotatie die de term 'onbehoorlijk' heeft, is dat taalkundig ook te verdedigen. Betoogd zou kunnen worden dat de Hoge

4. Loth 1991, p. 82.

Raad bij de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf zich hierop heeft gebaseerd en dat de ernstigverwijtmaatstaf ingelezen zou moeten worden in de behoorlijke taakvervullingsnorm. Dat heeft wetshistorisch echter geen sterke basis. De term ‘verwijtbaarheid’ komt in de wetsgeschiedenis maar een enkele keer terug, namelijk waar de wetgever duidelijk wilde maken dat de bestuurder niet iets verweten kan worden op basis van hindsight bias (zie par. 3.7.4). Tegelijkertijd merkte de wetgever uitdrukkelijk op dat de “*grijze zone*”, en het gegeven dat de rechter bij de beoordeling van het handelen van de bestuurder niet op de stoel van de bestuurder mag plaatsnemen, niet ertoe mag leiden dat de toets voor aansprakelijkheid wordt verzwaard in de zin dat alleen in “*uitzonderlijke*” gevallen sprake kan zijn van aansprakelijkheid (zie par. 3.7.8).⁵ Als de bestuurder een verwijt van onbehoorlijke taakvervulling kan worden gemaakt, heeft de wetgever gelet op het voorgaande nadrukkelijk niet beoogd aansprakelijkheid eerst te doen ontstaan als dat verwijt ‘ernstig’ (vgl. de term ‘uitzonderlijk’) genoeg is.

Daarbij is van belang dat onze hedendaagse rechtscultuur sterk gebonden is aan geschreven en dus bedachte en gerationaliseerde vormen.⁶ Dit noopt tot een consequent gebruik van (de institutionele beroeps)taal (zie par. 2.2). Het lijkt rationeel-grammaticaal in dit kader niet logisch naast, of in plaats van, de door de wetgever bedachte en gerationaliseerde⁷ term ‘onbehoorlijk’ (waarin de term ‘verwijtbaar’ juist ingelezen moest worden), de term ‘ernstig verwijt’ te hanteren. Dat is dubbelop⁸ of het is – door de toevoeging van de term ‘ernstig’ – een verzwaaring van de term ‘onbehoorlijk’ naar ‘ernstig onbehoorlijk’. Op grond van een grammaticale analyse zou men gezien het voorgaande

5. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 3-4.

6. Van der Ven 1973.

7. Van der Ven 1973. Met een ‘gerationaliseerde term’ wordt mijns inziens bedoeld een term die een bepaalde juridisch-rationele betekenis heeft gekregen die niet direct uit een strikt taalkundige beschouwing daarvan is af te leiden.

8. Tot die conclusie kwamen Assink en Olden in 2005 overigens min of meer ook, hoewel zij dat genuanceerder brachten. Zie: Assink & Olden 2005, p. 9 en 16: “*Nu de Hoge Raad niet bepaalt dat de toets die het gerechtshof aanlegt ‘dubbelop’ is en op die grond onjuist, blijft in het midden wat nu de verhouding is tussen ‘ernstig verwijt’ en ‘onbehoorlijke taakvervulling’.* (...) *Onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:9 BW laat zich vertalen als en staat dus gelijk aan ernstig verwijtbaar bestuurlijk gedrag*”. Dat Assink ook in 2014 nog – mijns inziens terecht – meende dat de termen ‘ernstig verwijt’ en ‘onbehoorlijke taakvervulling’ in elkaar opgingen, blijkt uit de reactie van Assink op de suggestie van Huizink om art. 2:9 BW zo te wijzigen dat daarin komt te staan dat aansprakelijkheid ontstaat indien sprake is van “*ernstig onbehoorlijke taakvervulling*”. Assink stelde dat deze suggestie gewoonweg niet past in de mechaniek van art. 2:9 BW omdat het “*in wezen een pleonasme is (een ernstig verwijt leidt immers tot onbehoorlijk bestuur)*”. De suggestie zou daarom “*geen verbetering*” zijn en “*veeleer vertroebelend*” werken, aldus Assink. Ik zou menen dat het enkel gebruik van de term ‘ernstig verwijt’ reeds vertroebelend werkt. Als het bovendien in de wet een pleonasme vormt, dan vormt het dat ook in de rechtspraak. Zie over het voorgaande: hoofdstuk 8 en de daarin genoemde bronnen.

tot de conclusie moeten komen dat geen grammaticaal-rechtstheoretische rechtvaardiging leek te bestaan om de ernstigverwijtmaatstaf te hanteren bij de toepassing van art. 2:9 BW (oud).

5.2.2 *Grammaticaal-wetshistorische analyse: ‘ernstig verwijt’ heeft van oorsprong dezelfde betekenis als ‘grove schuld’ (‘opzet of bewuste roekeloosheid’)*

De vraag of de introductie en het gebruik van de term ‘ernstig verwijt’ in art. 2:9 BW rationeel-grammaticaal te rechtvaardigen is, kan ook worden benaderd vanuit de wetshistorie.

In dit verband dient allereerst te worden stilgestaan bij de wetshistorie van art. 2:138/248 BW. Dat artikel was terug te voeren op het op 1 april 1929 in werking getreden art. 49a WvK.⁹ Dat laatste artikel luidde:

*“Niettegenstaande aan een bestuurder ter zake van zijn beheer verleende kwijting kan, ingeval van faillissement der naamloze vennootschap, de curator, wanneer de toestand der vennootschap geheel of gedeeltelijk te wijten is aan grove schuld of grove nalatigheid van dien bestuurder, ten behoeve van den boedel van dezen schadevergoeding vorderen, zonder dat echter uit dien hoofde aan aandeelhouders eenige bate kan toekomen.”*¹⁰

Bij de invoering van art. 2:138/248 BW heeft de wetgever uitdrukkelijk ervoor gekozen om de termen ‘grove schuld’ en ‘grove nalatigheid’ los te laten. Na te hebben geconstateerd dat een ‘grijze zone’ bestaat omdat een bestuurder nu eenmaal beleidsruimte, merkte de Minister in dit verband op:

“De erkenning van dit feit [het bestaan van de grijze zone, toev. auteur] mag er echter niet toe leiden dat de toetsing vervlakt en dat alleen in gevallen van uitzonderlijk onbehoorlijk bestuur aansprakelijkheid van de bestuurders wordt aangenomen. Er is geen reden om in dit op bestrijding van misbruik gerichte wetsontwerp een zo weinig dwingend criterium

9. Wet van 2 juli 1928, Stb. 216, in werking getreden op 1 april 1929, Stb. 364 kenbaar uit Huizink 2016, *GS Rechtspersonen*, art. 2:248 BW, aant. 1.1.

10. In de wet tot vaststelling van Boek 2 van 12 mei 1960, Stb. 205 en Wet van 8 april 1976, Stb. 228 waarmee het toen nog gelijklopende art. 2:138/248 BW werd ingevoerd, is de bepaling stilistisch verbeterd (‘de curator’ werd tussen ‘kan’ en ‘ingeval’ geplaatst) en aangepast aan de geldende spelling. Zie: Huizink 2016, *GS Rechtspersonen*, art. 2:248 BW, aant. 1.

aan te houden. In de huidige tekst wordt gesproken van «grove schuld» en «grove nalatigheid». Juist omdat deze criteria de grenzen waarbinnen er aansprakelijkheid van de bestuurders bestaat zo eng stellen, is gezocht naar een begrip met ruimere inhoud.»¹¹

“Door verschillende schrijvers is het voorstel gedaan, het woord «kennelijk» toe te voegen, waardoor de strekking van de bepaling duidelijker tot uitdrukking zou worden gebracht. Door die toevoeging zou in hun opvatting alleen een «in het oog springende», een bij wijze van spreken elke twijfel uitsluitende onbehoorlijkheid van de taakvervulling in aanmerking komen. Ik kan met dit voorstel meegaan, waarbij ik voor zover nodig nog wel wil onderstrepen, dat «kennelijk onbehoorlijke taakvervulling» een minder strenge toetssteen vormt dan de thans in de artikelen 138 en 248 gebruikte term «grove schuld of grove nalatigheid» en dat de toevoeging uitsluitend buiten twijfel wil brengen dat elk gebrekkig bestuur op zich zelf nog geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Gevraagd wordt wat ik vind van het voorstel om in de artikelen 138 en 248 te spreken van «indien aannemelijk is dat het faillissement geheel of gedeeltelijk is te wijten aan grove schuld of grove nalatigheid van het bestuur». Ik moge in herinnering roepen dat het voorstel tot herziening van de genoemde artikelen is ingegeven door de wens, in verband met de bestrijding van misbruik de toepasbaarheid ervan te verbeteren, onder meer door de woorden «grove schuld of grove nalatigheid» te vervangen door «onbehoorlijke taakvervulling». Zoals ik reeds heb gesteld, ben ik bereid deze toetssteen een nuance te verscherpen door toevoeging van het woord «kennelijk». Een terugkeer tot «grove schuld of grove nalatigheid» zou het voorstel op dit punt geheel te niet doen. Ik meen dat zulks niet juist zou zijn.»¹²

Uit het voorgaande blijkt dat de Minister heeft benadrukt dat bewust ervoor is gekozen de termen ‘grove schuld’ en ‘grove nalatigheid’ los te laten. In het nieuwe art. 2:138/248 BW is dan ook bewust gekozen voor de algemene term ‘onbehoorlijke taakvervulling’ die een minder strenge toetssteen vormt.¹³ Dit is van belang omdat – zoals hiervoor in par. 4.2 t/m 4.4 is gebleken – het juist de (losgelaten) term ‘grove schuld’ is die aan de basis heeft gelegen van de totstandkoming van de ernstigverwijtmaatstaf.

11. *Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 3-4.*

12. *Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 21.*

13. *Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 20.*

In dit verband dient voorts te worden stilgestaan bij de parlementaire geschiedenis van het hierna te bespreken art. 7A:1639da BW (thans art. 7:661 BW) en art. 7A:1638x BW (thans art. 7:658 BW). Zoals gezegd (zie par. 4.2) bestond ten tijde van het *Debrot*-arrest¹⁴ geen bepaling die betrekking had op de aansprakelijkheid van de werknemer jegens de werkgever. Wel bestond art. 7A:1638x BW (oud) (thans 7:658 BW) dat zag op de aansprakelijkheid van de werkgever jegens de werknemer en dat bepaalde dat de werkgever alleen niet aansprakelijk is als de werknemer ‘grove schuld’ is te wijten. Voor het begrip ‘grove schuld’ werd in de rechtspraak het begrip ‘ernstig verwijt’ gehanteerd.¹⁵ Dat begrip werd ook gebruikt voor de beoordeling van aansprakelijkheid van de werknemer jegens de werkgever in het *Debrot*-arrest (zie par. 4.2). Kort na het *Debrot*-arrest onderkende de wetgever de noodzaak om een wettelijke bepaling op te nemen die betrekking had op de aansprakelijkheid van de werknemer jegens de werkgever:

*“Inderdaad is het bij nader inzien wenselijk om in de regeling betreffende de arbeidsovereenkomst een bepaling in te voegen betreffende het geval dat de werknemer bij de uitvoering van de overeenkomst schade aan de werkgever toebrengt.”*¹⁶

Op dat moment was de wetgever ook druk doende met het vormgeven van een nieuw Burgerlijk Wetboek, het huidige BW, in welk verband de ontwerp-tekst van art. 6:3.2.2 lid 3 (thans art. 6:170 lid 3 BW) al sinds 1974/1975 goeddeels vaststond (terwijl de bepaling pas op 1 januari 1992 in werking is getreden). Op grond van deze bepaling kan een werkgever die door een derde wordt aangesproken voor bij die derde ontstane schade door toedoen van de werknemer, slechts verhaal nemen op de werknemer indien sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid.¹⁷ Bij de totstandkoming van art. 7A:1639da BW merkte de wetgever in 1987/1988 op:

-
14. HR 4 februari 1983, *NJ* 1983, 543 m.nt. P.A. Stein (*Debrot*).
 15. HR 27 juni 1975, *NJ* 1976, 81 m.nt. G.J. Scholten (*Schenkelaars Muziekinstrumentenfabriek*), later herhaald in HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 948 m.nt. P.A. Stein, HR 6 maart 1987, *NJ* 1987, 533, HR 22 maart 1991, *NJ* 1991, 420 en HR 27 maart 1992, *NJ* 1992, 496 m.nt. P.A. Stein (*Buigcentrale Nederveen*).
 16. *Kamerstukken II* 1987/88, 17 896, nr. 8 (MvA), p. 27.
 17. De vaststelling van Boek 6 BW heeft decennia geduurd waardoor art. 6:170 BW pas vanaf 1992 geldend recht is. Na een eerste Ontwerp van Wet uit 1963/1964 (*Kamerstukken II* 1963/64, 7729, nr. 2, p. 22) waarin een voorstel voor het huidige art. 6:170 BW was opgenomen, was de tekst van het bij Gewijzigd Ontwerp van Wet uit 1974/1975 gedane voorstel voor art. 6:3.2.2 BW (*Kamerstukken II* 1975/76, 7729, nr. 8, p. 28) evenwel reeds vrijwel gelijklopend als het huidige art. 6:170 BW. Op 1 januari 1992 is het huidige art. 6:170 BW ingetreden (Wet van 22 november 1991, Stb. 600).

HOOFDSTUK 5

“Art. 6.3.2.2 lid 3 is alleen van toepassing, wanneer schade voor de werkgever is ontstaan, doordat hij door de daar bedoelde derde uit hoofde van het eerste of het tweede lid van dat artikel wordt aangesproken. Voor dat geval bevat art. 6.3.2.2 lid 3 een regel die de mogelijkheid dat de werkgever verhaal neemt op de werknemer sterk beperkt.”¹⁸

De wetgever onderkende daarom dat een overeenkomstige regel moet gelden voor alle andere gevallen waarin een werkgever door een fout van zijn werknemer schade lijdt:

“Er is echter geen goede reden waarom geen overeenkomstige regel zou gelden voor andere gevallen, waarin een werkgever door een fout van zijn werknemer schade lijdt.”¹⁹

De wetgever wilde daarbij voorkomen dat de schadevergoedingsplicht van de werknemer jegens de werkgever zou moeten worden bepaald door art. 6:74 BW. Uit art. 6:74 BW volgt namelijk dat in geval van (gewone) schuld van de schuldenaar bij het tekortschieten in de nakoming van zijn verbintenis (de arbeidsovereenkomst), in principe steeds aansprakelijkheid bestaat. Dat zou – aldus de parlementaire geschiedenis – voorbijgaan aan het in art. 6.3.2.2 lid 3 (thans art. 6:170 lid 3 BW) opgenomen uitgangspunt dat een werkgever, wanneer die kwalitatief wordt aangesproken voor schade veroorzaakt door een werknemer bij een derde, pas regres kan nemen op de werknemer in geval van opzet of bewuste roekeloosheid:

“Zonder uitdrukkelijke bepaling te dier zake zou om verschillende redenen de gedachte kunnen postvatten dat in die gevallen wel degelijk een andere oplossing in aanmerking komt. In de eerste plaats moet erop worden gewezen dat, bij gebreke van een zodanige bepaling de aansprakelijkheidsvraag in beginsel moet worden beantwoord aan de hand van de hoofdregel van art. 6:1.8.2 [thans art. 6:74 BW, toev. auteur], waarin tot uitgangspunt wordt genomen dat er in geval van schuld van de schuldenaar ter zake van het tekortschieten in de nakoming van zijn verbintenis in principe steeds aansprakelijkheid is. Dit uitgangspunt duidt in een andere richting dan art. 6.3.2.2 lid 3, waar er in beginsel slechts aansprakelijkheid van de ondergeschikte is in geval van diens opzet of bewuste roekeloosheid.”²⁰

18. *Kamerstukken II 1987/88, 17 896, nr. 8 (MvA), p. 27.*

19. *Kamerstukken II 1987/88, 17 896, nr. 8 (MvA), p. 28.*

20. *Kamerstukken II 1987/88, 17 896, nr. 8 (MvA), p. 27-28.*

De wetgever merkte daarbij op dat de rechter art. 6:74 BW weliswaar zo zou kunnen uitleggen dat wanneer het gaat om een arbeidsovereenkomst een andere benadering zou moeten worden gehanteerd, maar de wetgever wilde uitdrukkelijk niet het risico lopen dat de rechter een andere opvatting zou huldigen. In dat verband stelde de wetgever, onder verwijzing naar voormeld *Debrot*-arrest en naar een in 1987 gewezen arrest waarin de ernstigverwijtmaatstaf werd herhaald in het kader van de aansprakelijkheid van de werknemer jegens de werkgever,²¹ dat de jurisprudentie van de Hoge Raad weliswaar in dezelfde richting ging als art. 6.3.2.2 lid 3, maar dat de formulering ‘ernstig verwijt’ daar wel van afwijkt. De wetgever wilde daarom buiten twijfel stellen dat geen verschil bestaat tussen ‘ernstig verwijt’ (dat was gebaseerd op ‘grove schuld’) enerzijds en ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ anderzijds:

“Weliswaar kan men de hierin besloten liggende tegenstelling opheffen door te oordelen dat, wanneer het om een arbeidsovereenkomst gaat, de aard van de overeenkomst meebrengt dat een van art. 6.1.8.2 [thans art. 6:74 BW, toev. auteur] afwijkende benadering geldt (men zie ook art. 6.5.3.1 lid 1), maar dit oordeel zou dan toch aan de rechter zijn overgelaten, van wie niet bij voorbaat vaststaat dat hij inderdaad deze opvatting zal huldigen. Er moet immers rekening mee worden gehouden dat de huidige rechtspraak betreffende de onderhavige kwestie wel in dezelfde richting gaat als art. 6.3.2.2 lid 3 [thans art. 6:170 lid 3 BW, toev. auteur] voor het daar bedoelde geval bepaalt, maar daarvoor een van dat artikel afwijkende formulering gebruikt, die eist dat de werknemer een «ernstig verwijt» treft en dat wel in die zin voege dat zijn gedragingen hem zo zeer kunnen worden verweten dat hij, alle omstandigheden in aanmerking genomen, door de werkgever voor de schade aansprakelijk kan worden gehouden (HR 3 april 1987, NJ 1987, 606; zie ook HR 4 februari 1983, NJ 1983, 543). Het verdient daarom aanbeveling buiten twijfel te stellen dat tussen beide formuleringen in wezen geen verschil bestaat. Daarbij moet worden bedacht dat de woorden «opzet en bewuste roekeloosheid» uit art. 6.3.2.2 lid 3 niet goed passen bij de gedragingen van administratief personeel waarom het in de gevallen van de voormelde twee arresten ging, terwijl de omschrijving «ernstig verwijt» voor die gevallen zeer wel als passend equivalent van «opzet of bewuste roekeloosheid» kan worden gebezigd.”²²

21. HR 3 april 1987, NJ 1987, 606.

22. Kamerstukken II 1987/88, 17 896, nr. 8 (MvA), p. 27-28.

De termen ‘grove schuld’ en ‘ernstig verwijt’ zijn door de wetgever in het arbeidsrecht dus losgelaten en vervangen voor de term ‘opzet of bewuste roekeloosheid’. De wetgever heeft echter benadrukt dat tussen de in de jurisprudentie ontwikkelde term ‘ernstig verwijt’ (gebaseerd op de wettelijke term ‘grove schuld’) enerzijds en de formulering ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ anderzijds in wezen geen verschil bestaat. Het voorgaande heeft geleid tot de invoering op 1 januari 1992 van art. 7A:1639da BW (oud, thans art. 7:661 BW).²³ Later, in 1997, werd dit artikel vernummerd naar art. 7:661 BW.²⁴ Bij diezelfde wet werd art. 7A:1638x vernummerd naar art. 7:658 BW en werd de daarin tot dan toe gehanteerde terminologie ‘grove schuld’ aangepast aan de terminologie ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ die vanaf 1992 werd gehanteerd in art. 6:170 lid 3 BW en art. 7A:1639da BW (oud, thans art. 7:661 BW).²⁵ Art. 7A:1639da BW (oud, thans art. 7:661 BW) luidde:

- “1. *De arbeider die bij de uitvoering van de overeenkomst schade toebrengt aan de werkgever of aan een derde jegens wie de werkgever tot vergoeding van die schade is gehouden, is te dier zake niet jegens de werkgever aansprakelijk, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. Uit de omstandigheden van het geval kan, mede gelet op de aard van de betreffende overeenkomst, anders voortvloeien dan in de vorige zin is bepaald.*
2. *Afwijking van het vorige lid en van artikel 170 lid 3 van Boek 6 ten nadele van de arbeider is slechts mogelijk bij schriftelijke overeenkomst en slechts voor zover de arbeider te dier zake is verzekerd.*”

Net zoals in art. 6.3.2.2 lid 3 BW (thans art. 6:170 lid 3 BW, dat eveneens in 1992 werd ingevoerd) werd in de laatste zin van art. 7:661 lid 1 BW toegevoegd: “*Uit de omstandigheden van het geval kan, mede gelet op de aard van de betreffende overeenkomst, anders voortvloeien dan in de vorige zin is bepaald*” (zie de onderstreepte tekst in het citaat). In de wetsgeschiedenis van art. 6.3.2.2 lid 3 BW wordt in dit verband expliciet het voorbeeld genoemd:

23. Wet van 28 december 1989, Stb. 616.

24. Wet van 6 juni 1996, Stb. 406 (geldend vanaf 1 april 1997). Het huidige art. 7:661 BW, dat is ingevoerd bij Wet van 6 juni 1996, Stb. 406 en geldend is vanaf 1 april 1997, luidt hetzelfde met dien verstande dat de term ‘arbeider’ is vervangen door de term ‘werknemer’.

25. Art. 7:658 lid 2 BW nu: “*De werkgever is jegens de werknemer aansprakelijk voor de schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, tenzij hij aantoonst dat hij de in lid 1 genoemde verplichtingen is nagekomen of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.*” Op grond van lid 3 mag voorts niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken van hetgeen Titel 3 van Boek 6 BW bepaalt over de aansprakelijkheid van de werkgever.

“het geval dat het gaat om een ondergeschikte die als directeur in dienst was van de aangesproken N.V.”²⁶

De wetgever bracht hiermee dus onder woorden dat de ondergeschikte-directeur (de bestuurder) al sneller aansprakelijk kon zijn jegens de werkgever-N.V. (de rechtspersoon) en dat daarvoor derhalve geen opzet of bewuste roekeloosheid was vereist. Die snellere aansprakelijkheid vloeit voort uit de omstandigheden van het geval en de aard van de overeenkomst. In dit geval een overeenkomst die mede door het vennootschapsrecht wordt gekleurd en die bovendien te vergelijken is met een vertegenwoordigings- en opdrachtrelatie zodat ook de artt. 6:171-172 BW iets zeggen over de relatie tussen de bestuurder en de rechtspersoon (zie par. 5.3.4, 5.3.5 en par. 10.2.3). De art. 6:171-172 BW bieden – anders dan art. 6:170 BW – de vertegenwoordiger en opdrachtnemer geen bescherming die erin bestaat dat alleen aansprakelijkheid ontstaat als sprake is van opzet en bewuste roekeloosheid. Uit het voorgaande kan het volgende geconcludeerd worden:

- (i) De regering heeft bij de totstandkoming van art. 6.3.3.2. (thans art. 6:170 lid 3) in 1975/1976 expliciet gemaakt dat wanneer het gaat om een ondergeschikte die als directeur in dienst was van de aangesproken N.V., een minder strenge toetssteen mogelijk was dan de toets van ‘opzet of bewuste roekeloosheid’, zoals thans is verwoord in art. 6:170 lid 3 BW;
- (ii) De regering heeft bij totstandkoming van art. 2:138/248 BW in 1983/1984 uitdrukkelijk ervoor gekozen de term ‘grove schuld’ uit art. 49a WvK (die in wezen niet verschilt met de ernstigverwijtmaatstaf) en ‘grove nalatigheid’ los te laten, omdat deze criteria de grenzen waarbinnen aansprakelijkheid van de bestuurders bestaat, te eng stellen; en
- (iii) De regering heeft bij de totstandkoming van art. 7:661 BW in 1987/1988 duidelijk gemaakt dat *“in wezen geen verschil bestaat”* tussen de in de jurisprudentie ontwikkelde formulering ‘ernstig verwijt’ (gebaseerd op de oude wettelijke term ‘grove schuld’) en de formulering ‘opzet of bewuste roekeloosheid’.

Uit het voorgaande zou kunnen worden geconcludeerd dat de term ‘ernstig verwijt’ een rationeel-grammaticale betekenis heeft die volgens de wetsgeschiedenis in wezen hetzelfde is als de term ‘grove schuld’ en de term ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ en die de wetgever expliciet niet wilde toepassen bij de beoordeling van aansprakelijkheid van bestuurders. Als we teruggaan naar mijn uiteenzetting over de betekenis van taal voor het recht in par. 2.2 dan zou het volgende gezegd kunnen worden. De wetgever omschreef de rechtstoestand ‘grove schuld’, althans ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ als de rechtstoestand ‘blauw’. Anders gezegd, de wetgever gebruikte daarvoor de term

26. Van Zeben, Pon & Olthoff 1981, *PG Boek 6 BW*, p. 728 en *Kamerstukken II 1975/76*, 7729, nr. 6 (MvA), p. 169.

‘blauw’. De wetgever heeft voorts expliciet bepaald dat de rechtstoestand ‘blauw’ moest worden losgelaten in het kader van art. 2:9 BW. Desondanks is de Hoge Raad, sinds *Staleman/Van de Ven*, de term ‘blauw’ gaan gebruiken in het kader van de rechtstoestand onbehoorlijk bestuur als bedoeld in art. 2:9 BW. Een grammaticaal-wetshistorische analyse leidt dan tot de conclusie dat het gebruik van deze term (dus de ernstigverwijtmaatstaf) niet te rechtvaardigen is bij de toepassing van art. 2:9 BW.

In de doctrine is al het voorgaande tot op heden niet uitvoerig onder de aandacht gebracht, althans tot een beïnvloeding van de doctrine heeft dat niet geleid. Dat Eykman en Van Schilfgaarde in 1986 en 1987 meenden dat de maatstaf van het ‘ernstig verwijt’ uit het arbeidsrecht ook kon worden toegepast bij bestuurdersaansprakelijkheidsrecht is, gelet op de intensieve ontwikkeling van het recht in die tijd, te begrijpen. Uit de hiervoor beschreven wetsgeschiedenis van art. 6:170 lid 3 BW (1975/1976) en art. 2:138/248 BW (1983/1984) was echter toch al een andere gevolgtrekking te maken. Ook daarna is de gevolgtrekking evenwel niet expliciet gemaakt (zo blijkt uit de literatuur die hiervoor in par 4.3 is uiteengezet), althans deze gevolgtrekking is daarna gerelativeerd. Zo werd in 1990 door Van der Grinten en Kortmann betoogd dat de bestuurder eenzelfde positie inneemt als de werknemer, dat art. 6:170 lid 3 BW naar analogie toepassing dient te vinden in de relatie tussen een vennootschap en diens bestuurder en dat er geen termen zijn om voor de directeur van de naamloze vennootschap de hoofdregel van 6.3.2.2 lid 3 BW niet te laten gelden.²⁷ Dit dus in weerwil van de hiervoor aangehaalde wetsgeschiedenis waarin toch vrij expliciet was bepaald dat voor de directeur juist een uitzondering op deze hoofdregel gold. De door een aantal schrijvers in het verleden ingenomen stelling dat bestuurders eerder aansprakelijk zouden moeten zijn dan werknemers, werd ook in 1998 nog afgedaan als een afwijking van de heersende opvatting.²⁸

Nu zou men tegen de hiervoor genoemde conclusie kunnen inbrengen dat de betekenis van de termen ‘grove schuld’ en ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ in de wetsgeschiedenis van de verschillende hierboven genoemde wetsbepalingen niet noodzakelijkerwijs hetzelfde was en dat ik als het ware ‘appels’ met ‘peren’ vergelijk. Zo betoogde Wezeman in 2004:

27. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-II 1990/180; Van Hees 1994, p. 2-3; Van Andel 1992, p. 30.
 28. Wezeman 1998, p. 67.

“Het is te eenvoudig de zaak af te doen als een louter terminologische kwestie door er op te wijzen dat de uitdrukking opzet of bewuste roekeloosheid in het sociale zekerheidsrecht en in het arbeidsrecht wellicht gebruikelijker is dan in het vennootschapsrecht, maar overigens dezelfde betekenis heeft.”²⁹

Daartoe zou men dan tevens stellen dat de term ‘ernstig verwijt’ een geheel eigen betekenis heeft gekregen die los moet worden gezien van de voornoemde termen.³⁰ Daarvoor zou steun kunnen worden ontleend aan het feit dat de term nu al lang wordt gebruikt in de rechtspraak en literatuur en zelfs in 2013 is gecodificeerd. Blauw is geen blauw meer, maar is, bij wijze van spreken, rood geworden. Zoals ik in de inleiding reeds noteerde, kan anno 2017 inderdaad gesteld worden dat de term ‘ernstig verwijt’ bij de beoordeling van interne bestuurdersaansprakelijkheid (de ernstigverwijtmaatstaf) een volledig eigen betekenis lijkt te hebben die niet meer aansluit bij zijn ontstaansgeschiedenis. De betekenis die de term had in het arbeidsrecht lijkt niet dezelfde als die hij nu heeft in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht.³¹ ‘Ernstig verwijt’ betekent niet (meer) hetzelfde als ‘opzet’ of bewuste roekeloosheid’ en het lijkt – mede gelet op de door de Hoge Raad in *Staleman/Van de Ven* genoemde omstandigheden – aannemelijk dat de Hoge Raad slechts duidelijk wilde maken dat de rechter het door de bestuurder gevoerde ondernemingsbeleid objectief dient te toetsen waarbij rekening wordt gehouden met het gevaar van hindsight bias (maar zeker is dat niet). Zo zag Wezeman dat kennelijk ook in 2004:

“Aannemelijker is dat de Hoge Raad met de woorden ernstige verwijtbaarheid in plaats van opzet en bewuste roekeloosheid enige ruimte voor de rechter heeft willen creëren om de aansprakelijkheid van bestuurders zonodig iets genuanceerder te kunnen beoordelen dan die van werknemers in het algemeen.”³²

29. J.B. Wezeman, ‘Ernstig verwijtbaar handelende bestuurders van NV’s en BV’s’, in: K.F. Haak en F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, SI-EUR-reeks, deel 36, Kluwer: Erasmus Universiteit Rotterdam 2004, p. 83-98, p. 90.

30. Zie in dit verband ook mijn verwijzing in par. 2.2 naar Fleuren 2015, p. 575: “*De grammatica van een begrip is niet alleen vaak impliciet niet eenduidig, maar ook aan ontwikkeling onderhevig. Zoals spelregels ontwikkeld en veranderd kunnen worden, kan ook de grammatica en daarmee de betekenis, dus het wezen, van een begrip veranderen. Zo was een ‘vrijgezel’ ooit een ongehuwde man, maar een vrouw zal tegenwoordig toch haar wenkbrauwen fronsen als zij op een feestje de man met wie zij samenwoont een eindje verderop tegen een jongedame hoort zeggen dat hij nog vrijgezel is. (...) Er zijn begrippen waarvan de gebruikswijzen zich zó hebben ontwikkeld dat het niet (meer) mogelijk is één enkele omschrijving te geven die recht doet aan al deze gebruikswijzen.*”

31. Dat blijkt ook uit het feit dat de ernstigverwijtmaatstaf steeds in onderlinge samenhang moet worden gelezen met de door de Hoge Raad in 1997 in het arrest *Staleman/Van de Ven* genoemde relevante omstandigheden, zie par. 4.4.

32. Wezeman 2004, p. 90.

Ik denk dat deze conclusie van Wezeman juist is, maar ik meen ook dat de benadering van de Hoge Raad rechtswetenschappelijk moeilijk verdedigbaar is omdat vanuit grammaticaal-wetshistorisch oogpunt geen rechtvaardiging bestaat om de term ‘ernstig verwijt’, met de (taalkundige en institutionele) betekenis die deze blijkens de wetsgeschiedenis heeft, toe te passen bij de beoordeling van aansprakelijkheid van een bestuurder jegens de rechtspersoon. Daar zijn ook nog de volgende argumenten voor te geven.

Het gaat hier om te beginnen niet om de uitleg van de betekenis van termen die in (de wetsgeschiedenis van) volstrekt verschillende wetboeken werden gehanteerd. Het gaat hier om de uitleg van termen die in (de wetsgeschiedenis van) hetzelfde Nederlandse Burgerlijk Wetboek worden gebruikt. De ene keer weliswaar in Boek 2 BW en de andere keer in Boek 6 en 7 BW, maar dat neemt niet weg dat sprake is van één Burgerlijk Wetboek dat bestaat uit een gelaagd systeem³³ met talloze schakelbepalingen. Het ligt dan niet voor de hand om binnen dat systeem dezelfde termen te gebruiken voor verschillende betekenissen. Dit past ook niet bij de eerder in par. 2.3.4 aangehaalde parlementaire geschiedenis waarin is omschreven dat de cassatietaak van de Hoge Raad onder meer omvat de opdracht om in hoogste instantie de rechtseenheid te bewaken waarbij dit als volgt is omschreven:

*“Bij het bewaken van de rechtseenheid gaat het om de eenvormige uitleg en toepassing van de rechter van rechtsregels en rechtsbegrippen, zowel binnen afzonderlijke rechtsgebieden als in samenhang tussen afzonderlijke rechtsgebieden.”*³⁴

Ook als men het arbeidsrecht en het ondernemingsrecht als afzonderlijke rechtsgebieden zou beschouwen, zou het rechtsbegrip ‘ernstig verwijt’ dus alsnog eenvormig uitgelegd en toegepast moeten worden. Het recht is immers een samenhangend regelgebonden systeem.³⁵

De hiervoor bedoelde eenvormige uitleg kan niet los worden gezien van het in par. 2.2 genoemde belang van taal voor het recht. De betekenis van woorden is, zoals gezegd, vaak zodanig discursief bepaald dat de taalgebruiker ze alleen maar kan gebruiken in de betekenis die zij hebben.³⁶ Onze hedendaagse

33. P.H.M. Gerver e.a., *Pitlo. Het systeem van het Nederlandse privaatrecht*, Gouda Quint: Arnhem 1995, p. 13 e.v. en p. 63 e.v.

34. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 576, nr. 3 (MvT), p. 1 bij Wijziging van de Advocatenwet, de Wet op de rechterlijke organisatie en enige andere wetten ter versterking van de cassatierechtspraak (versterking cassatierechtspraak).

35. Bakels 2015, p. 938.

36. Loth 2001, p. 155.

rechtscultuur is sterk gebonden aan geschreven en dus bedachte en gerationaliseerde vormen,³⁷ hetgeen noopt tot een consequent gebruik van (de institutionele beroeps)taal. Dit heeft uiteraard ten doel het gevaar van verwarring te voorkomen. Dat gevaar is mijns inziens nog pregnanter aanwezig wanneer een term binnen eenzelfde rechtsgebied (het burgerlijk recht, maar dit is niet anders als men het arbeidsrecht en ondernemingsrecht – begrijpelijk – als verschillende rechtsgebieden zou beschouwen), in verschillende contexten een verschillende betekenis wordt toegedicht terwijl de verschillende betekenis in de te onderscheiden contexten niet wordt toegelicht.

De gangbare context van de term ‘ernstig verwijt’ was binnen het Burgerlijk Wetboek het arbeidsrecht. De gangbare betekenisgeving aan deze term was ‘grove schuld’. Toen de term ‘ernstig verwijt’ werd geïntroduceerd in de context van de bepaling in datzelfde Burgerlijk Wetboek die bestuurdersaansprakelijkheid betrof, werd – anders dan door Loth voorgeschreven in zijn hiervoor in par. 5.2.1 aangehaalde methodologische regels – in de rechtspraak en literatuur geen afwijkende betekenis gegeven aan deze term. Dit verklaart waarom na de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in de literatuur op grote schaal is stilgestaan bij de vraag hoe de term ‘ernstig verwijt’ zich verhoudt tot de termen ‘opzet’ en ‘bewuste roekeloosheid’ (waarover hierna in deze paragraaf meer). Het laat zien dat het niet consequent en onwenselijk is de in het kader van het arbeidsrecht gerationaliseerde vorm toe te passen in het ondernemingsrecht en deze thans een andere (taalkundig gerationaliseerde) betekenis te geven. Grammaticaal-wetshistorisch is dit niet te rechtvaardigen. Het leidt ook tot onduidelijkheid.

Daarnaast wordt in de literatuur reeds jarenlang gesproken over de verhouding tussen de arbeidsrechtelijke en de vennootschapsrechtelijke relatie van de bestuurder ten opzichte van de rechtspersoon. Ook een bestuurder, voor wie Boek 2 BW relevant is, is vaak een werknemer en ook voor de bestuurder gelden de bepalingen van Boek 6 en 7 BW (zie hierna in par. 5.3.5 meer over de derogerende werking van art. 2:9 BW). Als de term ‘ernstig verwijt’ een geheel eigen betekenis in het rechtspersonenrecht (Boek 2) zou hebben, die anders is dan in het arbeidsrecht (Boek 6 en 7 BW), dan zou de bestuurder die met beide rechtsgebieden te maken kan krijgen, beide termen dus verschillend moeten begrijpen afhankelijk van de aard van de eventuele aanspraken die jegens hem worden ingeroepen. In het rechtspersonenrecht wordt de kleur blauw gebruikt voor ‘onbehoorlijk bestuur’ en in het arbeidsrecht wordt de kleur blauw gebruikt voor ‘opzet of bewuste roekeloosheid’. Dat is niet wenselijk.

37. Van der Ven 1973.

Sterker, het lijkt er juist op dat de dubbele rechtsbetrekking van de bestuurder heeft geleid tot de introductie van de term ‘ernstig verwijt’ (‘van de kleur en de rechtstoestand blauw’) in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Daarbij werd zoals gezegd in 1986/1987 door Eykman³⁸ en Van Schilfgaarde³⁹ betoogd dat de aansprakelijkheid van een bestuurder niet anders moet worden beoordeeld dan die van een werknemer (par. 4.3). Van der Grinten en Kortmann betoogden, zoals eerder in deze paragraaf uiteengezet, voorts in 1990 dat de bestuurder eenzelfde positie inneemt als de werknemer. Zij stelden voorts dat art. 6:170 lid 3 BW naar analogie toepassing dient te vinden in de relatie tussen een vennootschap en diens bestuurder en dat er geen termen zijn om voor de directeur van de naamloze vennootschap de hoofdregel van 6.3.2.2 lid 3 BW niet te laten gelden.⁴⁰ Welke bedoeling de Hoge Raad dan ook heeft gehad met de introductie van de term ‘ernstig verwijt’ in het arrest *Staleman/Van de Ven*, het hanteren van een verschillende betekenis voor een schuldgradatie-term die enerzijds wordt gehanteerd in (de wetsgeschiedenis van) Boek 6 en Boek 7 BW en anderzijds in (de wetsgeschiedenis van) Boek 2, is naar mijn mening met het voorgaande niet te rijmen.

Dat het belang van taal in dit verband zeker niet onderschat moet worden, blijkt ook uit het feit dat in de doctrine sinds *Staleman/Van de Ven* tot op heden nog steeds wordt stilgestaan bij de betekenis van de term ‘ernstig verwijt’, zowel bij interne als bij externe bestuurdersaansprakelijkheid. Daarbij wordt op consequente wijze aansluiting gezocht bij de schuldgradatie ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ of wordt de verhouding met deze schuldgradatie onderzocht. Dat laat zich naar mijn mening juist verklaren door de (taalkundige en institutionele) betekenis en oorsprong van de term ‘ernstig verwijt’ en de introductie daarvan in het interne bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Dat heeft tot onduidelijkheid geleid. Ook in de doctrine heeft men kennelijk veel moeite ermee om aan de term ‘blauw’ de kleur ‘rood’ te koppelen.

In het kader van interne bestuurdersaansprakelijkheid werd in 2000 door Asser/Maeijer bijvoorbeeld betoogd:

*“Het criterium ‘ernstig verwijt’ sluit aan bij het criterium ‘(opzet of) bewuste roekeloosheid’ dat dient te worden gebezigd bij het handelen van de bestuurder als werknemer.”*⁴¹

38. Eykman 1986, p. 87 e.v.

39. Van Schilfgaarde 1986, p. 17 en Van Schilfgaarde 1987, p. 273-274.

40. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-II 1990/180; Van Hees 1994, p. 2-3; Van Andel 1992, p. 30.

41. Asser/Maeijer 2-III 2000/321.

Ook Wezeman⁴² had zich toen in vergelijkbare zin uitgelaten. Klaassen stelde in 2000 dat het hiervoor geciteerde uitgangspunt van Maeijer ook door anderen wordt gehuldigd en dat veelal wordt aangenomen dat het criterium voor aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de rechtspersoon parallel loopt met het criterium voor aansprakelijkheid van de werknemer jegens zijn werkgever. Ook hij onderschreef die wenselijkheid. Klaassen noteerde evenwel dat het ‘gissen is’ of de Hoge Raad van oordeel is dat het criterium ‘ernstige verwijtbaarheid’ overeenkomt met het criterium ‘opzet of bewuste roekeloosheid’.⁴³

Van Schilfgaarde en Winter meenden in 2003 echter dat het criterium ‘ernstig verwijt’ eerder tot bestuurdersaansprakelijkheid leidt dan ‘opzet of bewuste roekeloosheid’.⁴⁴ Timmerman schreef voorts in 2003 dat bij het aansprakelijk stellen van een bestuurder (ex art. 2:9 BW) het accent zal liggen op de individuele verwijtbaarheid, dat het rechterlijk oordeel daarbij terughoudend zal moeten zijn en dat deze terughoudendheid gezocht moet worden in “*het stellen van strenge eisen aan de mate van schuld van de aangesproken bestuurder*”. Hij schreef voorts:

*“Ik krijg de indruk dat ons hoogste rechtscollege bij toepassing van art. 2:9 BW de terughoudendheid van zijn oordeel meer zoekt in eisen van een hoge mate van schuld van de betrokkene dan in het hanteren van een zeer streng criterium voor onbehoorlijk bestuur.”*⁴⁵

Dit vereist stellen van een bepaalde schuldgradatie door Timmerman werd later in 2004 ook door Wezeman betoogd. Nadat Wezeman alsnog onder uitdrukkelijke verwijzing naar de wetsgeschiedenis van art. 7:661 BW constateerde dat “*verdedigbaar is (...) dat er weinig tot geen verschil bestaat tussen ernstige verwijtbaarheid en opzet en bewuste roekeloosheid in de zin van art. 7:661 BW*” (onderstreping toegevoegd) betoogde hij:

*“Alles afwegend zou ik ten aanzien van de bestuurder willen pleiten voor een invulling van de “ernstige verwijtbaarheid” die zo dicht mogelijk aanligt tegen de voor gewone werknemers vereiste opzet of bewuste roekeloosheid als bedoeld in art. 7:661 BW.”*⁴⁶

42. Wezeman 1998, p. 66-69. Wezeman trok de bescherming van de bestuurder toen nog in feite gelijk met de bescherming van de werknemer die pas aansprakelijk is jegens de werkgever in geval van opzet of bewuste roekeloosheid. Sanders/Westbroek/Buijn/Storm 1998, *BV en NV*, p. 163-166 lieten zich niet op deze wijze uit.

43. C.J.M. Klaassen, ‘Schadeveroorzakend handelen in functie...Diverse wegen leiden naar de werkgever’, in: S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), *Serie Onderneming en Recht deel 20*, Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 100-102.

44. Van Schilfgaarde & Winter 2003, *Van de BV en de NV*, p. 140.

45. L. Timmerman, ‘Kroniek van het vennootschapsrecht’, *NJB* 2003, afl. 31, p. 1633-1639.

46. Wezeman 2004, p. 83-98, p. 91 en 92.

Assink en Olden hebben in 2005 vervolgens getracht duiding te geven aan de term ‘ernstig verwijt’.⁴⁷ Zij stonden daartoe eerst stil bij de zaak *Staleman/Van de Ven* en stelden vast dat het gerechtshof in de zaak *Staleman/Van de Ven* zijn oordeel tot aansprakelijkheid van de bestuurders ex art. 2:9 BW kennelijk zou hebben gebaseerd op twee pijlers: ‘ernstig verwijt’ en ‘onbehoorlijke taakvervulling’. Zij schreven:

*“Alleen de eerste pijler wordt door de Hoge Raad gesanctioneerd. Nu de Hoge Raad niet bepaalt dat de toets die het gerechtshof aanlegt ‘dubbelop’ is en op die grond onjuist, blijft in het midden wat nu de verhouding is tussen ‘ernstig verwijt’ en ‘onbehoorlijke taakvervulling’.”*⁴⁸

Vervolgens stonden zij kort stil bij de destijds in de literatuur bestaande uiteenlopende opvattingen over de verhouding tussen de term ‘ernstig verwijt’ en de schuldgradatie ‘opzet of bewuste roekeloosheid’. Zij stelden vervolgens:

*“Of de bestuurder zich bewust is van het feit dat hij tekortschiet doet niet ter zake. Het helpt de bestuurder in die opvatting dus niet dat hij naar eer en geweten heeft gehandeld of nagelaten. Geobjectiveerde wetenschap, het beter kunnen en moeten weten, kan volstaan. Timmerman signaleert dat de door de Hoge Raad vereiste hoge – of: gekwalificeerde – mate van schuld (i.e. ‘ernstig verwijt’) een aparte pijler vormt náást ‘onbehoorlijk bestuur’ in de zin van onbehoorlijke taakvervulling. Uit de parlementaire geschiedenis bij art. 2:138/248 BW (die ook relevant is voor art. 2:9 BW) blijkt niet alleen dat de toetssteen van “grove schuld” oftewel ‘bewuste roekeloosheid’ een te beperkte is (hetgeen dan helemaal voor ‘opzet’ geldt), maar ook dat in de term ‘onbehoorlijk’ vooral het element van verwijtbaarheid moet worden gelezen. De opvatting die uit de parlementaire geschiedenis spreekt, laat zich lastig verenigen met het vereiste dat de bestuurder zich daadwerkelijk bewust moet zijn van het feit dat hij tekortschiet en de idee dat een dergelijk ‘ernstig verwijt’ een aparte pijler vormt naast de onbehoorlijkheid van de taakvervulling.”*⁴⁹

47. Assink & Olden 2005, p. 9-16.

48. Assink & Olden 2005, p. 9.

49. Assink & Olden 2005, p. 10.

Assink en Olden hadden – zo lijkt het – dus moeite met de term ‘ernstig verwijt’, althans zij konden deze niet goed plaatsen.⁵⁰ Zij stelden verder vast dat uit hun analyse van de rechtspraak op dat moment niet viel af te leiden dat de Hoge Raad voor aansprakelijkheid van de bestuurder ‘een hoge mate van schuld’ vereist (zoals Timmerman net had gesteld) en concludeerden dat de begrippen ‘ernstig verwijt’ en ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ elkaar niet dekken. Uit het voorgaande blijkt dat ook Assink en Olden aanleiding zagen om in te gaan op het bewustzijn van de bestuurder en op de vraag of aansprakelijkheid uitsluitend kan ontstaan in geval van grove schuld, opzet of bewuste roekeloosheid. Zij beantwoordden die vraag evenwel ontkennend. Om de ernstigverwijtmaatstaf toch een plaats te kunnen geven, onderbouwden zij dat de verwijtbaarheid dient te zien op een objectief ondermaatse wijze waarop een bestuurder zich heeft gedragen (daar ben ik het mee eens) en dat de rechter terughoudend moet zijn bij het toetsen van ondernemingsbeleid (daar ben ik het ook mee eens). Dit laatste zou volgens Assink en Olden ‘plaats geven’ aan de ‘kwalificatie ernstig’: *“niet het verwijt dient ernstig te zijn (want dat is een digitaal begrip), maar het bestuurlijk te kortschieten”*. Zij concludeerden: *“Onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:9 BW laat zich vertalen als en staat dus gelijk aan ernstig verwijtbaar bestuurlijk gedrag”*.⁵¹ Als ik het goed begrip zeiden zij hiermee dat ‘onbehoorlijk’ dezelfde betekenis heeft als ‘ernstig verwijtbaar’. Op deze wijze kon de term ‘ernstig verwijt’ volgens Assink en Olden kennelijk als het ware ingepast worden in art. 2:9 BW. Een consequentie van deze benadering is dat ‘(gewoon) verwijtbaar bestuurlijk gedrag’ dus niet onbehoorlijk zou zijn in de zin van art. 2:9 BW. Taalkundig zie ik evenwel niet in waarom – in het kader van de negatief beantwoorde aansprakelijkheidsvraag van art. 2:9 BW – dan nog over ‘verwijtbaar’ gedrag zou moeten worden gesproken.⁵²

50. Zie ook: Assink & Olden 2005, p. 12, waar zij schreven: *“De door de Hoge Raad omarmde toetsingsnorm ‘ernstig verwijt’ helpt de rechter hierin niet veel verder. Met name ten aanzien van de toetsing van door bestuurders gevoerd ondernemingsbeleid is de rechter gebaat bij een concreter handvat, bij een toets die meer sturing biedt”*. Overigens, toen de Hoge Raad in HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (*Willemsen/NOM*) in verband met de ernstigverwijtmaatstaf sprak over een ‘hoge drempel’ voor aansprakelijkheid (vgl. ‘een hoge schuldgraad’) die wordt gerechtvaardigd door het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming, werd deze alsnog ook door Assink omarmd, doch niet als aparte pijler naast de behoorlijke taakvervullingsnorm, maar als geïntegreerd in de behoorlijke taakvervullingsnorm. Zie bijvoorbeeld: Assink 2014.

51. Assink & Olden 2005, p. 11 en p. 16.

52. De term ‘verwijtbaarheid’ betekent volgens de Van Dale namelijk juist dat iemand schuld, een tekortkoming of een tekortschieten wordt voorgehouden. Een ‘ernstig verwijtbaar bestuurlijk tekortschieten’ is daarmee bovendien dus ook dubbelop. Een bestuurder schiet te kort of niet, treft een verwijt of niet. Ik acht deze benadering daarom enigszins semantisch. Is het bestuurlijk tekortschieten niet juist het verwijt dat wordt gemaakt? Overigens, voor zover Assink en Olden met het gebruik van het ‘digitale begrip verwijt’ zouden hebben gedoeld op de ‘schuld’ in de zin van art. 6:162 BW, zou ik menen dat dit begrip juist niet digitaal maar analoog is. Schuld omvat immers alle schuldgradaties, van opzet als oogmerk, naar noodzakelijkheidsbewustzijn, waarschijnlijkheidsbewustzijn, voorwaardelijke opzet,

De aandacht voor de termen ‘opzet’ en ‘bewuste roekeloosheid’ bij interne bestuurdersaansprakelijkheid is vervolgens – zo lijkt het – enige tijd afgenomen. Bij externe bestuurdersaansprakelijkheid werd die aandacht in 2005 juist weer erop gevestigd toen Van Schilfgaarde schreef: *“persoonlijk verwijt, bewuste roekeloosheid, ernstig verwijt, voldoende ernstig verwijt. Het is niet zo makkelijk om een duidelijke lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad te ontdekken.”*⁵³

Toen een jaar later het op externe bestuurdersaansprakelijkheid betrekking hebbende arrest *Ontvanger/Roelofsen* werd gewezen (zie par. 9.4.1), waarin de Hoge Raad de ernstigverwijtmaatstaf voor externe bestuurdersaansprakelijkheid introduceerde, schreef Wezeman in zijn noot bij dat arrest weer: *“De Hoge Raad heeft in de afgelopen tien jaren een aantal keren beslist dat ook de interne aansprakelijkheid van art. 2:9 BW alleen kan intreden indien de bestuurder een ernstig verwijt treft. (...) De Hoge Raad trekt daarmee als het ware een voor werknemers jegens hun werkgevers in het algemeen geldende aansprakelijkheidsregel (vgl. art. 7:661 BW) door naar bestuurders van rechtspersonen.”*⁵⁴

In 2010 werden de term ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ opnieuw gehanteerd in de literatuur over interne bestuurdersaansprakelijkheid. Strik stelde in haar proefschrift dat aan de taakvervulling van bestuurders weliswaar hogere eisen mogen worden gesteld dan aan die van gewone werknemers, maar dat dit niet zonder meer betekent dat *“bestuurders ook aansprakelijk behoren te zijn indien opzet of bewuste roekeloosheid ontbreekt”*. Zij concludeerde verder:

*“Alles overziende, meen ik dat het begrip ernstig verwijt in het licht van art. 2:9 BW niet van andere inhoud – en zeker niet van andere aard – zou moeten zijn dan het begrip ernstig verwijt in het kader van het (oud) Burgerlijk Wetboek werd gebezigd in de context van werknemersaansprakelijkheid. Alleen al de historische achtergrond van de introductie van het begrip ernstig verwijt in de bestuurdersaansprakelijkheidszaken pleit tegen een divergerende inhoud van dit begrip.”*⁵⁵

bewuste schuld en onbewuste schuld. In de literatuur is in het kader van aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW ook gezegd dat *“naarmate de schuld aan het schadeveroorzakend gebeuren groter is”*, een ruimere toerekening is gerechtvaardigd. Zie in dit verband: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/65.

53. HR 30 september 2005, *NJ* 2006, 312 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Ontvanger/S.*), r.o. 3.4.3 (zie par. 9.3.5 hierna).

54. Noot J.B. Wezeman bij HR 8 december 2006 (*Ontvanger/Roelofsen*) in *Ondernemingsrecht* 2007, 36.

55. Strik 2010, p. 29 en 30.

Strik stelde verder dat het begrip ‘ernstig verwijt’, dat in het licht van art. 2:9 BW wordt gehanteerd, dezelfde inhoud heeft als het begrip ‘ernstig verwijt’ zoals bedoeld in jurisprudentie van vóór de invoering van Boek 7 BW.⁵⁶ Los van de vraag waarom Strik deze mening was toegedaan, moet worden vastgesteld dat deze gedachte van Strik overeenkomt met de uitkomst van een correcte grammaticaal-wetshistorische analyse.⁵⁷ Die grammaticaal-wetshistorische analyse laat namelijk zien dat zowel de grammaticale betekenis als de geschiedenis van de ernstigverwijtmaatstaf uit art. 2:9 BW zijn oorsprong heeft in de rechtspraak op het gebied van het arbeidsrecht (zie par. 4.2 en par. 4.3). Toch komt de uitkomst van deze grammaticaal-wetshistorische analyse niet overeen met hoe men thans denkt over art. 2:9 BW (zoals hierna verder zal blijken).

In 2011 stond Huizink weer stil bij de term ‘opzet of bewuste roekeloosheid’.⁵⁸ Onder de paragraaf met sprekende titel “*Ernstige verwijtbaarheid vs. opzet of bewuste roekeloosheid*” schreef hij:

“De problematiek is bekend. Het heeft bijna zestig (!) jaar geduurd voordat de Hoge Raad in 1997 in het arrest Staleman/Van de Ven aangeeft dat voor het intreden van bestuurdersaansprakelijkheid vereist is dat het bestuur een ernstig verwijt treft. Toch kwam die beslissing niet onverwacht. In het decennium dat voorafging aan het arrest kreeg de “dubbele” rechtsbetrekking – vennootschapsrechtelijk en arbeidsrechtelijk – van de vennootschap tot haar bestuurders steeds meer gestalte. Tegen die achtergrond is niet verbazingwekkend dat voor wat betreft de aansprakelijkheidsmaatstaf van bestuurders aansluiting is gezocht bij het arbeidsrecht en een parallel getrokken wordt met de werknemer. Zulks in eerste instantie naar aanleiding van HR 26 juni 1959, NJ 1959, 551, m.nt. L.E.H. Rutten (De Bont-Zuidooster) en uiteindelijk conform HR 4 februari 1983, NJ 1983, 543, m.nt. P.A. Stein (Debrot). In dat laatste arrest werd beslist, dat een werknemer voor de door hem in vervulling van zijn dienstbetrekking aan de werkgever toegebrachte schade eerst aansprakelijk kan zijn, indien hem ter zake, alle omstandigheden in aanmerking genomen, een ernstig verwijt te maken valt. Voor werknemers heeft voornoemde jurisprudentie wettelijke vorm gekregen in art. 7:661 BW, zij het dat in die bepaling wordt gesproken van opzet of bewuste roekeloosheid. Een andere toerekeningsmaatstaf werd daar blijkens de parlementaire geschiedenis niet mee beoogd. Op grond daarvan zou men kunnen betogen dat ernstige verwijtbaarheid in het arrest Staleman/Van de Ven op één lijn staat met ernstige verwijtbaarheid in genoemde twee

56. Zie bijvoorbeeld: Strik 2010, p. 29.

57. De conclusie van Strik lijkt mij dus juist. Ik ben het echter niet eens met de daarmee samenhangende stellingen van Strik dat de ernstigverwijtmaatstaf een toerekeningsmaatstaf is en dat bestuurders pas aansprakelijk *horen* te zijn als sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. Ik kom hier later in par. 5.6 op terug.

58. Huizink 2011, p. 9.

arbeidsrechtelijke arresten en daarmee op één lijn met opzet of bewuste roekeloosheid in art. 7:661 BW. In die zin, als ik het goed zie, Strik. De maatstaf 'ernstige verwijtbaarheid' vindt men terug in HR 10 december 1999, NJ 2000, 6 in welk arrest de bestuurder tevens werd verweten dat hij als werknemer tekort was geschoten. Alsdan is betrokkene volgens de Hoge Raad in beginsel jegens de BV slechts aansprakelijk in geval van opzet of bewuste roekeloosheid, de norm van art. 7:661 BW dus. Betwijfeld mag worden of er veel licht zit tussen enerzijds de norm ernstige verwijtbaarheid en anderzijds de norm opzet of bewuste roekeloosheid. Gelet op het feit dat voor het intreden van beider vormen van aansprakelijkheid de omstandigheden van het geval een doorslaggevende rol spelen, ga ik er van uit dat niet erg aannemelijk is dat een bestuurder/werknemer wel jegens de vennootschap aansprakelijk kan zijn op grond van art. 9 en niet ex art. 7:661 BW en omgekeerd.⁵⁹ Niettemin meen ik – en dat gevoel bestond ook bij veel deelnemers aan de debat-middag – dat voor de aansprakelijkheid van bestuurders het criterium ernstige verwijtbaarheid de voorkeur verdient boven de maatstaf opzet of bewuste roekeloosheid. Het begrip ernstige verwijtbaarheid heeft op het front van bestuurdersaansprakelijkheid school gemaakt en door (vooral lagere) jurisprudentie inkleuring gekregen. Denk bijvoorbeeld aan de objectivering van de norm. Zij biedt wellicht ook meer mogelijkheid tot nuanceren. Daar komt bij dat ten aanzien van werknemers niet wordt uitgegaan van collegialiteit en de daarbij behorende hoofdelijke aansprakelijkheid.”⁶⁰ Inmiddels was de ernstigverwijtmaatstaf een vanzelfsprekendheid geworden in het Nederlandse ondernemingsrecht en werd in de literatuur steeds breder gesteld dat van een ernstig verwijt eerder sprake zal zijn dan van opzet of bewuste roekeloosheid. Hiermee werd onderkend dat een bestuurder eerder aansprakelijk kan zijn dan een werknemer.⁶¹ De Jongh merkte bijvoorbeeld in 2011 op:

“Er zijn gevallen denkbaar waarin geen sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid, terwijl toch de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Ik zou in die gevallen bestuurdersaansprakelijkheid niet willen uitsluiten. Daar komt bij dat de maatstaf van opzet of bewuste roekeloosheid naar zijn aard een subjectieve is. (...) Wanneer ernstige verwijtbaarheid als criterium wordt genomen, is objectivering eenvoudiger

59. De stelling dat niet erg aannemelijk is dat een bestuurder/werknemer wel jegens de vennootschap aansprakelijk kan zijn op grond van art. 2:9 BW en niet ex art. 7:661 BW en omgekeerd, lijkt mij wat ongenueanceerd. Art. 2:9 BW en art. 7:661 BW behelzen immers een verschillend toetsingskader. Zo kan sprake zijn van onbehoorlijk bestuur ex art. 2:9 BW (objectieve toets), terwijl geen sprake hoeft te zijn van opzet of bewuste roekeloosheid ex art. 7:661 BW (subjectieve toets).

60. Deels herhaald in Huizink 2016, *GS Rechtspersonen*, art. 2:9 BW, aant. 8.3.1.

61. Zie bijvoorbeeld: Assink, Bröring, Timmerman & De Valk 2011, p. 26.

mogelijk.^[62] Dit blijkt ook uit Staleman/Van de Ven, waarin de Hoge Raad als gezichtspunt hanteert “het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauw gezet vervult.” Een dergelijke objectivering acht ik passend bij de verplichting tot een behoorlijke taakvervulling van een bestuurder. De bijzondere positie van een bestuurder verschilt in dit opzicht van die van een werknemer.”⁶³

Schild relativeerde in 2015 uiteindelijk het gegeven dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat geen verschil bestaat tussen enerzijds de term ‘ernstig verwijt’ en anderzijds de term ‘opzet of bewuste roekeloosheid’. Daartoe schreef hij:⁶⁴

“Bijzonder is dat bij invoering van art. 7:661 BW – werknemersaansprakelijkheid onder nieuw BW – de wetgever ervoor heeft gekozen de maatstaf ‘ernstig verwijt’ te wijzigen in ‘opzet en bewuste roekeloosheid’. De wetsgeschiedenis vermeldt dat daarbij geen inhoudelijke wijziging is beoogd. Deze gedachte volgend zou men kunnen denken dat ook in het ondernemingsrecht voor ‘ernstig verwijt’ ‘opzet dan wel bewuste roekeloosheid’ mag worden gelezen. Dat lijkt mij echter niet zonder meer het geval. De norm ‘bewuste roekeloosheid’ heeft in het spraakgebruik een andere lading dan de norm ‘ernstig verwijt’. Daarbij komt dat bewuste roekeloosheid een connotatie heeft met fysieke gevaarzetting. Het lijkt nuttiger in het achterhoofd te houden dat de woorden ‘een ernstig verwijt’ net als de woorden ‘bewuste roekeloosheid’ een hoge mate van verwijtbaarheid uitdrukken, zonder beide normen geheel aan elkaar gelijk te stellen.”⁶⁵

Hoewel Schild dat zelf niet zei, is uit zijn opmerkingen wel te herleiden dat de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf vanuit grammaticaal-wetshistorisch perspectief lastig te rechtvaardigen is. Schild loste dit op door de term een nieuwe betekenis te geven die uitsluitend nog in het ondernemingsrecht relevantie heeft, waarbij hij stelde dat de term ‘bewuste roekeloosheid’ in het spraakgebruik een andere lading heeft dan de term ‘ernstig verwijt’. Dat die andere lading minst genomen niet vanzelfsprekend is, blijkt mijns inziens uit het

62. Waarom dat makkelijker zou zijn wordt niet toegelicht. Ik zou evenwel nemen dat het ‘nog makkelijker’ is als de maatstaf in zijn geheel wordt losgelaten en simpelweg wordt beoordeeld – kort gezegd – of de bestuurder zijn bestuurstaken ‘behoorlijk’ heeft vervuld en dus of hij de behoorlijke taakvervullingsnorm heeft nageleefd. In dat criterium ligt reeds de objectivering besloten waar De Jongh het over heeft.

63. J.M. de Jongh, ‘Enkele gedachten over bestuurdersaansprakelijkheid’, in: J.B. Huizink e.d. (red.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 19.

64. Na eerst te onderkennen dat de ernstigverwijtmaatstaf uit het arbeidsrecht is overgewaaid naar het ondernemingsrecht, als gevolg van het betoog van Van Schilfgaarde inhoudende dat op een bestuurder in gelijke zin als een andere werknemer een verbintenis rust om zich naar behoren in te spannen voor de vennootschap.

65. Schild 2015.

feit dat in de literatuur zo veel is stilgestaan bij de vraag of de term ‘ernstig verwijt’ wel of niet gelijk te trekken is met de term ‘opzet of bewuste roekeloosheid’.

De hiervoor uiteengezette opmerkingen zijn allerm minst slechts theoretisch. Dit blijkt bijvoorbeeld uit een recente uitspraak uit 2016 van de Hoge Raad, waarin een bestuurder van een stichting werd aangesproken op grond van art. 2:9 BW.⁶⁶ In cassatie bepleitte de bestuurder dat met ‘ernstig verwijt’ hetzelfde wordt bedoeld als met ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ in de zin van art. 7:661 BW en dat dus steeds nodig is dat de bestuurder zich bewust is geweest van de ernstige verwijtbaarheid van zijn handeling of gedraging. In zijn conclusie moet A-G Spier dit weerleggen, maar de literatuur, rechtspraak en wetsgeschiedenis waar naar hij in dat verband verwijst, geven hem niet veel houvast, hoewel Spier anders doet voorkomen. Alvorens hij op deze literatuur, rechtspraak en wetsgeschiedenis ingaat, overweegt Spier – wellicht wegens het gebrek aan houvast? – dat er *“geen goede grond is om aan te nemen dat de Hoge Raad met “ernstig verwijt” iets anders heeft bedoeld dan wat daarmee in bestendige jurisprudentie tot uitdrukking wordt gebracht. Zou de Hoge Raad voor het anker van opzet of bewuste roekeloosheid hebben willen gaan liggen dan zou dat ongetwijfeld in (recente) arresten zijn overwogen.”*⁶⁷ Het punt is echter juist dat die bestendige jurisprudentie niet duidelijk maakt wat de ernstigverwijtmaatstaf betekent. Omdat de Hoge Raad zelf spreekt van een ‘ernstig verwijt’ en van een ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’, is het niet onbegrijpelijk dat de aangesproken bestuurder heeft doorgeprocedeerd en zich op het standpunt heeft gesteld dat sprake moet zijn van opzet of bewuste roekeloosheid. Wat betekent die hoge drempel anders? Het punt is voorts dat de literatuur, zoals uit het al het voorgaande blijkt, ook sterk verdeeld is geweest en geen duidelijkheid biedt. Spier gaat vervolgens in op de parlementaire geschiedenis, waarnaar ik ook in dit proefschrift herhaaldelijk verwijs.⁶⁸ Hij overweegt (r.o. 4.4.):

“4.4. In de MvA II Inv. bij (thans) art. 7:661 BW is te lezen dat tussen de formulering “ernstig verwijt” en “opzet of bewuste roekeloosheid zoals genoemd in art. 1639da BW” “in wezen geen verschil bestaat”. Helemaal duidelijk is het betoog niet. Niet alleen omdat niet uit de verf komt waarop deze “in wezen” gelijkenschakeling is gebaseerd, maar ook omdat het betoog lijkt te leunen op twee met name genoemde arresten van de Hoge Raad. Deze bieden daarvoor evenwel geen steun. In de eerste plaats en vooral

66. HR 1 april 2016, JOR 2016/264 m.nt. A.J.P. Schild (Stichting ATAL).

67. HR 1 april 2016, JOR 2016/264 m.nt. A.J.P. Schild (Stichting ATAL), r.o. 4.3 e.v. van de conclusie.

68. Kamerstukken II 1987/88, 17 896, nr. 8 (MvA), p. 27-28.

omdat daarin niets wordt overwogen in te trant van de MvAII. Maar ook omdat “een ernstig verwijt” bezwaarlijk opzet en tevens bewuste roekeloosheid kan inhouden.”

Deze redenering van Spier doet mijns inziens geen recht aan de rechtsgeschiedenis, zoals deze blijkt uit hoofdstuk 4, en de wetsgeschiedenis, zoals deze blijkt uit par. 5.2.2. Anders dan Spier, meen ik dat het betoog in de parlementaire geschiedenis glashelder is. De wetgever heeft daarin namelijk (letterlijk) opgemerkt (zie par. 5.2.2):

“Het verdient daarom aanbeveling buiten twijfel te stellen dat tussen beide formuleringen in wezen geen verschil bestaat.”

Toen de wetgever dit in 1987/1988 duidelijk maakte, bestond de term ‘ernstig verwijt’ nog helemaal niet in het kader van art. 2:9 BW en had deze dus geen betekenis buiten het arbeidsrecht. De enige betekenis die de term had, was de betekenis die de rechter daaraan had gegeven in het kader van de twee door Spier zelf bedoelde arresten van de Hoge Raad op het gebied van arbeidsrecht (Spier verwees naar het *Debrot*-arrest en HR 3 april 1987, NJ 1987, 606, aangehaald in par. 4.2 en 4.3). Die betekenis was gebaseerd op de term ‘grove schuld’ uit het toen reeds bestaande art. 7A:1638x BW (zie par. 4.2) en – blijkens de wil van de wetgever – gelijk aan de betekenis van de term ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ in het pas later in 1992 ingevoerde art. 6:170 lid 3 BW en art. 7A:1639da BW. Het is dus niet zo dat de gelijkschakeling van de term ‘ernstig verwijt’ met de door de wetgever gekozen term ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ leunt op de bedoelde arresten. Integendeel, de wetgever constateerde dat de rechter in de bedoelde arresten bepaalde terminologie had gehanteerd en de wetgever wilde buiten twijfel stellen dat de betekenis daarvan dezelfde was als de door de wetgever in 1992 in art. 6:170 lid 3 BW en art. 7A:1639da BW (thans art. 7:661 BW) geïntroduceerde terminologie, die later, in 1997,⁶⁹ ook in art. 7:658 BW (voormalig 7A:1638x BW) werd overgenomen (zie hierover par. 5.2.2). Dat is het prerogatief van de wetgever, die immers de wet bepaalt en daarbij de taal van de wet kiest (zie par. 1.3 en 2.2). Bovendien hebben de bedoelde arresten juist aan de basis gelegen van het hernieuwde gebruik van de term ‘ernstig verwijt’ in het kader van art. 2:9 BW, zo blijkt uit (i) de literatuur van o.a. Eykman, Van Schilfgaarde, Huizink, Van der Grinten, Kortmann, Maeijer en Dortmond, die in par. 4.3 uitvoerig is behandeld, (ii) de conclusie van A-G Mok bij *Staleman/Van de Ven* en (iii) het arrest *Staleman/Van de Ven* van de Hoge Raad. De stelling van Spier dat een ‘ernstig

69. Bij Wet van 6 juni 1996, Stb. 406 (geldend vanaf 1 april 1997).

verwijt' bezwaarlijk 'opzet of bewuste roekeloosheid' kan inhouden, is niet te rijmen met dit alles.

In zijn noot bij voormeld arrest doet Schild het nog korter af. Na te hebben geconstateerd dat de genoemde parlementaire geschiedenis "*al sinds jaar en dag voor enige verwarring zorgt*",⁷⁰ merkt Schild op – ogenschijnlijk om die verwarring te bagatelliseren – dat deze parlementaire geschiedenis reeds taalkundig gezien niet juist kan zijn, omdat taalkundig de maatstaf van 'opzet of bewuste roekeloosheid' een hogere graad van verwijtbaarheid uitdrukt dan de maatstaf 'ernstig verwijt'. Indien de ernstigverwijtmaatstaf inwisselbaar zou zijn met de maatstaf van 'opzet of bewuste roekeloosheid', zou de Hoge Raad bovendien, aldus Schild, daar in dit arrest ongetwijfeld een overweging aan gewijd hebben. Ook deze taalkundige analyse van Schild rijmt naar mijn mening niet met de totstandkomingsgeschiedenis van de ernstigverwijtmaatstaf zoals blijkt uit hoofdstuk 4 en de wetsgeschiedenis zoals deze blijkt uit par. 5.2.2. Bovendien zou ik menen dat de Hoge Raad in eerste instantie zich moet verlaten op de taal die de wetgever heeft gekozen en de betekenis die de wetgever daaraan heeft gegeven (zie par. 2.2 en 2.3.2). Het feit dat in 2016 (bijna twintig jaar na het arrest *Staleman/Van de Ven*) nog steeds onduidelijkheid bestond over de betekenis van de ernstigverwijtmaatstaf, geeft het belang aan van die taal en van de betekenis die de wetgever daaraan heeft gegeven.

Voormeld belang komt duidelijk naar voren als men de vraag stelt hoe nu moet worden verklaard dat in de afgelopen jaren tot op heden zo veel is stilgestaan bij de term 'opzet of bewuste roekeloosheid'? De wetsgeschiedenis liet namelijk geen twijfel erover bestaan dat de term 'grove schuld' (vgl. 'opzet of bewuste roekeloosheid') een te zware toetssteen vormde voor de aansprakelijkheid van bestuurders. Daarnaast heeft ook de Hoge Raad nimmer het standpunt ingenomen dat pas van bestuurdersaansprakelijkheid sprake kan zijn als sprake is van 'opzet of bewuste roekeloosheid'.⁷¹ Evenmin is de Hoge Raad ingegaan op de verhouding tussen al deze termen. Toch is zoveel erover geschreven en toch wordt zelfs in 2016 (dus bijna 20 jaar na het arrest *Staleman/Van de Ven*) nog in hoogste instantie – bij de Hoge Raad – erover geprocedeerd. Dit verhoudt zich toch niet met het reeds in 1960 zo goed door A-G Langemeijer bij HR 11 november 1960 verwoordde uitgangspunt dat "*de burger moet kunnen vertrouwen op wetsvoorschriften die bij onbevangen lezing op zich zelf slechts één uitlegging toelaten*" en dat in ieder geval wenselijk is dat "*een jurist*

70. Schild verwijst in dit verband naar Strik 2010, p. 21.

71. Weliswaar spreekt de Hoge Raad in het arrest *Willemsen/NOM* van een "*hoge drempel*" voor aansprakelijkheid, maar een hoge drempel zonder referentiekader (wat is hoog, wat is laag?) geeft niet veel duidelijkheid, terwijl het er vooral op lijkt dat de Hoge Raad met de ernstigverwijtmaatstaf slechts beoogt te voorzien in een terughoudende toetsing van het ondernemingsbeleid. Dat heeft evenwel niet per definitie iets te maken met een schuldgradatie.

hem in de regel omtrent de strekking van de wet kan voorlichten zonder dat dit moeite en dus kosten behoeft mede te brengen van de orde van grootte van die welke met een geding in drie instanties gepaard gaan” (zie par. 2.2).

Om een antwoord te geven op vraag waarom de afgelopen jaren tot op heden zo veel is stilgestaan bij de termen ‘opzet’ en ‘bewuste roekeloosheid’, kom ik nu terug bij mijn eerdergenoemde conclusie dat de term ‘ernstig verwijt’ een rationeel-grammaticale betekenis heeft die volgens de wetsgeschiedenis van art. 6:170 lid 3 BW, art. 7:661 BW en art. 2:138/248 BW in wezen hetzelfde is als de termen ‘grove schuld’ en ‘opzet of bewuste roekeloosheid’. Terwijl de wetgever deze laatste termen expliciet niet wilde toepassen bij de beoordeling van aansprakelijkheid van bestuurders, is de Hoge Raad de daaruit afgeleide term ‘ernstig verwijt’ in 1997 opnieuw gaan gebruiken. De term is in 2008 door de Hoge Raad bovendien ook nog ‘een hoge drempel voor aansprakelijkheid’ genoemd. Het is niet verwonderlijk dat men in het kader van de ernstigverwijtmaatstaf dus zo lang heeft stilgestaan bij de termen ‘opzet’ en ‘bewuste roekeloosheid’. Vergelijk ik dan appels met peren door de wetsgeschiedenis van art. 6:170 lid 3 BW, art. 7:661 BW respectievelijk art. 2:138/248 BW in onderlinge samenhang te lezen? Ik meen van niet. De taal van het recht reikt verder dan de grenzen van een Boek uit ons Burgerlijk Wetboek. Uit de hiervoor weergegeven literatuur en rechtspraak blijkt dat gedurende lange tijd discussie heeft bestaan over de betekenis van de ernstigverwijtmaatstaf en dat deze discussie in 2016 nog werd gevoerd. Die discussie is gevoerd langs de lijnen van de schuldgradaties ‘opzet’ en ‘bewuste roekeloosheid’. Dat laat zich verklaren door de oorsprong van de term ‘ernstig verwijt’ uit het arbeidsrecht en het feit dat deze term in de juridische taalgemeenschap⁷² (de institutionele beroepstaal) nog steeds een betekenis wordt toegedicht die men kennelijk niet los kan zien van een bepaalde schuldgradatie, terwijl een schuldgradatie juist geen rol speelt bij art. 2:9 BW (zie par. 3.8). De discussie is ontstaan door een onnodig, onjuist en ten onrechte niet-toegelicht gebruik van de term ‘ernstig verwijt’, die door de Hoge Raad bovendien is omschreven als een hoge drempel voor aansprakelijkheid, terwijl die term geen plaats behoort te hebben in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Deze discussie is volgens mij dan ook niet nodig geweest.

Nadat Bakels uiteenzette dat de Hoge Raad soms meer inzicht in zijn achterliggende overwegingen zou kunnen geven, schreef hij:

72. Vgl. Fleuren 2015, p. 575.

“Als zelfs de vleugelslag van een vlinder in het Amazonegebied ergens anders tot een orkaan kan leiden, al gebeurt dat meestal niet, geldt eens te meer binnen het recht als samenhangend, regelgebonden systeem dat een nieuwe regel of een nuancering van een bestaande regel grote, en niet steeds voorzienbare gevolgen kan hebben.”⁷³

De niet nader toegelichte introductie van de term ‘ernstig verwijt’ heeft naar mijn mening in de rechtsontwikkeling geleid tot deze ‘grote, en niet steeds voorzienbare gevolgen’. De oorzaak daarvan is naar mijn mening gelegen in het feit dat voornoemde introductie op basis van een grammaticaal-wetshistorische analyse niet te rechtvaardigen is.

5.3 Wetsystematische en wets- en rechtshistorische analyse

5.3.1 *Behoorlijke taakvervulling behelst blijkens wetsgeschiedenis een objectieve toets terwijl ernstig verwijt in de oorspronkelijke betekenis een subjectieve toets behelst*

Zoals hiervoor in par. 3.7.7 uiteengezet, is de toets of sprake is van een behoorlijke taakvervulling een *objectieve* toets die is gebaseerd op art. 2:9 BW. De daarin ex art. 2:25 BW dwingendrechtelijk vastgelegde wettelijke (en niet contractuele) verplichting *inhoudelijk* en *collegiaal* (zie par. 3.6.3) behoorlijk te besturen, geldt op eenzelfde wijze voor iedere bestuurder, zonder onderscheid des persoon. Ook een ‘onbenul’ – om in de woorden van Van Schilfgaarde⁷⁴ te spreken (zie par. 4.3) – heeft zich aan deze wettelijke verplichting te houden, onafhankelijk van de vraag wat (al dan niet eveneens ‘onbenullige’) aandeelhouders met hem hebben afgesproken.⁷⁵

73. Bakels 2015, p. 937 en 938.

74. Van Schilfgaarde 1987, p. 273-274.

75. Dit dragende argument in het betoog van Van Schilfgaarde zal thans nog door weinigen verdedigd worden. Het door Van Schilfgaarde ingenomen standpunt dat relevant zou zijn wat de aandeelhouders bij de benoeming van de bestuurder met de bestuurder hebben afgesproken, gaat overigens ook voorbij aan het feit dat art. 2:9 BW niet alleen geldt voor bestuurders die worden benoemd door aandeelhouders, maar ook voor bestuurders die worden benoemd door commissarissen of door preferente aandeelhouders van kapitaalvennootschappen en voor bestuurders van andere rechtspersonen (zoals verenigingen of stichtingen) die bijvoorbeeld door op afstand staande leden of door middel van coöptatie worden benoemd. Het standpunt gaat voorts voorbij aan het gegeven dat aandeelhouders wisselen, zeker bij beursvennootschappen. Daarmee hangt natuurlijk samen dat de bij de ‘benoemende’ aandeelhouders (veronderstelde) bekendheid met onkunde of afwezigheid van bepaalde kwaliteiten bij een bestuurder niet kunnen worden tegengeworpen aan opvolgende aandeelhouders. Dit zou ook niet rijmen met de jurisprudentie die betrekking heeft op de objectieve taalkundige uitleg van een overeenkomst, die in beginsel wordt voorgeschreven bij de uitleg van een regeling die naar haar aard bestemd is (mede) de rechtspositie ten opzichte van derden te beïnvloeden (de cao-norm, zie: HR 23 maart 2001, *NJ* 2003, 715

De toets of in het arbeidsrecht sprake was van een ernstig verwijt (althans nu: van opzet of bewuste roekeloosheid), is daarentegen een *subjectieve* toets die per werknemer verschillend kan uitpakken en die duidt op het bewustzijn van de werknemer.⁷⁶ Dit blijkt uit de jurisprudentie die is gewezen nadat in 1997 de term ‘grove schuld’ in art. 7:658 BW is vervangen door de term ‘opzet of bewuste roekeloosheid’, welke term inmiddels ook werd gehanteerd in het in 1992 ingevoerde art. 7:661 BW en art. 6:170 BW (zie par. 5.2.2). Zo is voor bewust roekeloos handelen vereist dat de werknemer zich onmiddellijk voorafgaand aan het schade toebrengende feit daadwerkelijk bewust was van het roekeloze karakter van zijn gedraging.⁷⁷ Zo mag de aanwezigheid van ernstige verwijtbaarheid althans opzet of bewuste roekeloosheid door een rechter niet bij voorbaat worden aangenomen dan op goede, in de motivering tot uiting te brengen gronden.⁷⁸ Overigens wordt deze subjectieve toets wel enigszins geobjectieerd in de jurisprudentie: het gaat erom dat uit het gestelde en bewezen gedrag van de werknemer naar objectieve maatstaven kan worden afgeleid dat het bedoelde bewustzijn aanwezig was.⁷⁹ Mede gelet op deze subjectieve toets, is het in het arbeidsrecht logisch gebruik te maken van de termen ‘ernstig verwijt’ en ‘opzet of bewuste roekeloosheid’.

Anders dan bij de bestuurder, geldt bij de werknemer dat hij beschermd wordt tegen zijn eigen onbenulligheid omdat de wettelijke term ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ (ten tijde van het *Debrot*-arrest: ‘grove schuld’) juist een subjectief karakter heeft. De ernstigverwijtmaatstaf uit het *Debrot*-arrest is gebaseerd op een *subjectieve* toets, waarbij rekening wordt gehouden met de *persoon* zelf. Dit wordt overigens in de literatuur algemeen onderkend:

m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ofasec/NTM*); HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 439 m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*) en HR 27 februari 2004, *NJ* 2005, 498 (*Vereniging van Brandassura-deuren*). De vennootschapsrechtelijke betrekking op grond van art. 2:9 BW tussen een bestuurder en de rechtspersoon is, uitgaande van de wettelijk niet uit te sluiten overdraagbaarheid van aandelen, per definitie een rechtsbetrekking die in zekere zin (althans op grond van de redelijkheid en billijkheid ex art. 2:8 BW) de rechtspositie ten opzichte van derden beïnvloedt.

76. Strik 2010, p. 21.

77. HR 14 oktober 2005, *NJ* 2005, 539 (*City Tax/De Boer*). Zie ook: HR 10 mei 1996, *NJ* 1996, 669 m.nt. P.A. Stein (*Roebbers/Van de Ven*).

78. HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 440 m.nt. P.A. Stein (*Godfried/Tribulet*) waarin ernstige verwijtbaarheid gelijk wordt getrokken met opzet of bewuste roekeloosheid.

79. HR 2 december 2005, *JAR* 2006/15 (*Dieteren/Express Transport*), r.o. 3.4.2.

*“De grondslagen voor bestuurdersaansprakelijkheid vereisen – anders dan art. 7:661 BW – niet de aanwezigheid van enige vorm van subjectieve kwade trouw, bijvoorbeeld in de vorm van opzet of bewuste roekeloosheid. Ook wordt bij die grondslagen niet kenbaar uitgegaan van de persoonlijke kwaliteiten van een bestuurder.”*⁸⁰

De bescherming van de werknemer is overigens na het *Debrot*-arrest in 1992 op verschillende plaatsen in het huidige BW gecodificeerd, zoals in art. 6:170 lid 3 BW en art. 7A:1639da BW 7:661 BW (thans art. 7:661 BW). Zie daarover par 5.2.2.⁸¹ Indien de wetgever had beoogd diezelfde bescherming aan de bestuurder te bieden, dan zou aangenomen mogen worden dat de wetgever bij de invoering van het huidige BW in 1992, dus toen art. 2:8 BW werd vernummerd naar art. 2:9 BW en slechts minimaal werd gewijzigd (zie par. 3.2), diezelfde bescherming ook expliciet in art. 2:9 BW had opgenomen. Dat is niet gebeurd, terwijl de wetgever ruim vóór de (vernummering en) wijziging van art. 2:9 BW in 1992 bewust was van het gegeven dat een bestuurder moet kunnen ondernemen, beleidsruimte moet hebben en dat zijn handelen moet worden beoordeeld naar het moment van handelen waarbij rekening wordt gehouden met het gevaar van hindsight bias. Dit blijkt uit de reeds sinds 1981 bestaande wetsgeschiedenis van art. 2:138/248 BW.⁸²

Uit het voorgaande volgt dat de aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de rechtspersoon relatief sneller zal ontstaan dan de aansprakelijkheid van de werknemer jegens de werkgever. Dat is ook logisch. Hem is namelijk het besturen van de rechtspersoon toevertrouwd en de bestuurder heeft die verantwoordelijkheid aanvaard: hij dient ‘*behoorlijk te besturen*’. Op het gebied van externe bestuurdersaansprakelijkheid komt de geobjectiveerde toets met de ‘snellere’ aansprakelijkheid duidelijk naar voren in het *Beklamel*-arrest.⁸³ Uit dat arrest volgt dat de bestuurder wordt geacht over een bepaalde mate van geobjectiveerde wetenschap te beschikken (‘wist of moet hebben geweten’) terwijl die geobjectiveerde wetenschap niet per definitie voor een werknemer geldt.

Gelet op het bovenstaande moet geconcludeerd worden dat vanuit wets- en rechtshistorisch oogpunt geen rechtvaardiging te vinden is de toets om te beoordelen of sprake is van onbehoorlijke taakvervulling van een bestuurder met

80. Assink, Bröring, Timmerman & De Valk 2011, p. 31, die mede onder verwijzing naar HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 6 en *JOR* 2000/11 m.nt. C.H. Jansen (*Prickartz/M*) – mijns inziens gelet op de wetsgeschiedenis ten onrechte – stellen dat een verschil bestaat tussen de (taalkundige) betekenis van de term ‘ernstig verwijt’ enerzijds en de betekenis van de term ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ anderzijds.

81. Art. 7A:1638x BW (thans 7:658 BW) bevatte toen al een bescherming voor de werknemer.

82. *Kamerstukken II* 1981/82, 16 631, nr. 5 (Voorlopig Verslag), p. 11 en *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 3-4, 14, 20-21.

83. HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Beklamel*).

een analogie-redenering gelijk te trekken met de toets of een werknemer jegens de werkgever aansprakelijk is. De bestuurder en de werknemer zijn nu eenmaal als zodanig niet gelijk te trekken.

5.3.2 *Onbehoorlijke taakvervulling houdt rekening met beleidsruimte in het licht van maatman-bestuurder*

Vooropgesteld zij dat begrijpelijk is dat de literatuur in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw en de Hoge Raad in 1997 naar een maatstaf zochten die ruimte gaf voor de beleidsruimte die een bestuurder toekomt in de uitoefening van zijn functie. Het betoog van Van Schilfgaarde (zie par. 4.3) was in de tijdsgeest van toen ook te begrijpen. Bestuurdersaansprakelijkheid was in die tijd een nog niet ontwikkeld leerstuk en er bestond een schaarste aan jurisprudentie.⁸⁴ Illustratief in dat verband is dat Van der Grinten, zoals in de inleiding van dit proefschrift reeds aangehaald, in 1982 nog schreef:

“In de praktijk van het rechtsleven speelt de juridische aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen niet een rol van betekenis. Het komt uiterst zelden voor dat een bestuurder of commissaris in rechte wordt aangesproken op grond dat hij tekort zou zijn geschoten in zijn taakvervulling (...). vorderingen tegen bestuurders en commissarissen [komen] uiterst zelden [voor].”⁸⁵

Dat het betoog van Van Schilfgaarde, dat heeft geleid tot de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf uit het arbeidsrecht in het ondernemingsrecht, door velen werd gevolgd wekt daarom geen verbazing.

Uit de in par. 3.7.1 t/m 3.7.4 uiteengezette wetsgeschiedenis blijkt dat ook de wetgever worstelde met de toets die moest worden toegepast door de rechter bij de beoordeling van de taakvervulling door het bestuur. Toch blijkt uit de gehele wets- en rechtsgeschiedenis dat de wetgever duidelijk heeft willen maken dat de vraag of sprake is van onbehoorlijke taakvervulling op basis van de concrete omstandigheden van het geval beoordeeld dient te worden, rekening houdend met het gevaar van hindsight bias en waarbij de bestuurder beleidsruimte heeft (zie meer specifiek par. 3.7.6 t/m 3.7.8). Stel dat de bestuurder binnen zijn beleidsruimte heeft gehandeld⁸⁶ (i) zoals “een goed bestuurder betaamt”, (ii) “volgens redelijke eischen van inzicht, zorgvuldigheid en toewijding”, (iii) “zoals men in de gegeven omstandigheden van een goed bestuurder mag verwachten”,⁸⁷ en (iv) zoals “een bestuurder die instaat

84. Blanco Fernández 1993, p. 179.

85. Van der Grinten 1982, p. 201.

86. Binnen welke beleidsruimte ook geldt: ‘Waar gehakt wordt, vallen spaanders’.

87. De citaten zijn allemaal afkomstig van Kist & Visser 1929, p. 236.

voor zijn kwaliteiten als zodanig”,⁸⁸ dan treft de bestuurder, die hiermee aan de hand van de objectieve maatman-bestuurder wordt getoetst, van oudsher geen enkel (gewoon) verwijt van onbehoorlijke taakvervulling.

In het arrest *Willemsen/NOM*⁸⁹ heeft de Hoge Raad een onderbouwing gegeven voor de introductie en het gebruik van de ernstigverwijtmaatstaf in *Staleman/Van de Ven* (zie par. 4.5.3). Deze onderbouwing luidt – kort gezegd – dat met de ernstigverwijtmaatstaf wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen. Anders gezegd, bestuurders moeten gebruik kunnen maken van hun beleidsruimte. In de literatuur wordt dan ook betoogd dat de ernstigverwijtmaatstaf recht doet aan de zwaarte van de bestuurstaak en dat de bestuurder een zekere beleidsruimte toekomt.⁹⁰ Onlangs betoogde Timmerman, onder verwijzing naar de ‘Bange Bestuurders’ van Kroeze,⁹¹ zelfs nog dat een meer terughoudend bestuurdersaansprakelijkheidsrecht, dat volgens Timmerman wordt vormgegeven door ernstigverwijtmaatstaf, een volstrekt legitieme rechtspolitieke keuze is van de Hoge Raad. Voor die keuze zouden voorts goede argumenten zijn aan te voeren, zoals het feit dat wij in Nederland graag ondernemerschap bevorderen. Het idee van de ernstigverwijtmaatstaf waarschuwt volgens Timmerman de rechter in feitelijke instantie om telkens met een zekere terughoudendheid in kwesties van bestuurdersaansprakelijkheid te oordelen⁹² (in par. 5.3.11 ga ik nader in op dit argument).

Uit de eerdergenoemde wetsgeschiedenis blijkt echter dat de behoorlijke taakvervullingsnorm van art. 2:9 BW reeds recht doet aan de zwaarte van de bestuurstaak en aan het feit dat (i) de bestuurder beleidsruimte heeft, (ii) de bestuurder moet kunnen ondernemen en (iii) de rechter niet op de stoel van de ondernemer moet plaatsnemen. Het door Timmerman genoemde effect van de ernstigverwijtmaatstaf inhoudende dat de aansprakelijkheidsdrempel in vergelijking met hetgeen in het gewone civiele recht geldt voor de bestuurder ‘verhoogd wordt’,⁹³ (zie par. 4.4.1), is dus al een effect van de betekenis van onbehoorlijke taakvervulling zoals blijkt uit de wetsgeschiedenis. Als het bestuur geen verwijt van onbehoorlijke taakvervulling kan worden gemaakt, komt de rechter in het geheel niet toe aan de individuele aansprakelijkheid van bestuurders en de mogelijkheid van bestuurders zich te disculperen. Anders

88. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 19.

89. HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (*Willemsen/NOM*), r.o. 5.3.

90. Zie bijvoorbeeld: Wezeman 1998, p. 68 en Timmerman 2009b, p. 481 e.v.

91. Kroeze 2005, p. 4.

92. Timmerman 2016, par. 3.

93. De term ‘verhoogd’ is zonder referentiekader (verhoogd ten opzichte van wat?) mijns inziens niet duidelijk. De vergelijking met het ‘gewone civiele recht’ acht ik in dit verband te abstract.

gezegd, de ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’ (zou men deze terminologie willen hanteren, want hoog ten opzichte van wat?) ligt al besloten in de vraag of sprake is van schending van de behoorlijke taakvervullingsnorm door één der bestuurders, leidende tot in beginsel (behoudens disculpatie) collectieve aansprakelijkheid van alle bestuurders. Daarvoor is de door de Hoge Raad geformuleerde ernstigverwijtmaatstaf niet nodig. Het lijkt wets- en rechtshistorisch niet logisch bij de (vervolg)vraag naar de individuele aansprakelijkheid van andere bestuurders opnieuw een ‘hoge drempel van aansprakelijkheid’ te hanteren, welke wordt onderbouwd met argumenten die reeds zijn meegenomen bij de vraag of sprake is geweest van onbehoorlijke taakvervulling van die ene bestuurder. De in de literatuur en in het *Willemssen/NOM*-arrest gegeven rechtvaardiging voor de ernstigverwijtmaatstaf lijkt gelet op het bovenstaande vanuit wets- en rechtshistorisch oogpunt niet goed te verdedigen.

5.3.3 *Het onderscheid tussen verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid, respectievelijk de inspannings- en de resultaatsverbintenis*

Uit het betoog van Eykman en Van Schilfgaarde (zie par. 4.3) blijkt dat een belangrijk argument om de ernstigverwijtmaatstaf te hanteren, werd gevonden in het onderscheid dat zij ten aanzien van bestuurders hebben gemaakt tussen hun verantwoordelijkheid en hun aansprakelijkheid ten opzichte van de rechtspersoon. Verantwoordelijkheid zou nog niet per definitie aansprakelijkheid met zich brengen. De verantwoordelijkheid van de bestuurder is op grond van art. 2:9 BW aan te merken als een inspanningsverbintenis (en niet een resultaatsverbintenis), net zoals dat het geval is voor de verplichtingen van de werknemer. Het gemaakte onderscheid tussen verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid is later in de literatuur herhaald in vervolg op het betoog van Van Schilfgaarde.⁹⁴ In die literatuur werd kort gezegd betoogd dat de term ‘behoorlijke taakvervulling’ van art. 2:9 lid 1 BW ziet op de *verantwoordelijkheid* van de bestuurder om zijn taak behoorlijk te vervullen, maar dat het tekortschieten in die verantwoordelijkheid nog niet tot onbehoorlijk bestuur ex art. 2:9 lid 2 BW en dus tot *aansprakelijkheid* leidt. Dit onderscheid tussen verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid is door de Minister in de memorie van toelichting bij het huidige art. 2:9 BW overgenomen waar de Minister opmerkte dat in het rechtspersonenrecht van oudsher onderscheid wordt

94. Zie bijvoorbeeld: Asser/Maeijer 2-III 2000/320; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/439; Kroeze, Timmerman & Wezeman 2007, p. 145 e.v.; Wezeman 2010, p. 96; Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 89 e.v. en 101 e.v.; Knigge & Van der Veen 2013, p. 37 haakten ook aan op dit onderscheid ter toelichting op de uitleg van de Minister over de verhouding tussen de mogelijkheid van het verdelen van taken en de mogelijkheid van disculpatie.

gemaakt tussen gezamenlijke verantwoordelijkheid en individuele aansprakelijkheid en dat verantwoordelijkheid de opmaat voor de regeling van de aansprakelijkheid vormt.⁹⁵ Een toelichting op dit onderscheid gaf de Minister echter niet en evenmin is het onderscheid elders in de parlementaire geschiedenis toegelicht. Het louter benoemen van dit onderscheid, lijkt te zijn gebaseerd op de doctrine die door Eykman en Van Schilfgaarde is geïnitieerd. De koppeling van ‘verantwoordelijkheid’ aan een resultaatsverbintenis en ‘aansprakelijkheid’ aan een ‘inspanningsverbintenis’ komt in de latere literatuur en in de parlementaire geschiedenis ook niet expliciet terug. Dit terwijl het juist deze koppeling is geweest die ten grondslag heeft gelegen aan de gedachte dat verantwoordelijkheid niet per definitie aansprakelijkheid met zich brengt. Mijn visie hierop luidt als volgt.⁹⁶

Het systeem van Boek 2 en het daarin vervatte aansprakelijkheidsregime voor bestuurders kent geen onderscheid tussen verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid,⁹⁷ noch een koppeling van ‘verantwoordelijkheid’ aan een resultaatsverbintenis en ‘aansprakelijkheid’ aan een ‘inspanningsverbintenis’. Ook Boek 6 BW, op grond waarvan de aansprakelijkheid voor een tekortkoming in de nakoming van (inspannings- en resultaats)verbintenissen moet worden beoordeeld, kent dit onderscheid en deze koppeling niet. De wet en de op basis van het verbintenissenrecht aangegane (inspannings- en resultaats)verbintenissen leiden tot gedragsnormen (verantwoordelijkheid), die rechtssubjecten dienen na te leven, en verbinden consequenties aan de niet naleving daarvan (aansprakelijkheid), tenzij de wet anders bepaalt. De wet kan daarnaast aansprakelijkheid vestigen als het aansprakelijke rechtssubject persoonlijk geen enkele gedragsnorm heeft geschonden, zoals het geval is bij kwalitatieve aansprakelijkheid.

95. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 8.

96. Zie ook: Westenbroek 2016c.

97. Ik ben het dan ook eens met Huizink 2011, p. 9 waarin hij in zijn kritiek op het huidige art. 2:9 BW schrijft: “*De MvT ziet verantwoordelijkheid als opmaat voor aansprakelijkheid. Ik denk dat dat laatste op zichzelf juist is. De vraag is evenwel of zulks in de wettekst moet worden opgenomen. Ik zou menen van niet. De in de wettekst opgenomen verantwoordelijkheid doet denken aan wat in het paradigma van Tjong Tjin Tai “zorgplicht” wordt genoemd. Een abstracte notie welke vervolgens geconcretiseerd dient te worden in bepaalde zorgverplichtingen. Schending van die zorgverplichtingen kan leiden tot aansprakelijkheid (een tekortschieten in de taakvervulling). Daarmee is tevens een zorgplicht geschonden. Of ruimer, en tegen de achtergrond van het voorgestelde art. 2:9 BW: daarmee heeft het bestuur en hebben de bestuurders “hun verantwoordelijkheid niet genomen”. Ik denk dat dat laatste weinig toevoegt. In het positieve recht houden we ons niet in de eerste plaats bezig met verantwoordelijkheid maar veeleer met rechten en verplichtingen. En met aansprakelijkheid. De volgende uitspraak is waar, maar hoort niet thuis in de wet: “De koper is verantwoordelijk voor betaling van de koopprijs en de verkoper is verantwoordelijk voor aflevering.”*”

Maeijer⁹⁸ merkte op dat de Franse term voor ‘verantwoordelijkheid’ en ‘aansprakelijkheid’ dezelfde is: *responsabilité*. De Nederlandse term ‘aansprakelijkheid’ in civielrechtelijke zin heeft volgens hem echter slechts de betekenis van het gehouden zijn tot schadevergoeding. De ‘civielrechtelijke zin’ van de term verantwoordelijkheid werd door Maeijer echter niet verder toegelicht. Naar mijn mening heeft die term ook geen civielrechtelijke zin. Daarmee is niet gezegd dat de term ‘verantwoordelijkheid’ geen duidelijke taalkundige betekenis heeft in het civiele recht (daaronder begrepen in Boek 2 BW). Dat heeft die namelijk wel. Zo zijn bestuurders van rechtspersonen ‘verantwoordelijk’ voor een behoorlijke taakvervulling op grond van art. 2:9 BW en zullen zij ‘verantwoording’ moeten afleggen aan de algemene vergadering van aandeelhouders.⁹⁹ Opdrachtnemers zijn verantwoordelijk voor het uitvoeren van de opdracht en zullen rekening en ‘verantwoording’ ex art. 7:403 BW moeten afleggen aan de opdrachtgever. Degene die op grond van de wet of overeenkomst ‘verantwoordelijk is’ voor het uitvoeren van een bepaalde taak of het nakomen van een (inspannings- of resultaats)verbintenis, is aansprakelijk indien hij tekortschiet in het vervullen van die taak of in het nakomen van die (inspannings- of resultaats)verbintenis.

De verantwoordelijkheid die men op zich neemt bij het aangaan van een inspanningsverbintenis is een andere en minder goed bepaalde verbintenis dan bij een resultaatsverbintenis. Zo is degene die een inspanningsverbintenis is aangegaan ‘verantwoordelijk’ voor de nakoming van die inspanning (in de taalkundige en causale betekenis van het woord), maar hij is niet ‘verantwoordelijk te houden’ (‘aansprakelijk’) indien een juiste nakoming van de inspanningsverbintenis niet leidt tot het gewenste resultaat. Tot zover kan ik overigens meegaan met de stelling dat verantwoordelijkheid geen aansprakelijkheid betekent. Dat is echter een logisch gevolg van de gedragsnorm die men op zich heeft genomen bij het aangaan van de inspanningsverbintenis. In andere woorden: het niet bereiken van een bepaald resultaat leidt niet tot verantwoordelijkheid (‘responsabilité’) in de zin dat de partij die de inspanningsverbintenis op zich heeft genomen aansprakelijk is (‘responsable’). Wat voor zijn aansprakelijkheid slechts relevant is, is de vraag of hij aan zijn inspanningsverbintenis heeft voldaan en hoe dat moet worden beoordeeld. Bij bestuurdersaansprakelijkheid dient dat te geschieden aan de hand van de objectieve maatstaf van de maatman-bestuurder.

Van der Vlis stelde in dit verband in 1994, in reactie op het betoog van Eykman en Van Schilfgaarde, dat voor inspanningsverbintenissen in zijn algemeenheid geldt dat de grenzen minder duidelijk liggen dan bij resultaatsverbintenissen

98. Asser/Maeijer 2-III 2000/320, herhaald in Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/439.

99. Kroeze, Timmerman & Wezeman 2007, p. 145.

het geval is, maar dat de wet geen onderscheid kent tussen beide en er in ieder geval geen aansprakelijkheidsbeperking aan verbindt. Die aansprakelijkheidsbeperking kan ook niet gebaseerd worden op het gegeven, zoals Van Schilf-gaarde stelde, dat de bestuurder allerlei handelingen zal dienen te verrichten die op voorhand nog niet goed bepaalbaar zijn. Voldoende bepaalbaar is namelijk (wel) of het bestuur naar algemeen aanvaarde maatstaven zijn taken behoorlijk heeft vervuld.¹⁰⁰

Op de bestuurder rust in mijn visie een *verantwoordelijkheid*, bestaande uit een inspanningsverbintenis om zijn taak behoorlijk te vervullen (gedragsnorm). Als de bestuurder daarin tekortschiet, is naar mijn mening sprake van ‘onbehoorlijke taakvervulling’ hetgeen dezelfde betekenis heeft als ‘onbehoorlijk bestuur’. Indien de rechtspersoon als gevolg van *die* onbehoorlijke taakvervulling (met het vereiste causaal verband) schade lijdt, dan is de bestuurder in mijn optiek *aansprakelijk* voor die schade op grond van art. 2:9 BW. Voor mijn stelling dat ‘onbehoorlijke taakvervulling’ en ‘onbehoorlijk bestuur’ dezelfde betekenis hebben ontleen ik steun aan het op 8 juni 2016 ingediende wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen.¹⁰¹ Daarin wordt in art. 2:9c lid 1 BW en art. 2:9c lid 3 BW ook van aansprakelijkheid voor onbehoorlijke taakvervulling gesproken (zie par. 3.2 en 3.3 hiervoor). Het verdient mijns inziens overigens de voorkeur – gelet op het eerder in par. 2.2 genoteerde belang van de taal voor het recht – om de termen gelijk te trekken en steeds uitsluitend van (on)behoorlijke taakvervulling te spreken (zie par. 3.7.1).

De vraag of de bestuurder zijn taak behoorlijk heeft vervuld (de gedragsnorm heeft nageleefd) dient te worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf van ‘redelijk handelend bestuurders’, zoals Eykman in 1986 overigens terecht constateerde. De reden dat een bestuurder ‘niet zomaar aansprakelijk is’,¹⁰² is gelegen in deze maatstaf en niet in de ernstigverwijtmaatstaf. De stelling van Huizink dat men zou moeten aannemen ‘dat niet elk falen van een bestuurder, niet elk tekortschieten in de bestuurstaak, waarvoor de bestuurder ten volle verantwoordelijk is, leidt tot aansprakelijkheid’,¹⁰³ maar dat daarvoor ‘een ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling’ dient te bestaan, lijkt mij derhalve onjuist. Hiermee wordt immers de suggestie gewekt dat de schending van de ‘verantwoordelijkheidsnorm’ in art. 2:9 BW om ‘behoorlijk te besturen’, die een inspanningsverbintenis met zich brengt, niet per se leidt tot aansprakelijkheid voor ‘onbehoorlijk bestuur’. Die suggestie ondergraaft art. 2:9 BW.

100. Van der Vlis 1994, par. 5.

101. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 2 (Voorstel van Wet).

102. Borrius 2012, par. 8.3.2.

103. Huizink *GS Rechtspersonen* 2016, art. 2:9 BW, aant. 5.1 en de daarin genoemde bronnen. Zie verder: Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/439.

Art. 2:9 BW bevat immers uitdrukkelijk een gedragsnorm én een door de wetgever vastgelegde beslissingsregel die door de rechter toegepast dient te worden (zie hoofdstuk 2). Het is daarbij vanzelfsprekend dat de wetgever, bij het vastleggen in de wet van gedragsnormen, beoogd heeft dat die gedragsnormen worden nageleefd bij gebreke waarvan een rechtsgevolg (in dit geval letterlijk: hoofdelijke aansprakelijkheid behoudens disculpatie) intreedt.

Er bestaan overigens talloze rechtsverhoudingen die binnen het economisch maatschappelijk verkeer over en weer inspanningsverbintenissen scheppen en geen resultaatsverbintenissen (zoals vaak bij beroepsbeoefenaars het geval is, zie hierna par. 5.3.4). Daar wordt het onderscheid tussen verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid, respectievelijk de koppeling van ‘verantwoordelijkheid’ aan een resultaatsverbintenis en ‘aansprakelijkheid’ aan een ‘inspanningsverbintenis’ niet gemaakt. Uiteraard bestaan wel wettelijke uitzonderingen op het uitgangspunt dat verantwoordelijkheid aansprakelijkheid met zich brengt. In Boek 7 is dat onderscheid bijvoorbeeld impliciet gemaakt doordat een werknemer de verantwoordelijkheid heeft zich als een goed werknemer te gedragen (zie art. 7:611 BW), terwijl hij bij een schending van die verantwoordelijkheid, die op een inspanningsverbintenis is gebaseerd, niet per definitie aansprakelijk is. Daarvoor moet de werknemer immers opzet of bewuste roekeloosheid kunnen worden verweten (zie art. 7:661 BW). De hogere drempel voor de aansprakelijkheid van de werknemer is dus gebaseerd op een wettelijke uitzondering op de hoofdregel. Het is specifiek deze *wettelijke* uitzondering op de hoofdregel geweest die in de literatuur in 1986 aan de basis heeft gelegen van de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht, terwijl de wetgever deze wettelijke uitzondering nimmer heeft gemaakt voor de bestuurder.

Het in de literatuur gemaakte onderscheid tussen verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid, respectievelijk een ‘inspanningsverbintenis’ en een ‘resultaatsverbintenis’ en de daarin gevonden rechtvaardiging voor het hanteren van de ernstigverwijtmaatstaf bij art. 2:9 BW, lijkt gelet op al het voorgaande wetsystematisch en rechtshistorisch niet goed te verdedigen.

5.3.4 *De analogie tussen de bestuurder en de beroepsbeoefenaar en de norm van art. 7:401 BW*

De door de bestuurder te leveren inspanningsverbintenis, die inhoudt dat hij zijn taak naar behoren moet verrichten, is in 1986 door Eykman vergeleken met de inspanningsverbintenis die geldt voor vrije beroepsbeoefenaars zoals advocaten en accountants.¹⁰⁴ Hij deed dit om te onderbouwen dat de op de

104. Eykman 1986, p. 90.

bestuurder rustende verplichting uit hoofde van art. 2:9 BW een inspanningsverbintenis betreft en dat bij de beoordeling van de vraag of hij daaraan heeft voldaan, rekening moet worden gehouden met een ruime marge. Omdat ook voor de werknemer een inspanningsverbintenis geldt zou, aldus Eykman (en Van Schilfgaarde), de ernstigverwijtmaatstaf ook gelden voor de bestuurder.

Eykman en Van Schilfgaarde hadden de analogie beter kunnen doortrekken met de beroepsbeoefenaar in plaats van met de werknemer. Die analogie is namelijk goed omdat (i) de beroepsbeoefenaar veelal in een opdracht- en/of lastgevingsrelatie zal staan ten opzichte van degene aan wie hij zijn diensten verleent (waardoor de regels van art. 7:400 BW e.v. gelden) en (ii) van oudsher wordt aangenomen dat de relatie tussen de bestuurder en de rechtspersoon eveneens als zodanig kan worden aangemerkt.¹⁰⁵ De verhouding tussen de bestuurder en de rechtspersoon wordt vaak ook daadwerkelijk vorm gegeven door een overeenkomst van opdracht.¹⁰⁶

Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is de maatstaf die wordt aangelegd bij de beoordeling van de vraag of de beroepsbeoefenaar aansprakelijk is voor een tekortkoming in de uitvoering van de opdracht ex art. 7:401 BW, ‘of de opdrachtnemer heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot te werk zou zijn gegaan’. Wat dat concreet inhoudt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.¹⁰⁷ In tal van arresten heeft de Hoge Raad zich daarover uitgelaten voor verschillende soorten opdrachtnemers, zoals artsen, notarissen, belastingadviseurs, accountants en assurantietussenpersonen.¹⁰⁸ Heeft de opdrachtnemer niet gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot te werk zou zijn gegaan, dan komt hij tekort in de nakoming van de overeenkomst van opdracht en is hij aansprakelijk ex art. 6:74 BW. De maatstaf die de Hoge Raad hier heeft aangelegd, heeft grote gelijkenis met de objectieve maatstaf die van oudsher moet worden toegepast bij de beoordeling van aansprakelijkheid van een

105. Zie bijvoorbeeld reeds: Kist & Visser 1914, p. 511. Zie voorts Westenbroek 2016c.

106. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/195.

107. Zie bijvoorbeeld: HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26 en HR 9 juni 2000, *NJ* 2000, 460.

108. Vgl. onder meer: HR 24 september 1993, *NJ* 1994, 227 m.nt. H.E. Ras (commissionair); HR 29 mei 1998, *NJ* 1999, 287 m.nt. W.M. Kleijn, HR 20 december 2002, *NJ* 2003, 325 m.nt. W.M. Kleijn, HR 10 januari 2003, *NJ* 2003, 537 m.nt. W.M. Kleijn, HR 13 januari 2006, *NJ* 2006, 59 en HR 14 december 2007, *NJ* 2008, 8 (notaris); HR 4 september 1998, *NJ* 1998, 828 (belastingconsulent en bedrijfsadviseur); HR 2 februari 2001, *NJ* 2002, 379 m.nt. H.J. Snijders (belastingadviseur/accountant); HR 7 april 2006, *NJ* 2006, 245 (belastingadviseur); HR 7 maart 2003, *NJ* 2003, 302 (advocaat); HR 10 januari 2003, *NJ* 2003, 375 m.nt. M.M. Mendel, HR 1 december 2006, *NJ* 2006, 657 (assurantietussenpersoon); HR 23 mei 1997, *NJ* 1998, 192 m.nt. C.J. van Zeben, HR 23 maart 2007, *NJ* 2007, 333 m.nt. M.R. Mok, HR 5 juni 2009, *NJ* 2012, 183 m.nt. J.B.M. Franken (bank); HR 12 juli 2002, *NJ* 2003, 151 m.nt. F.C.B. van Wijmen (arts).

bestuurder ex art. 2:9 BW, zoals dat blijkt uit de wetsgeschiedenis en de literatuur (ook van vóór *Staleman/Van de Ven*) (zie par. 3.7.4 en par. 3.7.7).

Als we kijken naar hetgeen ik hiervoor in par. 5.3.3 heb uiteengezet over de inspanningsverbintenis en de resultaatsverbintenis, dan is hier nog relevant op te merken dat ook op beroepsbeoefenaars vaak een inspanningsverbintenis en niet een resultaatsverbintenis rust. Op een advocaat rust een inspanningsverbintenis met de daarmee gepaard gaande verantwoordelijkheid de belangen van zijn cliënt zo goed mogelijk te behartigen. De advocaat zal in de regel niet het resultaat garanderen dat hij een zaak zal winnen. Op een arts rust een inspanningsverbintenis met de daarmee gepaard gaande verantwoordelijkheid zijn patiënt naar beste kunnen te behandelen. Hij zal evenmin (kunnen) garanderen iedere patiënt te genezen. En zo zijn er nog talloze andere voorbeelden. Het feit dat een advocaat – in overleg met zijn cliënt – op basis van zijn inzicht en ervaring een bepaalde strategie kiest, die achteraf gezien verkeerd is uitgekapt, maakt die advocaat niet aansprakelijk zolang hij heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot te werk zou zijn gegaan. De ‘bescherming’ van de advocaat tegen ‘te snelle’ aansprakelijkheid ligt niet in een ernstigverwijtmaatstaf, maar in de objectieve toets die ligt besloten in de door de Hoge Raad vastgestelde toetsingsmaatstaf of de advocaat ‘heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot te werk zou zijn gegaan.’ Dat deze ‘bescherming’ van de advocaat niet ligt in de ernstigverwijtmaatstaf (of beter: dat de advocaat zich niet achter een ernstigverwijtmaatstaf kan verschuilen), werd onlangs overigens nog bevestigd door de Hoge Raad.¹⁰⁹ Heeft een beroepsbeoefenaar de objectieve norm geschonden, dan heeft hij niet voldaan aan zijn inspanningsverbintenis en dan is de vanzelfsprekende gevolgtrekking dat hij is tekortgekomen en dat hij (op grond van art. 6:74 BW jo. 7:401 BW) aansprakelijk is. Er bestaat voor beroepsbeoefenaars geen verhoogde drempel voor aansprakelijkheid in de vorm van de ernstigverwijtmaatstaf (zie hierover ook par. 10.5.5).

Zowel op de bestuurder als op de beroepsbeoefenaar rust een inspanningsverbintenis. De objectieve toets die van oudsher toegepast dient te worden bij de aansprakelijkheid van de bestuurder ex art. 2:9 BW, komt overeen met de objectieve toets die op grond van art. 7:401 BW dient te worden toegepast bij de aansprakelijkheid van een beroepsbeoefenaar. Beiden dienen in te staan voor hun kwaliteiten. De rechtsverhouding tussen de bestuurder en de rechtspersoon kan voorts, net zoals de rechtsverhouding tussen de beroepsbeoefenaar en de opdrachtgever, worden aangeduid als een lastgevings- of opdrachtrelatie. Het zijn van een bestuurder van een rechtspersoon kan als het ware als een beroep worden aangemerkt. Een bestuurder is een professional:

109. HR 18 september 2015, *NJ* 2016, 66 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2015/289 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Breeweg/Wijnkamp*).

“de rechter moet aan de hand van de feiten achterhalen waaraan de bestuurder als vakman moet voldoen op het gebied van kennis en vaardigheden en vervolgens toetsen wat een redelijk bestuurder onder vergelijkbare omstandigheden redelijkerwijs had moeten doen of nalaten: deze norm wordt gebruikt voor alle professionals als algemene globale maatstaf: de zorgplicht van de redelijke bekwame en redelijk handelend professional.”¹¹⁰

De bestuurder van een rechtspersoon is naar mijn mening dus gelijk te trekken met een beroepsbeoefenaar. Hij dient het beroep van bestuurder als ‘professional’ uit te oefenen en zijn handelen dient dan ook als een ‘professional’ beoordeeld te worden. Gelet op de overeenkomsten tussen de bestuurder en de beroepsbeoefenaar lijkt de ernstigverwijtmaatstaf wetsystematisch niet goed te rechtvaardigen bij de beoordeling voor interne bestuurdersaansprakelijkheid. De maatstaf wijkt af van de toets die wordt aangelegd bij art. 7:401 BW, terwijl een logische redenering zou zijn om de toets van art. 2:9 BW daarmee gelijk te trekken. Daar geeft de wetsgeschiedenis en literatuur aanleiding voor.

5.3.5 *Rechtsgrond voor aansprakelijkheid: art. 2:9 BW derogeert aan arbeidsrechtelijke verhouding*

Eykman en Van Schilfgaarde hebben – vermoedelijk naar analogie van de in het *Debrot*-arrest gekozen benadering – naar voren gebracht dat art. 2:9 BW niet als zelfstandige rechtsgrond voor de aansprakelijkheid van bestuurders kan fungeren, maar dat Boek 6 BW bepalend blijft (zie par. 4.3).¹¹¹ Dit was niet onbegrijpelijk als men weet dat ten tijde van het wijzen van het *Debrot*-arrest nog geen wettelijke bepaling bestond die betrekking had op de aansprakelijkheid van de werknemer voor schade die de werkgever lijdt als gevolg van het handelen of nalaten van de werknemer (zie par. 4.2). Mede in het licht van art. 7A:1639 BW (oud) en art. 7A:1638x BW (oud), is in het *Debrot*-arrest

110. A. Hammerstein, ‘Inleiding op het Symposium Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht’, in: B.F. Assink e.a. (red.), *Verslag van Symposium gehouden op 27 oktober 2010, georganiseerd door het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen/Erasmus Universiteit Rotterdam*, Deventer: Kluwer 2011, p. 109 die evenwel schrijft dat we behoefte hebben aan begrippen als kennelijk onbehoorlijk en ernstig verwijt om aan te geven wanneer de grijze zone is gepasseerd. Ik constateer echter dat die begrippen niet nodig worden geacht in het kader van art. 7:401 BW, zodat niet is in te zien waarom we die wel nodig hebben in Boek 2 BW.

111. Mogelijk steunt deze gedachte op Kist & Visser 1914, p. 519, die schreven: “*Tegenover de naamloze vennootschap zijn de bestuurders over het algemeen aansprakelijk voor de behoorlijke vervulling van hun taak. Schade aan haar veroorzaakt door opzettelijke benadeling, nalatigheid of handelingen in strijd met wet, statuten of industrie, behooren zij aan haar te vergoeden; het is de gewone contractuele aansprakelijkheid, welke op ieder rust tegenover een ander, die van zijn diensten, tot welken arbeid ook, gebruikmaakt.*”

de heersende gedachte tot stand gekomen dat die aansprakelijkheid niet zomaar kan ontstaan en dat is tot uitdrukking gebracht met de ernstigverwijtmaatstaf. De rechtsgrond voor deze werknemersaansprakelijkheid was toen nog art. 6:74 BW (oud).

Het betoog van Eykman en Van Schilfgaarde werd, zoals gezegd, in 1986 gevoerd, kort voor de totstandkoming in 1987 van de hiervoor in par. 5.2.2 behandelde wetsgeschiedenis, die onder verwijzing naar het hiervoor geciteerde art. 6.3.2.2 lid 3 BW (thans art. 6:170 lid 3 BW), heeft geleid tot de invoering van art. 7A:1639da BW (oud) (thans art. 7:661 BW). Blijkens die wetsgeschiedenis heeft de wetgever ervoor gekozen de in rechtspraak tot stand gekomen term ‘ernstig verwijt’, welke was gebaseerd op de wettelijke term ‘grove schuld’ niet over te nemen en daarvoor in de plaats de term ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ te hanteren (zie par. 5.2.2). Van Schilfgaarde ging toen nog (ten onrechte)¹¹² ervan uit dat het *Debrot*-arrest en het ernstig verwijt-criterium voor de werknemer binnen het nieuwe Burgerlijk Wetboek, het huidige BW, zijn gelding zou houden binnen de toepassing van art. 6:74 BW.¹¹³

De gedachte dat de algemene bepalingen van het verbintenissenrecht een grondslag vormen voor de aansprakelijkheid van de werknemer jegens de werkgever, is ook van belang geweest bij de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf vanuit het arbeidsrecht in het rechtspersonenrecht. Aan die introductie lag – door de analogie die werd gemaakt tussen de bestuurder en de werknemer – eveneens de gedachte ten grondslag dat de interne aansprakelijkheid van de bestuurder gebaseerd was op de algemene bepalingen van het verbintenissenrecht. Volgens Van Schilfgaarde ging het immers – naar analogie van het *Debrot*-arrest – om een redelijke uitleg van de (inspanningsverbintenis in de) overeenkomst tussen de bestuurder en de rechtspersoon en bracht die uitleg met zich dat de bestuurder, indien hij fouten maakt, niet aansprakelijk is, tenzij hem – in de woorden van de Hoge Raad – een ernstig verwijt treft.

Hierdoor heeft gedurende enige tijd de gedachte bestaan dat de grondslag voor aansprakelijkheid van een bestuurder jegens de rechtspersoon in het verbintenissenrecht diende te worden gevonden (ook Maeijer en Dortmund verwezen in 1994 nog naar art. 6:74 BW en 6:75 BW en Maeijer had het in 2000 nog over de contractuele verhouding die door art. 2:9 BW wordt uitgewerkt,

112. De wetgever wilde de uitzonderlijke positie van de werknemer en de rechtsgrond voor zijn aansprakelijkheid juist expliciet vastleggen in een separate bepaling om het risico te voorkomen dat de rechter de ‘gewone’ regels van art. 6:74 BW zou toepassen (zie par. 5.3.1).

113. Van Schilfgaarde 1986, p. 17 en Van Schilfgaarde 1987, p. 267-282.

zie par. 4.3). Het Hof 's-Hertogenbosch – dat kennelijk de noodzaak voelde de aandacht te vestigen op art. 2:9 BW – overwoog in 1992 dan ook treffend dat de interne aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover de rechtspersoon:

*“niet uitsluitend haar grondslag vindt in wanprestatie of onrechtmatige daad maar moet worden beoordeeld aan de hand van het bepaalde in art. 2:9 BW in samenhang met art. 2:8 BW en met de algemene bepalingen van het verbintenissenrecht.”*¹¹⁴

Het hof 's-Hertogenbosch had dit nog wat krachtiger mogen stellen, aangezien de Minister voor de bestuurder expliciet had bepaald dat ‘onbehoorlijke taakvervulling’ de rechtsgrond vormt voor zijn aansprakelijkheid (zie par. 3.7.2). In het systeem van de wet vormt art. 2:9 BW derhalve expliciet een zelfstandige rechtsgrond voor aansprakelijkheid, die ex art. 2:25 BW dwingendrechtelijk is voorgeschreven. Wetsystematisch bestaat om die reden geen rechtvaardiging voor het betoog dat de wetgever bedoeld had de rechtsgrond voor aansprakelijkheid buiten art. 2:9 BW te vinden. Er bestaat derhalve evenmin een rechtvaardiging voor het hanteren van een (ernstigverwijt)maatstaf die is gebaseerd op de contractuele/verbintenisrechtelijke en/of arbeidsrechtelijke relatie en de regels van Boek 6 en/of Boek 7A BW (oud).¹¹⁵ In de relatie tussen de rechtspersoon en de bestuurder is het op grond van art. 2:25 BW dwingendrechtelijke art. 2:9 BW bepalend.¹¹⁶ Dit is anno 2017 weliswaar vanzelfsprekend, maar het werd twintig jaar geleden – voor het arrest *Staleman/Van de Ven* – ook al betoogd door een aantal auteurs in reactie op het betoog van Eykman en Van Schilfgaarde.

Blanco Fernández stelde in 1993 bijvoorbeeld samengevat het volgende. ‘De rechtsgrond voor aansprakelijkheid is niet gebaseerd op art. 6:74 BW, maar de normen van Boek 6 kunnen op de door art. 2:9 BW geregelde verhouding analogisch worden toegepast. Als die analogie wordt aanvaard, zijn er geen termen om voor onbehoorlijke taakvervulling een ander mate van verwijtbaarheid te hanteren dan die krachtens art. 6:74 BW en 6:75 BW (vgl. par. 3.8) voor de nakoming van verbintenissen geldt. Een bijzondere verwijtbaarheid, in de vorm van opzet of grove schuld, is derhalve in beginsel niet vereist. Strikt genomen kan niet worden gezegd dat aansprakelijkheid ernstige verwijtbaarheid vereist. De werknemer verdient als in de regel zwakkere partij een bijzondere bescherming en de positie van de werknemer verschilt in dit opzicht van die van de bestuurder. De overwegingen die voor het arbeidsrecht gelden, zijn niet transposeerbaar op het vennootschapsrecht en hetgeen de Hoge Raad in het

114. Hof 's-Hertogenbosch 15 juni 1992, *NJ* 1993, 41, r.o. 4.1.5.

115. Zie ook: Westenbroek 2016c.

116. Assink, Bröring, Timmerman & De Valk 2011, p. 26.

Debrot-arrest bepaalde in het kader van de arbeidsovereenkomst, levert onvoldoende grond op om dezelfde maatstaf aan te nemen voor de aansprakelijkheid van bestuurders.¹¹⁷ Hij stelde later in 2000 terecht dat het heersende standpunt, dat aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling alleen ontstaat in geval van ernstige verwijtbaarheid, heroverweging verdient omdat – kort gezegd – de aard van de rechtsverhouding tussen de rechtspersoon en de bestuurder niet alleen door het arbeidsrecht, maar ook door het rechtspersonenrecht wordt beheerst.¹¹⁸

Ook Van der Vlis was in 1994 kritisch ten opzichte van de door Van Schilfgaarde ingenomen stellingen. Hij schreef bijvoorbeeld samengevat het volgende. ‘De aansprakelijkheidsbeperking van art. 7A:1639da BW geldt niet voor een bestuurder. De tweede zin van art. 2:9 BW bepaalt immers dat een bestuurder die tekortschiet in een behoorlijke taakvervulling voor de gehele schade aansprakelijk is, ook als hij binnen zijn werkerterrein geen ‘directe’ fouten heeft begaan, maar wel nalatig is geweest maatregelen te treffen om de nadelige gevolgen af te wenden. Uit het systeem van de wet en de leer van de Hoge Raad volgt dat een bestuurder/werknemer in de eerste plaats zijn verplichtingen heeft als bestuurder. Daarnaast moet hij naar beste vermogen presteren om niet tekort te schieten in zijn arbeidsrechtelijke verplichtingen. Dat een bestuurder zijn taken behoorlijk vervult, maar zich niet tevens naar beste vermogen heeft ingezet en dus uit hoofde van art. 2:9 BW niet, maar uit hoofde van art. 7A:1639 BW wel in zijn verplichtingen tekortschiet, lijkt hypothetisch en in ieder geval onbewijsbaar. *De facto* derogeeert art. 2:9 BW aan art. 7A:1639 BW. Het relevante criterium is derhalve of sprake is van een tekortkoming; de ernst van de verwijtbaarheid blijft buiten beschouwing (vgl. par. 3.8). Art. 7A:1639da BW wordt – als het verwijt aan de bestuurder betrekking heeft op de vervulling van zijn taak als bestuurder – terzijde gesteld door art. 2:9 BW.’¹¹⁹

De constatering van Van der Vlis lijkt mij juist. Overigens merkte Van der Vlis voorts op dat het argument van Van Schilfgaarde om het *Debrot*-arrest ook op de niet in dienst zijnde bestuurder van toepassing te verklaren, namelijk dat iemand die geen salariering ontvangt of zijn taak als nevenbetrekking bekleedt niet sneller aansprakelijk zou moeten zijn dan de bestuurder in dienstbetrekking, niet bepaald overtuigend is. Het argument is niet overtuigend, omdat (i) niet relevant is of een bestuurder werknemer is, aangezien de bestuurder nog immer valt onder art. 2:9 BW en (ii) de vraag of een bestuurder salaris ontvangt, niet relevant is voor de vraag welke maatstaf zou moeten gelden voor zijn aansprakelijkheid. De wet houdt daar in art. 2:9 BW ook geen rekening mee.

117. Blanco Fernández 1993, p. 174-175, 177.

118. Blanco Fernández 2000, p. 474.

119. Van der Vlis 1994, par. 4.

Glasz, Beckman en Bos hadden in 1994 eveneens aarzeling bij de benadering van Van Schilfgaarde. Zij stelden samengevat het volgende. ‘De bestuurder neemt een dubbelpositie in, enerzijds zijn rechtspersoonlijke positie, anderzijds zijn contractuele positie: hetzij een arbeidsovereenkomst, hetzij een overeenkomst van opdracht (voorheen een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten). Voor een bestuurder gaat het primair om de rechtspersoonlijke betrekking, ongeacht de aard van de contractuele relatie. Hierbij behoort het geen verschil te maken of een bestuurder werknemer is of niet. In art. 6.3.2.2 lid 3 BW is expliciet bepaald dat de aard van de rechtsverhouding ervoor kan zorgen dat wordt afgeweken van de regel dat behoudens opzet of bewuste roekeloosheid geen aansprakelijkheid bestaat. De parlementaire geschiedenis daarbij noemt in dit verband expliciet het voorbeeld van “*het geval dat het gaat om een ondergeschikte die als directeur in dienst was van de aangesproken N.V.*”¹²⁰ Hieruit vloeit voort dat de overeenkomst met een bestuurder-werknemer meebrengt dat de normstelling van het rechtspersonenrecht daarvoor in de plaats treedt. En die normstelling is de bandbreedte die ligt besloten in de beoordeling behoorlijk of onbehoorlijk. Indien sprake is van onbehoorlijk bestuur, dan impliceert dat verwijtbaarheid. De marge in de beoordeling omtrent de (on) behoorlijkheid vermijdt de discussie omtrent de mate van verwijtbaarheid (vgl. par. 3.8). Als onbehoorlijk bestuur is vastgesteld, is elk van de bestuurders op grond van de wet hoofdelijk aansprakelijk behoudens disculpatie.’¹²¹

Glasz herhaalde zijn betoog in 1995 en stelde dat, mede gelet op voormelde wetsgeschiedenis, de door Van Schilfgaarde betoogde *Debrot*-analogie niet meer valide is. Glasz stelde daarbij dat een bestuurder moet instaan voor zijn deskundigheid en dat hij daarvoor heeft ingetekend. De rechtspersoonrechtelijke norm wijkt daarmee af van de arbeidsrechtelijke norm.¹²²

Kort en goed, de bestuurder heeft zich niet alleen maar aan de arbeidsrechtelijke normen te houden, maar ook aan de rechtspersoonrechtelijke normen die voor hem een objectieve aansprakelijkheidstoets inhouden. Daarom zou een bestuurder, hoewel hem in een voorkomend geval persoonlijk geen ‘ernstig verwijt’ treft en/of geen sprake is van ‘opzet of bewuste roekeloosheid’, toch aansprakelijk moeten zijn voor onbehoorlijke taakvervulling. Dat is slechts anders indien hij zich kan disculperen doordat hem in het geheel geen verwijt treft. De in het verleden en wellicht in die tijdgeest te begrijpen verwijzing van onder meer Van Schilfgaarde, Maeijer en Dortmund naar art. 6:74 BW en 6:75 BW, heeft inmiddels zijn waarde verloren. De rechtsgrond voor die aansprakelijkheid is namelijk art. 2:9 BW. Het toepassen van een maatstaf uit het arbeidsrecht

120. Van Zeven, Pon & Olthoff 1981, *PG Boek 6 BW*, p. 728 en *Kamerstukken II 1975/76*, 7729, nr. 6 (MvA), p. 169.

121. Glasz, Beckman & Bos 1994, p. 113-114.

122. Glasz 1995, p. 48.

gebaseerd op de veronderstelling dat art. 2:9 BW geen zelfstandige rechtsgrond voor aansprakelijkheid bevat, miskent dat de wetgever de aansprakelijkheid van bestuurders een eigen plek heeft gegeven in het systeem van de wet.

5.3.6 *De ratio en systematiek van art. 2:9 BW: stelplicht en bewijslast*

Het element van verwijtbaarheid dat in de term ‘onbehoorlijk’ moet worden gelezen (zie par. 3.7.3), welke verwijtbaarheid al dan niet kan ontstaan door het handelen van slechts één bestuurder, leidt volgens de ratio en systematiek van art. 2:9 BW tot de *collectieve hoofdelijke* aansprakelijkheid van iedere bestuurder die deel uitmaakt van het bestuur. Dat betekent echter (nog) niet dat iedere bestuurder ook daadwerkelijk een verwijt treft en aansprakelijk is. Iedere bestuurder kan een beroep doen op de disculpatiemogelijkheid van art. 2:9 BW (zie par. 3.4, 3.6.4 en 3.8). Als hij daarin slaagt valt hem geen verwijt te maken en is hij niet aansprakelijk. Er zijn dus in feite twee ‘verwijtbaarheidsvragen’.

De Hoge Raad lijkt in *Staleman/Van de Ven* beide verwijtbaarheidsvragen gelijktijdig en geïntegreerd te beantwoorden, door de vraag naar aansprakelijkheid van de individuele bestuurder te beperken tot een ‘overall-benadering’ die beperkt is tot de vraag of de bestuurder een ernstig verwijt treft. Dit blijkt ook uit de hiervoor in par. 4.4.4 door de Hoge Raad geformuleerde omstandigheden, die volgens hem relevant zijn ter beantwoording van de vraag of sprake is van een ernstig verwijt. De Hoge Raad noemde de volgende omstandigheden:

- (i) de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten;
- (ii) de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico’s;
- (iii) de taakverdeling binnen het bestuur;
- (iv) de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen; en
- (v) het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.

De hiervoor onder (i) t/m (iii) genoemde ‘omstandigheden’ zijn bijvoorbeeld relevant om vast te stellen aan welke gedragsnorm de bestuurder heeft te voldoen volgens de objectieve maatstaf van de maatman-bestuurder en dus relevant voor de vraag of sprake is van (on)behoorlijke taakvervulling. Slagter schreef in dit verband in 1993 dat de taken van een bestuurder mede worden bepaald door de aard van de rechtspersoon, de statuten en de taakverdeling tussen de bestuurders.¹²³ Raaijmakers schreef in dit verband dat de bestuurders ervoor instaan dat zij de deskundigheid en ervaring bezitten die voor het besturen van een rechtspersoon “*als de hunne*” is vereist.¹²⁴ Hiermee maakte hij duidelijk

123. Slagter 1993, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 60.

124. Pitlo/Löwensteyn & Raaijmakers 1994, p. 273.

dat de aard, de activiteiten en het doel van de rechtspersoon invulling geeft aan de kwaliteiten die van de betrokken bestuurder mogen worden verwacht. De hiervoor onder (iv) en (v) genoemde ‘omstandigheden’ lijken voorts eerder een herhaling van het uit de literatuur en wetsgeschiedenis blijkende gegeven dat de bestuurder voor zijn taak berekend moet zijn (“*de gegevens waarover de bestuurder behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen*” en “*het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder*”).¹²⁵ De door de Hoge Raad aangeduide “*omstandigheden van het geval*” zijn in feite geen ‘omstandigheden’ die relevant zijn in het kader van de toetsing van de aansprakelijkheid van de individuele bestuurder. Het zijn eerder *uitgangspunten* en *toetsingskaders*, die reeds uit de wetsgeschiedenis blijken, aan de hand waarvan de aansprakelijkheid beoordeeld dient te worden. De hiervoor onder (iii) genoemde ‘omstandigheid’ zou bij rechtspersonen waar het collegialiteitsbeginsel niet in al zijn consequenties zou moeten gelden (zie par. 3.6.4 en 3.6.5) voorts nog een rol kunnen spelen bij de vraag of de bestuurder zich kan disculperen. Die disculpatievraag komt echter pas aan de orde wanneer is vastgesteld dat sprake is van onbehoorlijk bestuur.

De ‘overall-benadering’ van de Hoge Raad doet daarom de vraag rijzen of deze wel past in de hiervoor in par. 3.4 (en par. 3.6.3, 3.6.4, en 3.8) uiteengezette ratio en systematiek van art. 2:9 BW. Die ratio en systematiek gaan namelijk uit van collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur, waarbij (i) de *rechtspersoon* dient te stellen en bewijzen dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling (al dan niet door het handelen van slechts één bestuurder), hetgeen leidt tot hoofdelijke aansprakelijkheid (*de eerste verwijtbaarheidsvraag*), en (ii) de *bestuurder*, om aan aansprakelijkheid te ontkomen, dient te stellen en bewijzen dat hij zich kan disculperen (*de tweede verwijtbaarheidsvraag*). Hoe past de ernstigverwijtmaatstaf hierin? Een overall-benadering die erop neer komt dat voor aansprakelijkheid van de bestuurder een ernstig verwijt moet komen vast te staan, lijkt hier wetsystematisch moeilijk mee te rijmen. Bovendien lijkt die benadering afbreuk te doen aan de gedachte van collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid. Strik merkte dan ook terecht op dat deze geïntegreerde aanpak in de jurisprudentie over art. 2:9 BW de bedoeling en

125. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/446. Zie ook: F.J.P. van den Ingh in zijn noot bij Rb. Rotterdam 17 juni 1999, *JOR* 1999/244 die schrijft: “*Ook in de omstandigheden die de Hoge Raad noemt, lopen collectieve en individuele beoordeling door elkaar. Zo horen de aard van de activiteiten en de daaruit voortvloeiende risico’s alsmede door een ander orgaan opgestelde richtlijnen vooral in de eerste fase thuis en de andere omstandigheden, met name de taakverdeling, meer in de tweede fase.*”

systematiek van de wet miskent, wetsystematisch lastig in te passen is¹²⁶ en leidt tot gemakzuchtige procesvoering van partijen, slecht gemotiveerde beslissingen en een gebrek aan eenheid in de rechtspraak.¹²⁷

In de doctrine is de overall-benadering van de Hoge Raad echter wel overgenomen, in zoverre dat de ernstigverwijtmaatstaf is opgevat alsof deze geïntegreerd moet worden gezien in de behoorlijke taakvervullingsnorm. Maeijer schreef in 2000 bijvoorbeeld over art. 2:9 BW dat voor de onmiskenbare tekortkoming in de bestuurstaak (waarmee werd bedoeld op onbehoorlijk bestuur) “*ernstige verwijtbaarheid nodig is*” en dat de aanwezigheid daarvan “*door de eiseres-vennootschap zal moeten worden gesteld en aangetoond*.”¹²⁸ Deze benadering van Maeijer werd later in 2009 beaamd door Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme. Zij voegden daaraan toe dat “*het niet nodig [is] dat bij aanwezigheid van meerdere bestuurders, die ernstige verwijtbaarheid voor elke bestuurder apart wordt gesteld en bewezen*”. Voorts stelden zij:

“Wanneer bij aanwezigheid van meerdere bestuurders ernstige verwijtbaarheid is komen vast te staan, dan moet deze tekortkoming ingevolge de gedachte van het collectief bestuur aan alle bestuurders (het bestuur) worden toegerekend. De tweede zin van art. 2:9 BW komt dan aan de orde. Er is aansprakelijkheid van ieder van de bestuurders voor het geheel (hoofdelijke aansprakelijkheid, zie art. 6:7 BW), tenzij deze zich weet te disculperen en voorts aantoot¹²⁹ dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de tekortkoming af te wenden. [Daarvoor is, toev. auteur] (...) voldoende dat een individuele bestuurder aantoot dat hem geen ernstig verwijt treft.”¹³⁰

Dit is na invoering van het huidige art. 2:9 BW per 1 januari 2013 nog steeds de heersende opvatting:

“Het mechanisme van art. 2:9 lid 2 slotzin BW werkt uitgaande van een meerhoofdig bestuur kenbaar aldus, dat indien aan één of meer bestuurders vanwege hun gedragslijn jegens de vennootschap een ernstig verwijt te maken valt (wat afhangt van alle omstandigheden van het geval), in

126. De hierna in hoofdstuk 11 geciteerde kritiek van J. Roest in zijn noot bij Rb. 's-Gravenhage 16 september 2015, *JOR* 2016/3 over de werking van art. 2:11 BW in combinatie met art. 6:162 BW, die leidt tot de conclusie dat art. 2:11 BW zich niet leent voor toepassing bij vorderingen ex art. 6:162 BW, is – a contrario – in dit verband sprekend.

127. Strik 2010, p. 23 en 27.

128. Asser/Maeijer 2-III 2000/321.

129. Deze formulering lijkt mij niet geheel juist, aangezien het aantonen dat een bestuurder niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de tekortkoming af te wenden deel uitmaakt van het disculperen en dus niet ernaast gezien kan worden.

130. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/446.

beginsel alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn wegens onbehoorlijk bestuur; zo'n ernstig verwijt leidt dus tot dat onbehoorlijk bestuur en daarmee tot bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 lid 2 BW. Dat ernstig verwijt wordt dan immers toegerekend aan alle bestuurders (aan het collectief, zo men wil), ongeacht of de gewraakte gedragslijn alle bestuurders betreft of 'slechts' één of een aantal van hen; er is dan, anders gezegd, via die band van toerekening sprake van een ernstig verwijt dat het bestuur treft en daarmee dus van onbehoorlijk bestuur. Een individuele bestuurder kan zich vervolgens evenwel met succes disculperen en zich zo aan de collectieve aansprakelijkheidsdans onttrekken, indien hij aantoonst (i) dat hem – mede gelet op een eventuele taakverdeling ('de aan anderen toebedeelde taken') – geen ernstig verwijt kan worden gemaakt én (ii) dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van schadebeperkende maatregelen ('maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden').”¹³¹

Ik vermag niet in te zien hoe deze in de doctrine tot stand gekomen systematiek is te rijmen met de hiervoor beschreven systematiek van stelplicht- en bewijslastverdeling van art. 2:9 BW. Ik meen dat deze systematiek te veel daarvan abstraheert. Art. 2:9 BW bepaalt namelijk duidelijk dat het bestuur aansprakelijk is voor onbehoorlijk bestuur. De wettekst van zowel het huidige art. 2:9 BW als art. 2:9 BW (oud) vereist niet dat de rechtspersoon stelt en bewijst dat een bestuurder een ernstig verwijt treft. Dat is echter wel wat Macijer, Van Solinge & Nieuwe Weme hiervoor leken te stellen en dat is ook wat Assink naar mijn idee impliciet betoogt wanneer hij stelt “*dat indien aan één of meer bestuurders vanwege hun gedragslijn jegens de vennootschap een ernstig verwijt te maken valt*”, dit wordt toegerekend aan het bestuur als collectief. Als ik dat goed begrijp, maar misschien zie ik dat verkeerd, moet volgens hen aldus tenminste ten aanzien van één bestuurder door de rechtspersoon gesteld worden dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen, alvorens kan worden geconcludeerd dat sprake is van onbehoorlijk bestuur van het orgaan. Art. 2:9 BW gaat daarentegen ervan uit dat de rechtspersoon slechts hoeft aan te tonen dat sprake is van onbehoorlijk bestuur. Het is aan de individuele bestuurders om aan te tonen (dus te stellen en bewijzen) dat zij geen aandeel hebben gehad in het onbehoorlijk bestuur én dat zij getracht hebben maatregelen te nemen om de gevolgen daarvan af te wenden (oftewel, dat hun geen enkel *gewoon* verwijt valt te maken, zie par. 3.8). Daarbij hoeft de rechtspersoon dus niet te concretiseren aan wie dat onbehoorlijk bestuur is te wijten en evenmin hoeft dat zelfs maar ten aanzien van één bestuurder geconcretiseerd te worden.

131. Assink 2014. Zie ook: Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 1030 e.v.

Ik zeg overigens niet dat ik het in rechtspolitieke (normatieve) zin eens ben met het systeem zoals ik dat herleid uit art. 2:9 BW. Daar laat ik mij niet over uit. Dat neemt niet weg dat ik constateer dat rechtspolitieke overwegingen bestaan om te willen kiezen voor dit systeem.¹³² Die overwegingen kunnen erin bestaan dat de rechtspersoon niet de last hoeft te dragen om te concretiseren of een specifieke bestuurder, en zo ja welke, een ernstig verwijt valt te maken alvorens deze het bestuur aansprakelijk kan houden voor onbehoorlijk bestuur (doordat dit ernstig verwijt aan het bestuur zou zijn toe te rekenen). De rechtspersoon hoeft alleen maar te stellen en bewijzen *dat* sprake is van onbehoorlijk bestuur. Zou dat anders zijn, dan zou de rechtspersoon belast worden met het beoordelen van het handelen van ieder van de bestuurders in onderlinge samenhang. Dat is uitgaande van het collegialiteitsbeginsel een last die bij de bestuurders hoort te liggen. De bestuurders zijn daartoe doorgaans ook het beste in staat, omdat zij de rechtspersoon bestuurd hebben, zij weten wat onderling al dan niet met elkaar is besproken en afgestemd en zij weten wie, wanneer en voor welke handeling, verantwoordelijk was in de onderlinge taakverdeling. De rechtspersoon zelf, die als abstract rechtssubject in aansprakelijkheidszaken veelal zal zijn vertegenwoordigd door opvolgende bestuurders of een curator, zit niet in die positie.¹³³ Ik heb uit de wetsgeschiedenis van art. 2:9 BW overigens niet expliciet kunnen opmaken dat de voorgaande overwegingen aan de keuze voor het huidige systeem ten grondslag hebben geleden, maar dat deze overwegingen wel degelijk van belang werden geacht, blijkt uit de wetsgeschiedenis van art. 2:138/248 BW waar de Minister in het kader van het gelijktijdig daarmee ingevoerde art. 2:11 BW opmerkte: “(...) *dat het feit dat een rechtspersoon bestuurder is, het voor degene die de bestuurder-rechtspersoon aanspreekt niet gemakkelijker maakt, vast te stellen tot wie hij zijn aanspraak moet richten. Het kan immers zijn dat elk van de bestuurders van de bestuurder-rechtspersoon zich op verschillende tijden feitelijk met het bestuur heeft bezig gehouden. Tot wie moet men zich dan richten? Door hen allen hoofdelijk aansprakelijk te maken wordt die moeilijkheid vermeden.*”¹³⁴ Dit argument is één op één ook van toepassing op de aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW. Ook dan geldt

132. Net zoals rechtspolitieke overwegingen kunnen bestaan voor een ander systeem.

133. Het feit dat opvolgende bestuurders of de curator wel over de administratie beschikken, maakt niet dat zij in een betere positie verkeren dan de aangesproken bestuurders die niet meer bij de rechtspersoon werkzaam zijn, omdat deze laatsten ex art. 843a Rv toegang kunnen krijgen tot diezelfde administratie. Daarbij komt dat onbehoorlijk bestuur veelal ook samengaat met het voeren van een gebrekkige administratie. Voor zover de rechtspersoon (vertegenwoordigd door opvolgende bestuurders of de curator) overigens wel een concreet beeld heeft over de vraag aan welke bestuurder het onbehoorlijk bestuur daadwerkelijk is te wijten, kan hij, gelet op zijn inschatting van de slagingskansen van een disculpatieberoep door individuele bestuurders, ervoor kiezen om die bestuurders niet aan te spreken. In de praktijk gebeurt dat veelal ook.

134. In *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 18.

immers dat voor de rechtspersoon niet duidelijk zal zijn welke bestuurder van de rechtspersoon zich op welk moment feitelijk met een bepaald onderdeel van het bestuur heeft beziggehouden. De voornoemde overwegingen hangen voorts onlosmakelijk samen met het collegialiteitsbeginsel en het daarmee samenhangende uitgangspunt van hoofdelijke aansprakelijkheid, zoals dat blijkt uit de wettekst van art. 2:9 BW. Dat collegialiteitsbeginsel en dat uitgangspunt zijn veelvuldig terug te vinden in de wets- en rechtsgeschiedenis (als “*fundamenteel en waardevol beginsel van vennootschapsrecht*”).¹³⁵ De letterlijke tekst van art. 2:9 BW laat voorts geen twijfel bestaan over het systeem van stelplicht- en bewijslastverdeling. Na de codificatie van de ernstigverwijtmaatstaf per 1 januari 2013 is dat niet anders.¹³⁶ Ik denk dat de in de doctrine ontwikkelde leer, zoals ik die hierboven heb begrepen, daarom niet past in het systeem van art. 2:9 BW. Als die leer zo zou worden toegepast door de rechter (waar het nu steeds meer op lijkt), dan is dat naar mijn mening gebaseerd op rechtsvorming in strikte zin door de rechter en doctrine. Dit is staatsrechtelijk niet goed te rechtvaardigen (zie par. 2.3).

5.3.7 *Maatstaf past niet bij de uit het collegialiteitsbeginsel voortvloeiende verbintenis tot een collegiale taakuitoefening*

De ernstigverwijtmaatstaf dient, zo heeft de Hoge Raad dat inmiddels aangeduid, al te defensief, risicomijdend, kopschuw ondernemerschap tegen te gaan en vormt een hoge drempel voor aansprakelijkheid.¹³⁷ Gelet op hetgeen hiervoor in par. 3.7 is uiteengezet, dient evenwel geconstateerd te worden dat dit gerechtvaardigd doel van de Hoge Raad al bereikt wordt door de toetsingsregels die volgens de wetgever moeten worden gehanteerd bij de toepassing van de behoorlijke taakvervullingsnorm van art. 2:9 BW. Maar als men die stelling even zou laten voor wat die is, dan kan de vraag gesteld worden of de geïntegreerde aanpak van de Hoge Raad wetsystematisch recht doet aan de verhouding tussen het collegialiteitsbeginsel, de taakverdeling binnen het bestuur en de disculpatie.

Ik verwijz in dit verband allereerst naar par. 3.6.3, waarin ik ben ingegaan op het collegialiteitsbeginsel en het onderscheid tussen *inhoudelijk* onbehoorlijke taakvervulling en *collegiaal* onbehoorlijke taakvervulling. Dat collegialiteitsbeginsel brengt met zich dat ook als de inhoudelijk onbehoorlijke taakvervulling niet lag op het terrein dat in het kader van een taakverdeling aan een

135. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 36.

136. Overigens is wel discussie gevoerd over de vraag of art. 2:9 BW sinds 1 januari 2013 nog steeds met zich brengt dat de rechtspersoon ernstige verwijtbaarheid moet stellen en bewijzen (zie de discussie tussen Schild, Timmerman, Huizink en Assink zoals weergegeven in hoofdstuk 8). Ik denk dat art. 2:9 BW dat nimmer met zich heeft gebracht.

137. Assink, Bröring, Timmerman & De Valk 2011, p. 63.

bepaalde bestuurder was toe te rekenen, deze bestuurder toch aansprakelijk kan zijn, omdat hij geacht wordt zijn taak collegiaal onbehoorlijk te hebben vervuld.

De voornoemde motivering van de ernstigverwijtmaatstaf heeft – naar mag worden aangenomen – betrekking op de vraag of sprake is van een *inhoudelijk* onbehoorlijke taakvervulling. Daar speelt ondernemerschap immers een rol. In het kader van de vraag of een bestuurder zijn taak *collegiaal* behoorlijk heeft vervuld, lijkt deze ‘ondernemerschap-motivering’ echter niet op te gaan. Bij het houden van voldoende collegiaal toezicht op medebestuurders, door onder meer kritisch te zijn en vragen te stellen, past geen ondernemerschapshouding. Ondanks een eventuele taakverdeling blijven de bestuurders die niet zijn belast met een *inhoudelijke* taak, omdat die aan een andere specifieke bestuurder is toebedeeld, de *collegiale* verantwoordelijkheid houden om erop toe te zien dat die inhoudelijke taak naar behoren wordt vervuld en om maatregelen te treffen indien die taken niet behoorlijk wordt vervuld. Daar past geen ondernemend en mogelijk risiconemend gedrag bij en derhalve past daarbij evenmin de vrees dat de bestuurder zijn gedrag op dat vlak in ‘onwenselijke mate door defensieve overwegingen’¹³⁸ laat bepalen. Hier past namelijk het tegenovergestelde gedrag bij: onderzoekend, doorvragend, kritisch en risico-analyserend. Dat houdt collegiaal besturen in en dat heeft onder meer als defensief doel om de rechtspersoon, als abstract rechtssubject, volwaardig onderdeel te kunnen laten zijn van het maatschappelijk economisch verkeer. Met zijn bewaarnemersrol speelt de bestuurder daarin een essentiële rol (zie par. 3.7.5 en 10.8).

Gelet op het voornoemde collegialiteitsbeginsel en het daarmee samenhangende uitgangspunt van collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid, lijkt het niet juist dat een bestuurder, die gelet op een bestaande taakverdeling in eerste instantie geen *inhoudelijk* onbehoorlijke taakvervulling kan worden verweten, zich zou kunnen disculperen met de stelling dat hem weliswaar wel een gewoon verwijt, maar geen *ernstig* verwijt van *collegiaal* onbehoorlijke taakvervulling valt te maken. De bestuurder heeft in de nakoming van zijn verbintenis tot een collegiaal behoorlijke taakvervulling geen beleidsruimte of een marge (daartegenover staat dat hij niet zomaar aansprakelijk zal zijn voor het handelen of de informatie van zijn medebestuurder wanneer er geen aanleiding was zelfstandig onderzoek te doen naar dit handelen of deze informatie, zie par. 3.6.4).¹³⁹ Hij dient zijn taak als bestuurder en als onderdeel van het orgaan naar behoren te vervullen en dat houdt ook in de nakoming van de uit het collegialiteitsbeginsel voortvloeiende verbintenissen tot het houden van toezicht op medebestuurders. Hierbij meen ik dat ruimte moet bestaan voor

138. Vgl. HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (*Willemsen/NOM*).

139. Zie ook: Rb. Oost-Brabant 17 december 2014, *JOR* 2015/129 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Stichting Bureau Jeugdzorg*), r.o. 3.5 en 3.6.

nuancering bij met name kleine rechtspersonen die geen kapitaalvennootschap, commerciële vereniging of stichting zijn, dan wel actief zijn in de semipublieke sector (zie par. 3.6.5). Als een bestuurder het *gewone* verwijt valt te maken dat hij onvoldoende collegiaal toezicht heeft gehouden op medebestuurders, onvoldoende informatie heeft opgevraagd of onvoldoende kritisch is geweest, dan kan hij zich niet disculperen. Zou men als uitgangspunt nemen dat deze bestuurder eerst aansprakelijk is als hem in dat verband een *ernstig* verwijt valt te maken, zou dat het collegialiteitsbeginsel en art. 2:9 BW ondermijnen. De veel in de literatuur gehoorde en in wetsgeschiedenis teruggekomen stelling dat een taakverdeling niets afdoet aan de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur (zie par. 3.6.3) zou voorts inhoudsloos zijn. De in de literatuur naar aanleiding van *Staleman/Van de Ven* ingenomen stelling dat voor disculpatie voldoende is dat een individuele bestuurder aantoonbaar dat hem geen ernstig verwijt treft,¹⁴⁰ lijkt evenmin te rijmen met het voornoemde uitgangspunt van collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid.¹⁴¹ De onduidelijke verhouding tussen de collectieve verantwoordelijkheid, de taakverdeling en disculpatie leidt overigens vaker tot onduidelijke rechtspraak¹⁴² en laat zien dat de ernstigverwijtmaatstaf wetsystematisch inderdaad lastig is in te passen (vgl. Strik in par. 5.3.6).¹⁴³

140. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/446. Interessant is in dit verband wat Eisenberg 1993, p. 448 schreef in verband met de zogenoemde business judgment rule uit Delaware: “Accordingly, the duty to monitor, the duty of inquiry, and the duty to employ a reasonable decision-making process are normally not protected by the business-judgment rule. Even in the case of these duties, however, the standard of review may depart somewhat from the relevant standard of conduct. A few courts have expressed this difference by adopting a rule that the standard of review in such cases is whether the director was “grossly negligent.” The concept of gross negligence, however, is notoriously ambiguous, and in practice it is common to find that courts that purport to apply that standard actually apply a standard that is either more or less demanding.”

141. Overigens gaat het mij hier vooral om duidelijkheid te scheppen. Indien de wetgever uitgaat van het collegialiteitsbeginsel en de daarmee samenhangende collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid, dan dient deze ook consequent en duidelijk te worden toegepast. Ik neem daarmee niet per definitie een standpunt in voor of tegen het collegialiteitsbeginsel en de daarmee samenhangende collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid.

142. Rb. Rotterdam 14 juli 2010, *JOR* 2010/336 m.nt. Y. Borrius, waarin de rechtbank art. 2:9 BW zo uitlegde dat bestuurders niet hoofdelijk aansprakelijk zijn voor zaken die niet tot hun werkring behoren en dat aan disculpatie dan niet wordt toegekomen. Zie punt 9 van de noot van Borrius. In Hof Leeuwarden 7 juli 2009, *JIN* 2009/671 m.nt. Hoekstra overwoog het Hof verder bijvoorbeeld dat een bestuurder “naar het oordeel van het hof niet, althans niet voldoende onderbouwd betwist had dat de onderhavige aangelegenheden behoorden tot zijn werkring als bedoeld in art. 2:9, tweede zin BW, zodat hij krachtens deze bepaling jo. art. 2:11 BW in beginsel voor het geheel aansprakelijk is ter zake van de betreffende tekortkomingen”, hetgeen eveneens blijkt geeft van een verkeerde uitleg van het collegialiteitsbeginsel bij de kapitaalvennootschap dat per definitie – los van een taakverdeling – uitgaat van hoofdelijke aansprakelijkheid behoudens disculpatie.

143. Strik 2010, p. 23 en 27.

5.3.8 *Maatstaf wel in art. 2:9 BW, maar niet in art. 2:138/248 BW*

Hiervoor (zie par. 3.7) is uiteengezet dat de betekenis van onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:9 BW en kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:138/248 BW in wezen niet verschilt. De toets aan de hand waarvan wordt beoordeeld of een bestuurder op grond van onbehoorlijk bestuur ex art. 2:138/248 BW aansprakelijk is voor het tekort in de boedel, is niet anders dan de toets voor aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW. Beide bepalingen ‘liggen in elkaars verlengde’ en ‘lopen zelfs parallel’.¹⁴⁴ Maeijer en Dortmond schreven in dat verband dat met de uitdrukking ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ in art. 2:138/248 BW niets anders wordt bedoeld dan met ‘onbehoorlijke taakvervulling’ in de zin van art. 2:9 BW (zie par. 3.7.3).¹⁴⁵ De aansprakelijkheid van de bestuurder, zowel in een situatie buiten faillissement (art. 2:9 BW) als binnen faillissement (art. 2:138/248 BW), moet worden gevonden in de rechtsgrond van ‘onbehoorlijke taakvervulling’. Beide bepalingen beogen de rechtspersoon respectievelijk de boedel te beschermen tegen schade veroorzaakt door onbehoorlijke taakvervulling. Tot 1 januari 2013 luidde de disculpatiemogelijkheid in art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW dan ook vrijwel hetzelfde, namelijk:

Art. 2:138/248 BW: *“Niet aansprakelijk is echter de bestuurder, die bewijst, dat het feit aan hem niet te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.”*

En:

Art. 2:8 BW (oud, tot 1992): *“tenzij hij bewijst dat de tekortkoming niet aan hem te wijten is, en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.”*

En:

Art. 2:9 BW (oud, vanaf 1992): *“tenzij deze niet aan hem is te wijten, en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.”*¹⁴⁶

144. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 20. Zie ook art. 2:138/248 lid 8 BW.

145. Asser/Maeijer & Dortmond 2-III 1994/321.

146. De wijziging van art. 2:9 BW in 1992 *“tenzij deze niet aan hem is te wijten”*, betrof slechts een ‘redactionele’ wijziging (zie par. 3.2), zodat aangenomen mag worden dat het niet de bedoeling was de disculpatiemogelijkheid anders te maken dan die van art. 2:138/248 BW.

Hoewel art. 2:138/248 BW enerzijds en art. 2:9 BW anderzijds dus uitgingen van eenzelfde toetsing en – blijkens hun bewoordingen – eenzelfde disculpatiemogelijkheid, is in de jurisprudentie en doctrine een belangrijk verschil ontstaan in de maatstaf die werd toegepast bij de beoordeling van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van beide bepalingen. Terwijl bij de toepassing van art. 2:9 BW gebruik wordt gemaakt van de ernstigverwijtmaatstaf, wordt daarvan bij de toepassing van art. 2:138/248 BW namelijk geen gebruik gemaakt. Evenmin wordt verwezen naar de in *Staleman/van de Ven* geformuleerde omstandigheden om de aansprakelijkheid van de bestuurder te beoordelen.¹⁴⁷ In de rechtspraak wordt in verband met art. 2:138/248 BW zelfs gesproken van kwalitatieve aansprakelijkheid.¹⁴⁸

Als de toets van art. 2:9 BW niet anders is dan de toets van art. 2:138/248 BW, dan lijkt het vanuit wetsystematisch oogpunt niet logisch bij de toets voor aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW te werken met een ernstigverwijtmaatstaf, terwijl die maatstaf niet wordt toegepast bij de toets van art. 2:138/248 BW. In zijn onlangs verschenen betoog ter verdediging van de ernstigverwijtmaatstaf laat Timmerman art. 2:138/248 BW dan ook bewust buiten beschouwing omdat de Hoge Raad daar de ernstigverwijtmaatstaf niet toepast. Timmerman gaat echter niet in op de vraag waarom de Hoge Raad de maatstaf daar niet

147. HR 6 maart 2015, *RO* 2015/32 (*ZHG Beheer*), r.o. 2.2; Hof 's-Hertogenbosch 10 december 2013, *RO* 2014/16, r.o. 4.9.8; Rb. Noord-Holland 10 juni 2015, *JOR* 2016/2 m.nt. S.L. Rive (*Stichting Diogenes*), in welke zaak de curator een beroep deed op zowel art. 2:138/248 BW als art. 2:9 BW; Rb. Arnhem 22 juni 2011, *JOR* 2011/358 m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Pondac*), r.o. 4.17 waarin werd overwogen dat het verweer van de bestuurder dat zij niet verantwoordelijk was voor de boekhouding haar niet kon baten “*omdat dit in feite neerkomt op een beroep op een (interne) taakverdeling tussen de bestuurders en dit beroep dient af te stuiten op het collectieve karakter van de bestuurdersaansprakelijkheid van artikel 2:248 BW*”). Zo ook Rb. Dordrecht 9 december 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BK6936, r.o. 4.22. Zie voor een voorbeeld waarin schending van de administratieplicht ex art. 2:10 BW in het licht van een beoordeling van aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW (en niet art. 2:138/248 BW) centraal stond: Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, *JOR* 2015/32 m.nt. M. Holtzer (*Meepo*).

148. Rb. 's-Gravenhage 11 mei 2011, *JOR* 2012/1 (*ZHG Beheer*). In Rb. 's-Gravenhage 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3672 wordt evenwel expliciet overwogen dat geen sprake is van risicoaansprakelijkheid van bestuurders voor het handelen van medebestuurders. Deze overweging dient echter in het licht van de omstandigheden in die zaak te worden gezien, namelijk dat een medebestuurder onttrekkingen had gedaan zonder dat de betrokken bestuurders daarvan op de hoogte waren of konden zijn en de betrokken bestuurders voorts maatregelen hadden genomen om die onttrekkingen terug te halen, zodat de bestuurders niet aansprakelijk werden geacht (anders gezegd, hen trof geen enkel gewoon verwijt in de zin van par. 3.8 en zij konden zich dus disculperen).

toepast.¹⁴⁹ Het antwoord op die vraag kan mijns inziens niet zijn dat art. 2:138/248 BW de curator helpt met wettelijke bewijsvermoedens in het geval niet is voldaan aan de boekhoudplicht ex art. 2:10 BW of de publicatieplicht ex art. 2:394 BW. Evenmin ligt het antwoord in de omvang van de aansprakelijkheid (het tekort in de boedel). Dit zijn namelijk gewoonweg wettelijke uitgangspunten die de wetgever heeft vastgelegd voor het geval aannemelijk is dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement (zie par. 3.7.5). Die uitgangspunten vormen geen reden om bij de vraag *of sprake* is van onbehoorlijke taakvervulling, een maatstaf in het kader van de aansprakelijkheid ex art. 2:138/248 BW te hanteren die afwijkt van de maatstaf van art. 2:9 BW. Het antwoord kan naar mijn mening ook niet zijn dat de Hoge Raad in het kader van art. 2:138/248 BW reeds een andere standaard toepast, namelijk “*dat geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben.*”¹⁵⁰ Dat is namelijk een gegeven op zich. Het biedt geen verklaring *waarom* verschillende standaarden worden gebruikt. Men zou op grond van bewoordingen in de wetsgeschiedenis van art. 2:138/248 BW¹⁵¹ overigens nog de mening kunnen zijn toegedaan dat de maatstaf van art. 2:138/248 BW ‘zwaarder’ of anders is dan die van art. 2:9 BW. De maatstaf van art. 2:138/248 BW zou dan minder snel tot aansprakelijkheid leiden dan de maatstaf van art. 2:9 BW omdat art. 2:138/248 BW uitsluitend ‘misbruik’ zou beogen te voorkomen. Maar deze (mijns inziens onjuiste, zie par. 3.7.4 t/m 3.7.5) redenering volgend, is nog minder te begrijpen waarom in het kader van art. 2:138/248 BW een maatstaf wordt gebruikt die taalkundig gezien juist minder zwaar en objectiever klinkt (“*dat geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben*”) dan een maatstaf waarin een ‘ernstig verwijt’ vereist wordt gesteld.¹⁵²

Wat in dit verband wetsystematisch ook niet consequent lijkt, is dat sinds de codificatie van de ernstigverwijtmaatstaf per 1 januari 2013 in art. 2:9 BW (waarover hierna in hoofdstuk 7 meer) de disculpatiemogelijkheid in art. 2:9

149. Timmerman 2016, par. 2 waarin hij opmerkt art. 2:248 BW buiten beschouwing te laten.

150. HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 454 en *JOR* 2001/171 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Gilhuis q.q. Panmo/H*) onder verwijzing naar HR 7 juni 1996, *NJ* 1996, 695 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1996/69 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Ontvanger/Van Zoolingen*).

151. Bijvoorbeeld de bewoordingen dat sprake zou moeten zijn van roekeloos, lichtzinnig, onbezonnen en onverantwoordelijk gedrag.

152. Uit de uitspraak van het hof in de zaak die leidde tot HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 454 en *JOR* 2001/171 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Gilhuis q.q. Panmo/H*) kenbaar uit dit laatste arrest, blijkt overigens dat het hof, mede met gebruik van de ernstigverwijtmaatstaf, had geoordeeld dat niet gezegd kan worden dat het bestuur onaanvaardbare risico's heeft genomen en dat veeleer het oordeel gerechtvaardigd is dat het bestuur “*een beleid heeft gevoerd dat, zeker achteraf gezien, hooguit onverstandig en afkeurenswaardig is.*” De Hoge Raad heeft deze onderdelen in stand gelaten en vervolgens onder verwijzing naar HR 7 juni 1996, *NJ* 1996, 695 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1996/69 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Ontvanger/Van Zoolingen*) de maatstaf voor art. 2:138/248 BW geformuleerd.

BW luidt: “*tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden*”. De disculpatiemogelijkheid in art. 2:138/248 BW is evenwel niet gewijzigd. Tegelijkertijd moet worden geconstateerd (zie par. 3.6.5) dat de disculpatiemogelijkheid in art. 2:9 BW niet is verruimd ten opzichte van art. 2:9 BW (oud). Aangenomen mag daarom worden dat de disculpatiemogelijkheid van art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW nog steeds hetzelfde is. Als die disculpatiemogelijkheid nog steeds hetzelfde is en als bij de toepassing van art. 2:138/248 BW tot op heden nog steeds geen gebruik wordt gemaakt van de ernstigverwijtmaatstaf, zou in mijn visie geconcludeerd moeten worden dat die maatstaf wetsystematisch gezien – en mede in het licht van de wets- en rechtsgeschiedenis (zie par. 5.2.1 t/m 5.3.2) – niet nodig is bij de toepassing van art. 2:9 BW.

5.3.9 *De maatstaf en zijn rechtvaardiging verhoudt zich niet met fundamentele bestuursverplichtingen zoals art. 2:10 BW en art. 2:394 BW*

In het arrest *Willemsen/NOM*¹⁵³ (zie par. 4.5.3) heeft de Hoge Raad een rechtvaardiging gegeven voor het bestaan van de ernstigverwijtmaatstaf. Die rechtvaardiging bestaat, aldus de Hoge Raad, in het belang dat bestuurders hun handelen niet in ‘onwenselijke mate’ door defensieve overwegingen laten bepalen. Deze rechtvaardiging (die later in de arresten *Hezemans Air*¹⁵⁴ en *RCI/Kastrop*¹⁵⁵ door de Hoge Raad werd herhaald voor de beoordeling van externe bestuurdersaansprakelijkheid, waarover hierna in hoofdstuk 10 meer) is terug te voeren op de gedachte dat bestuurders moeten kunnen ondernemen. Diezelfde gedachte komt terug in de wetsgeschiedenis. De parlementaire geschiedenis van art. 2:138/248 BW, waarin de betekenis van de term ‘(on) behoorlijk bestuur’ verder is geconcretiseerd, vermeldt bijvoorbeeld:

“(Ondernemen moet toch nog wel mogelijk blijven zonder al te grote persoonlijke risico’s)”¹⁵⁶

Kroeze schreef in zijn inaugurele rede uit 2005 met de toepasselijke titel “Bange bestuurders” dat de ernstigverwijtmaatstaf die gold voor de beoordeling van interne bestuurdersaansprakelijkheid recht deed aan:

153. HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (*Willemsen/NOM*).

154. HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 21 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2014/296 m.nt. M.J. Kroeze (*Hezemans Air*).

155. HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 22 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2014/325 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*RCI/Kastrop*).

156. *Kamerstukken II* 1981/82, 16 631, nr. 5 (Voorlopig Verslag), p. 11.

*“de omstandigheid dat een bestuurder moet kunnen ondernemen.”*¹⁵⁷

Timmerman schreef naar aanleiding van *Staleman/Van de Ven*:

*“Het effect van het ernstig verwijt-vereiste is dat (...) bestuurders zich niet al te risico-avers, niet al te bangelijk en defensief hoeven te gedragen. Als gevolg van het ernstig verwijt-vereiste kan er een zekere beleidsvrijheid voor het bestuur van de vennootschap ontstaan.”*¹⁵⁸

Deze gedachte en deze rechtvaardiging voor de ernstigverwijtmaatstaf gaan echter niet op voor alle soorten verplichtingen die op bestuurders rusten. Sommige (fundamentele) bestuursverplichtingen hebben namelijk niets met ondernemen te maken, maar met administratieve verplichtingen. Valt een bestuurder een *gewoon* verwijt van een tekortkoming in die fundamentele bestuursverplichtingen te maken, dan is hij volgens de wetgever aansprakelijk.

Wat deze fundamentele bestuursverplichtingen zijn, valt onder meer op te maken uit de eerdergenoemde parlementaire geschiedenis van art. 2:138/248 BW. Een belangrijke daarin opgenomen grond voor de aansprakelijkheid ligt in de verantwoordelijkheid van de bestuurder tot de nakoming van de wettelijke verplichtingen terzake een behoorlijk bijgehouden boekhouding en het publiceren van de jaarrekening. Sterker, deze verplichtingen werden als dusdanig substantieel geacht dat daaraan in het kader van art. 2:138/248 BW een omkering van de bewijslast is gekoppeld:

“Indien, in strijd met de wettelijke voorschriften ter zake, een behoorlijk bijgehouden boekhouding en een tijdig gepubliceerde jaarrekening die de curator inzicht kunnen geven in het door het bestuur gevoerde beheer ontbreken, moet in ieder geval voor wat betreft die tekortkomingen van onbehoorlijk bestuur worden gesproken (lid 2). Een verder bewijs daarvoor zou ook wegens het ontbreken van die boekhouding en die jaarrekening moeilijk kunnen worden geleverd. Omdat het ontbreken van behoorlijke boekhouding en het niet tijdig publiceren van de jaarrekening duidt op een weinig betrouwbaar en serieus ondernemerschap, leidt de wet uit deze feiten – die dus tekortkomingen van het bestuur vormen die op zich zelf steeds als onbehoorlijk bestuur moeten worden gekwalificeerd – af dat het bestuur zijn taak ook in het algemeen niet behoorlijk vervuld heeft en schept de wet voorts het vermoeden, dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke

157. Kroeze 2005, p. 4 e.v. en p. 16.

158. Timmerman 2009b, p. 481 e.v.

HOOFDSTUK 5

oorzaak [is] van het faillissement. De curator heeft dus verder geen bewijslast ten aanzien van het onbehoorlijk bestuur, noch ten aanzien van het verband met het faillissement. De bestuurdersaansprakelijkheid wordt in dit geval dus gemakkelijk vastgesteld.”¹⁵⁹

Er bestond in het parlementaire debat volledige consensus over deze zwaarwegende taak van het bestuur, zo blijkt uit de memorie van toelichting:

“Een aangesproken bestuurder kan ten slotte het verweer voeren, dat het niet aan hem is te wijten dat het bestuur zijn taak heeft verwaarloosd en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur af te wenden. Men vergelijk artikel 8 Boek 2 BW. Dit verweer is ook toegelaten in geval van het ontbreken van een behoorlijke boekhouding en jaarstukken, al zal niet gemakkelijk mogen worden aangenomen dat een bestuurder geen verwijt treft ten aanzien van de verwaarlozing van een zo fundamentele bestuursplicht. Indien de bestuurstaat is veronachtzaamd, is in beginsel ieder der bestuurders daarvoor aansprakelijk. De bestuurstaat behoort tot ieders werkkring. Een individuele bestuurder kan echter een reden hebben om zich van de aansprakelijkheid te bevrijden, bij voorbeeld wanneer hij kan aantonen dat hij zich heeft verzet tegen het beleid, doch door de andere bestuurders is overstemd.”¹⁶⁰

En de nota naar aanleiding van het eindverslag:

“De aan het woord zijnde leden herhalen hun eerder in het voorlopig verslag geuite bezwaren tegen de tekst van lid 2 van de voorgestelde artikelen 138 en 248 Boek 2 BW, al zijn zij het eens met het uitgangspunt dat behoorlijke naleving van de boekhoud- en publicatieplicht van wezenlijk belang is en dat verwaarlozing van deze bestuursplicht onbehoorlijk bestuur oplevert.”¹⁶¹

De memorie van antwoord:

“Om het bewijs te kunnen leveren dat men steeds als een verantwoordelijk bestuurder heeft gehandeld en zich niet heeft onttrokken aan de collegiale verantwoordelijkheid van het bestuur voor een behoorlijk beleid, in het bijzonder op financieel-economisch gebied, zal men moeten aantonen dat

159. *Kamerstukken II 1980/81, 16 631, nr. 3 (MvT), p. 3 en 4.*

160. *Kamerstukken II 1980/81, 16 631, nr. 3 (MvT), p. 5.*

161. *Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 9, p. 22.*

*men steeds waakzaam is geweest dat fundamentele bestuursverplichtingen, zoals die tot het nauwkeurig bijhouden van een bedrijfsadministratie en het tijdig publiceren van de jaarstukken, worden nageleefd.”*¹⁶²

Indien een bestuurder door onoplettendheid of goedgelovigheid verzuimt bepaalde (essentiële) verplichtingen van de vennootschap in de boekhouding van de vennootschap te doen opnemen, valt hem dat ‘gewoon’ te verwijten en riskeert hij aansprakelijkheid:

*“Tegenover de mededelingen van de financieel directeur zal men redelijk kritisch moeten staan. Goedgelovigheid is geen kwaliteit van voor hun taak berekende bestuurders. Daarom lijkt mij dat een beroep op de disculpatiegronden slechts bij hoge uitzondering mogelijk moet zijn.”*¹⁶³

Die aansprakelijkheid riskeert de bestuurder dan niet in alleen in het kader van art. 2:138/248 BW, maar ook in het kader van art. 2:9 BW voor zover de vennootschap kan aantonen dat de vennootschap daardoor schade heeft geleden. Daarvoor zou mijns inziens niet vereist moeten zijn dat de bestuurder een ‘ernstig verwijt’ kan worden gemaakt (welke maatstaf zou zijn gerechtvaardigd met het argument dat een bestuurder zijn handelen niet in ‘onwenselijke mate’ door defensieve overwegingen laat bepalen). Vereist zou slechts moeten zijn dat een bestuurder een ‘gewoon verwijt’ kan worden gemaakt van het onvoldoende waakzaam zijn dat fundamentele bestuursverplichtingen, zoals die tot het nauwkeurig bijhouden van een bedrijfsadministratie, worden nagekomen.

5.3.10 *Maatstaf is vooral gericht op bestuurders (van kapitaalvennootschappen) die moeten ondernemen*

Het leerstuk van interne bestuurdersaansprakelijkheid heeft zich zowel in de wetsgeschiedenis als in de literatuur met name ontwikkeld met het oog op *kapitaalvennootschappen* en commerciële verenigingen en stichtingen (die per definitie een onderneming drijven) in het bijzonder, en niet met het oog op *rechtspersonen* in het algemeen (die niet per se steeds een onderneming drijven). Zo is hiervoor in hoofdstuk 3 toegelicht dat de betekenis van (on)behoorlijke taakvervulling/(on)behoorlijk bestuur als bedoeld in art. 2:9 BW, met name vorm heeft gekregen in de wetsgeschiedenis van art. 2:138/248 BW dat specifiek betrekking heeft op *kapitaalvennootschappen*. Kroeze heeft het

162. *Kamerstukken I* 1985/86, 16 631, nr. 27b, p. 14-15.

163. *Kamerstukken I* 1985/86, 16 631, nr. 27b, p. 5-6.

in zijn inaugurele reden “Bange bestuurders” dan ook expliciet over bestuurdersaansprakelijkheid in het kader van *kapitaalvennootschappen*.¹⁶⁴ Inmiddels is het gegeven dat ‘bestuurders moeten kunnen ondernemen’ dusdanig vanzelfsprekendheid geworden dat het als een belangrijk argument is teruggekomen in de wetsgeschiedenis van de Wet bestuur en toezicht,¹⁶⁵ waaruit het huidige art. 2:9 BW is voortgekomen:

*“Voorop moet blijven staan dat de vraag of sprake is van onbehoorlijk bestuur moet worden beantwoord naar het moment [het peilmoment, toev. auteur] waarop de betreffende handelingen werden verricht. Ten slotte: ondernemen is en blijft risico lopen. Van bestuurders kan niet worden verwacht dat zij uitsluitend handelen in die situaties waarin de te nemen stap al op alle mogelijke manieren is onderzocht, doorgerekend, van accountantsverklaringen voorzien en in schema’s gevat. Er moet ruimte blijven voor creativiteit, vernuft en durf. De samenleving is niet gediend met regelgeving die ondernemers stimuleert om telkens de voorkeur te geven aan risicomijdende beslissingen met weinig economisch voordeel. Een andere opstelling zou ook haaks staan op het streven van dit kabinet naar een vitale en innovatieve economie waarin bijvoorbeeld de overstap van werknemerschap naar zelfstandig ondernemerschap wordt gestimuleerd. Een grens wordt echter bereikt wanneer onverantwoordelijke risico’s worden genomen; dan bestaat aansprakelijkheidsrisico voor bestuurders.”*¹⁶⁶

Het voorgaande verklaart waarom het ondernemerschap een belangrijke rol heeft gespeeld bij de invulling van de behoorlijke taakvervullingsnorm en thans als rechtvaardiging wordt gezien voor de ernstigverwijtmaatstaf. Dat die focus daarop lag is niet vreemd, omdat besloten en naamloze vennootschappen in onze maatschappij nu eenmaal een belangrijke maatschappelijke en economische functie hebben.

Art. 2:9 BW heeft echter niet alleen betrekking op het bestuur van kapitaalvennootschappen, maar ook op het bestuur van *andere* rechtspersonen, zoals verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen. Omdat de ernstigverwijtmaatstaf zijn oorsprong heeft in de uitleg van art. 2:9 BW (en de Hoge Raad het in *Staleman/Van de Ven* ook heeft over rechtspersonen), mag men voorts veronderstellen dat de Hoge Raad de rechtvaardiging van de ernstigverwijtmaatstaf zoals gegeven in *Willemsen/NOM* van toepassing acht in het kader van de beoordeling van de aansprakelijkheid van bestuurders van *alle* rechtspersonen die ons rechtssysteem kent en dus niet

164. Kroeze 2005, p. 4.

165. Wet bestuur en toezicht, Wet van 6 juni 2011, Stb. 2011, 275 (per 1 januari 2013 in werking getreden).

166. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 9.

alleen van *kapitaalvennootschappen*. Het voorgaande leidt echter tot een problematische conclusie, want veel rechtspersonen drijven helemaal geen onderneming en bij veel rechtspersonen speelt ondernemerschap geen of in mindere mate een rol. Afgezien van de publiekrechtelijke rechtspersonen ex art. 2:1 BW, waarop art. 2:9 BW niet van toepassing is, en de kerkgenootschappen ex art. 2:2 BW, waarop art. 2:9 BW naar analogie van toepassing kan zijn,¹⁶⁷ omschrijft art. 2:3 BW dat ons rechtssysteem de volgende rechtspersonen kent: verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze en besloten vennootschappen en stichtingen.¹⁶⁸ Op al deze rechtspersonen is art. 2:9 BW van toepassing. Verenigingen, stichtingen en kerkgenootschappen hebben vaak een ideëel of maatschappelijk karakter en drijven veelal niet een onderneming.¹⁶⁹ Het doel van deze rechtspersonen is vaak het behartigen van (gemeenschappelijke) (ideële) belangen, al dan niet van zijn leden, aangeslotenen of belanghebbenden. In dit verband is het interessant om te kijken naar het hieronder opgenomen cijfermatig overzicht van de hoeveelheid en soorten rechtsvormen die wij in Nederland kennen.¹⁷⁰

Rechtspersonen gericht op winst	Aantal
Besloten vennootschappen	917.019
(Europese) naamloze vennootschappen	4.235
Buitenlandse (op) EG-vennootschappen (lijkende vennootschappen) met onderneming/hoofdvestiging in Nederland	7.539
Europees economisch samenwerkingsverbanden	54
Commanditaire vennootschappen	10.090
Onderlinge Waarborgmaatschappijen	279
Subtotaal	939.216
Rechtspersonen met ander/bijzonder doel	Aantal
Stichtingen	216.412
Verenigingen	234.812
Kerkgenootschappen	1.443
Publiekrechtelijke rechtspersonen	985
Andere privaatrechtelijke rechtspersonen	86
Subtotaal	453.738
Totaal	1.392.954

167. Zie art. 2:1 lid 3 BW en art. 2:2 lid 2 BW en Lennarts & Roest 2015, *T&C Boek 2 BW*, art. 2:2 BW, aant. 4.

168. In aanvulling daarop kent het Nederlandse recht sinds enige tijd de rechtspersonen van Europese origine: het Europees economisch samenwerkingsverband, de Europese naamloze vennootschap en de Europese stichting en vereniging, allen met (statutaire) zetel in Nederland.

169. C.H.C. Overes, 'Aansprakelijkheid van stichtingsbestuurders; bestuurders opgelet!', *Ondernemingsrecht* 2015/103, afl. 15, p. 518.

170. Bron: resultaten van een in opdracht van de auteur uitgevoerd onderzoek door de Kamer van Koophandel per 15 februari 2017.

HOOFDSTUK 5

Uit voorgaande tabel blijkt dat begin 2017 ca. 32% van alle rechtspersonen een stichting, vereniging of publiekrechtelijke rechtspersoon is. Deze rechtspersonen richten zich op het algemeen belang (de Staat)¹⁷¹ en/of hebben branchecodes van de Kamer van Koophandel waaruit blijkt dat ondernemerschap bepaald niet centraal staat. De hierna genoemde aantallen rechtspersonen met de daarbij genoemde branchecodes illustreert dat.¹⁷²

Branchecode	Aantal rechtspersonen
Levensbeschouwing/politiek/belangenbehartiging	128.938
Verpleging/verzorging en maatschappelijke dienstverlening	40.651
Gezondheidszorg/ziekenhuizen	9.781
Verpleging, jeugdzorg, verstandelijk gehandicapte zorg en opvang	10.228
Maatschappelijke dienstverlening en ouderenzorg	46.703
Sport en recreatie	45.384
Kunst	26.332
Openbare archieven, cultuur, monumentenzorg, natuurbehoud, kinderboerderijen	8.608

Er zouden in 2015 in totaal 4.360.720 natuurlijke personen (via een vereniging) lid zijn van één of meerdere van de 74 sportbonden die zijn aangesloten bij NOC*NSF.¹⁷³ De genoemde kerkgenootschappen hebben daarnaast duizenden kerken in Nederland met (in 2012) nog in totaal ca. 7 miljoen leden.¹⁷⁴

Ten aanzien van de hiervoor bedoelde rechtspersonen, die veelal geen onderneming zullen drijven (zoals gezegd ca. 32%¹⁷⁵ van alle rechtspersonen in Nederland), kan bezwaarlijk gesteld worden dat de door de Hoge Raad in *Willemsen/NOM* (en later in *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop*) gegeven rechtvaardiging voor het hanteren van de ernstigverwijtmaatstaf opgaat.¹⁷⁶ Overes schreef bijvoorbeeld dat het winststreven voor stichtingen niet als rechtvaardiging kan dienen bij het nemen van financiële risico's, hetgeen de marge waarbinnen het

171. Ook de Staat, provincies, gemeentes, waterschappen en andere lichamen, waar in totaal ca. 915.000 ambtenaren werken, zijn ex art. 2:1 BW rechtspersonen die zich – vanzelfsprekend – richten op het algemeen belang.

172. Ik beperk mij tot de grootste branches/sectoren en er kan overlap bestaan.

173. Bron: Rapportage NOC*NSF ledentallen 2015, <https://www.nocnsf.nl/ledentallen>. Omdat sommige van deze 4.360.720 natuurlijk personen lid zijn van meerdere sportbonden, bestond een totaal van 5.292.310 lidmaatschappen.

174. Het genoemde aantal leden van kerkgenootschappen is gebaseerd op (verouderde) bronnen geraadpleegd op internet. Het doel is niet om exact te zijn, maar om een beeld te schetsen.

175. Enige nuance is hier wel op zijn plaats omdat uiteraard een deel hiervan wel degelijk ook een onderneming zal drijven.

176. Welk 'maatschappelijk' belang de Hoge Raad op het oog zou hebben, licht de Hoge Raad niet toe, maar gelet op de verwijzing naar het arrest *Willemsen/NOM* mag aangenomen worden dat hij het belang dat een bestuurder moet kunnen ondernemen bedoelt.

bestuur risico's kan nemen verkleint.¹⁷⁷ Hoe verhoudt zich dit met de door de Hoge Raad genoemde rechtvaardiging voor een hoge drempel voor aansprakelijkheid, bestaande uit het (maatschappelijk) belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate laten bepalen door defensieve overwegingen? Zou – anders gezegd – niet geconcludeerd moeten worden dat deze rechtvaardiging niet goed opgaat voor deze stichtingen en geldt dit niet evengoed voor eerdergenoemde verenigingen en kerkgenootschappen? Voor de bestuurders van deze rechtspersonen zal het in het belang van de leden, aangeslotenen, belanghebbenden, werknemers of onderdanen (van de Staat) vaak juist wenselijk zijn dat zij hun handelen *wel* door defensieve overwegingen laten bepalen. Löwensteyn merkte ruim voor de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in dit verband op dat bij andere rechtspersonen dan kapitaalvennootschappen en economische verenigingen de doelstellingen vaak tot een voorzichtiger beleid nopen.¹⁷⁸

Bij rechtspersonen in de semipublieke sector, waar onder meer onregelmatigheden op financieel gebied mede invulling hebben gegeven aan het op 8 juni 2016 ingediende Voorstel van Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, is dit evengoed het geval.¹⁷⁹ Zo overwoog de Rechtbank Oost-Brabant dat uit de aard van de door Bureau Jeugdzorg uitgevoerde activiteiten in het algemeen

177. Overes 2015, p. 518, onder verwijzing naar A. Hendrikse, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in de not-for-profit sector: van liefdewerk, oud papier, de dingen die voorbijgaan', *Ondernemingsrecht* 2009/40, p. 175, Hendrikse 2010, p. 48 en M.L. Lennarts, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders bij stichtingen', in: *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: SDU Uitgevers 2011, p. 136 e.v.

178. Pitlo/Löwensteyn 1986, p. 75, herhaald in Pitlo/Löwensteyn & Raaijmakers 1994, p. 72.

179. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 2 (Voorstel van Wet). In zijn brief van 13 september 2013 van de Minister aan de Tweede Kamer, waarmee hij het Rapport Commissie Maatschappelijk verantwoord bestuur en toezicht in de semipublieke sector aan de Tweede Kamer aanbiedt (*Kamerstukken II* 2012/13 28 479, nr. 68), schrijft hij: "De afgelopen jaren hebben zich betreurenswaardige incidenten voorgedaan, die het vertrouwen van burgers in het functioneren van bestuurders en toezichthouders in semipublieke sectoren hebben geschaad, en daarmee het vertrouwen in de publieke zaak. Werken voor het maatschappelijk belang brengt een morele verantwoordelijkheid met zich mee. Hieraan heeft het helaas te vaak ontbroken, zo tonen de incidenten aan. Tegen deze achtergrond heeft het kabinet de commissie gevraagd gedragsregels voor professioneel en ethisch verantwoord handelen op te stellen voor bestuurders en interne toezichthouders." In de memorie van toelichting bij het huidige Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen (*Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 3 (MvT), p. 3) wordt verwezen naar dit Rapport: "Met de in dit wetsvoorstel neergelegde regeling wordt ook invulling gegeven aan de aanbevelingen van de Commissie Behoorlijk Bestuur (de Commissie Maatschappelijk verantwoord bestuur en toezicht in de semipublieke sector, onder voorzitterschap van mevrouw F. Halsema; zie bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28 479, nr. 68). Deze commissie heeft aangedrongen op een nauwkeuriger omschrijving van de taak en de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van instellingen in semipublieke sectoren, en op de invoering van een tegenstrijdig-belangregeling voor deze instellingen. Het voorstel

geen bijzondere financiële risico's voortvloeien en dat van het bestuur van een organisatie die handelt ter uitvoering van een publieke taak en daarbij volledig van overheidsgeld afhankelijk is, daarom een zekere voorzichtigheid bij het aangaan van financiële verplichtingen mag worden verwacht.¹⁸⁰ Het hof Amsterdam overwoog verder dat bij een stichting die een bejaardencentrum in stand hield, gelet op het doel van de stichting en de belangen van bij de stichting betrokken derden (met name de bewoners en de gemeente), het zorgvuldig voeren van het financiële beleid van de stichting een essentieel onderdeel van de taak van het bestuur is. Het lopen van grote financiële risico's met geleend geld is daarmee niet verenigbaar, hetgeen de bestuurders 'ernstig te verwijten' viel.¹⁸¹

Kortom, zou de Hoge Raad in een voorkomend geval zich moeten uitlaten over de interne aansprakelijkheid van een bestuurder van bijvoorbeeld een amateurvoetbal-, tennis- of wandelvereniging, een stichting die een goed doel behartigt en geen onderneming drijft, een kerkgenootschap of een rechtspersoon in de semipublieke sector met een specifiek doel waar ondernemen van ondergeschikt belang is, dan kan de Hoge Raad bezwaarlijk stellen dat een hoge drempel voor de aansprakelijkheid van deze bestuurder (in de vorm van de ernstigverwijtmaatstaf), wordt gerechtvaardigd door een belang dat deze bestuurder zijn handelen niet in onwenselijke mate door defensieve overwegingen heeft laten bepalen. Deze overweging zal dan niet bepaald dragend, laat staan relevant kunnen zijn. De onderbouwing van de ernstigverwijtmaatstaf die, naar mag worden aangenomen, geldend zou moeten zijn voor alle rechtspersonen, past gelet hierop mijns inziens wetsystematisch (binnen het systeem van de wet bestaan verschillende soorten rechtspersonen die niet allemaal een onderneming drijven) niet goed in de wet.

De behoorlijke taakvervullingsnorm, die blijkens de wetsgeschiedenis en literatuur weliswaar nadere invulling heeft gekregen met een focus op kapitaalvennootschappen, biedt daarentegen ruimte voor diversificatie tussen verschillende soorten rechtspersonen (is het een beursgenoteerde onderneming, een voetbalclub of een zorginstelling?). Afhankelijk van de aard van de rechtspersoon en van de omstandigheid dat de rechtspersoon al dan niet een onderneming drijft, kan bij de toepassing van deze behoorlijke taakvervullingsnorm rekening worden gehouden met de vraag hoe de objectieve maatman-bestuurder van

vormt verder de hoeksteen van de maatregelen ter verbetering van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in semipublieke sectoren, zoals deze zijn aangekondigd in de brief aan de Tweede Kamer van 12 november 2013 (Kamerstukken II 2013/14, 33 750 VI, nr. 31)."

180. Rb. Oost-Brabant 17 juli 2013, RO 2013/73 (*Stichting Bureau Jeugdzorg*).

181. Hof Amsterdam 21 september 2010, JOR 2011/40 m.nt. J.B. Wezeman (*Stichting Freule Lauts van Aysma*).

een vergelijkbare rechtspersoon, zijnde een rechtspersoon “*als de hunne*”¹⁸² (zie par. 5.3.6), zou hebben gehandeld op het moment van handelen. Gelet op de door de Hoge Raad gegeven rechtvaardiging voor de ernstigverwijtmaatstaf, bestaande uit het belang van de aan een rechtspersoon verbonden onderneming dat bestuurders zich niet in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten leiden, moet volgens mij geconcludeerd worden dat de ernstigverwijtmaatstaf onvoldoende recht doet aan het belang van diversificatie tussen de verschillende soorten rechtspersonen.

5.3.11 *Het gevaar van hindsight bias en een ‘vaderlijke aanmaning’ aan de feitenrechter*

De hiervoor in par. 5.3.10 uiteengezette kritiek zou gepareerd kunnen worden met de stelling dat de Hoge Raad met de onderbouwing van de ernstigverwijtmaatstaf in *Willemsen/NOM* niet alleen maar tot uiting wilde brengen dat bestuurders moeten kunnen ondernemen, maar simpelweg dat zij beleidsruimte moeten hebben om het beleid uit te stippelen. Ook bij niet commerciële rechtspersonen bestaat namelijk steeds de kans dat men de bestaande situatie en de toekomstige ontwikkelingen ondanks inzicht en bekwaamheid toch (achteraf bezien) verkeerd beoordeelt.¹⁸³ Een dergelijke reactie zou rationeel en gelet op de wetsgeschiedenis begrijpelijk zijn. In de literatuur wordt in dit verband gesproken over een ‘vaderlijke aanmaning’ van de Hoge Raad aan rechters niet té streng te toetsen en niet té snel aan te nemen dat het bestuur ‘grensoverschrijdend’ heeft gehandeld.¹⁸⁴ De voornaamste functie van de ernstigverwijtmaatstaf (oftewel, die ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’, die ‘verzwaarde maatstaf’) zou dan klaarblijkelijk zijn het bevorderen dat in rechte niet lichtvaardig aansprakelijkheid van de aangesproken bestuurder(s) wordt aangenomen, dus dat de feitenrechter hierdoor gepaste terughoudendheid betracht. De rechtspraak ter zake zou men dan vrijelijk kunnen vertalen als een ‘vaderlijke aanmaning’ daartoe.¹⁸⁵

182. Pitlo/Löwensteyn & Raaijmakers 1994, p. 273.

183. Pitlo/Löwensteyn 1986, p. 75, herhaald in Pitlo/Löwensteyn & Raaijmakers 1994, p. 72.

184. Assink 2005.

185. B.F. Assink, ‘De factor ‘wetenschap van benadeling’ in te onderscheiden vormen van bestuurdersaansprakelijkheid’, in: L. Timmerman e.a. (red.), *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 98), Deventer: Kluwer 2016, par. 7 en voetnoot 21.

Deze in de literatuur genoemde vaderlijke aanmaning wordt mede noodzakelijk geacht vanwege het gevaar van hindsight bias. Zo stelde Assink: “*Achteraf bezien (i.e. ex post) lijken beleidsfouten altijd beter voorzienbaar, waardoor het tentoonspreiden van wijsheid achteraf dreigt*”.¹⁸⁶ Ook Timmerman stelde dat het achteraf gemakkelijk is te oordelen dat, wanneer een zaak misloopt, een bestuurder in een complexe situatie met grote tijdsdruk anders had moeten handelen. Wijsheid achteraf is gemakkelijk. Het idee van het ernstig verwijt zou de rechter in feitelijke instantie volgens Timmerman mede om die reden waarschuwen om telkens met een zekere terughoudendheid te oordelen in kwesties van bestuurdersaansprakelijkheid.¹⁸⁷ Assink lichtte in dat verband nog toe dat bestuurders soms in een complexe casus onder grote tijdsdruk tot een bepaalde handelwijze moeten komen, waarbij de sociaal-psychologische realiteit speelt dat het menselijke brein nu eenmaal beperkt in staat is brokken informatie te verstouwen, te onthouden en om te zetten in inzichten en een daarop gebaseerde gedragslijn.¹⁸⁸ Met de ernstigverwijtmaatstaf zou de Hoge Raad, indachtig voorgaande problematiek, daarom een regel hebben geformuleerd die feitenrechters waarschuwt niet te snel bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW aan te nemen, onder meer in de vrees dat deze feitenrechters beïnvloed zouden kunnen worden door hindsight bias.

Nu zijn het fenomeen van hindsight bias en de door Assink genoemde sociaal-psychologische realiteit uiteraard punten die onderkend moeten worden. Het is mij uit de rechtspraak van de Hoge Raad echter niet gebleken dat juist deze motieven een rol hebben gespeeld bij de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf door de Hoge Raad in het arrest *Staleman/van de Ven* uit 1997. Uit deze en latere rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat in ieder geval niet expliciet met zo veel woorden. Als dat overigens wel zo zou zijn, dan zou men moeten concluderen dat deze motieven weliswaar begrijpelijk zijn, maar tevens overbodig. Want hebben feitenrechters een ‘vaderlijke aanmaning’ van de Hoge Raad nodig in de zin van de ernstigverwijtmaatstaf? Ik zou menen van niet. De toetsingsregels die de wetgever blijkens de wetsgeschiedenis voor ogen heeft gehad bij de toepassing van de behoorlijke taakvervullingsnorm van art. 2:9 BW manen de rechter immers reeds aan rekening te houden met de beleidsruimte van de bestuurder en met het risico van hindsight bias. De rechter dient het handelen van de bestuurder te toetsen naar het moment van handelen (het

186. Assink 2005. Het hindsight bias probleem werd ook aangehaald door Assink 2016, par. 45 en voetnoot 24 daarbij.

187. Timmerman 2016, par. 2. Zie ook: Assink 2013, par. 8 die sprak over een ‘rechtspolitieke boodschap’ van de Hoge Raad dat de verhoogde drempel van aansprakelijkheid niet snel wordt gehaald.

188. Assink 2016, par. 45 en de daarin genoemde bronnen.

peilmoment) (zie par. 3.7.6). De rechter dient voorts het handelen van de bestuurder te toetsen aan de hand van wat verstandige ondernemers in dezelfde of aanverwante branche van bedrijvigheid als onbehoorlijk zouden beschouwen (zie par. 3.7.3). Ik zou menen dat rechters (dus ook feitenrechters) juist bij uitstek geacht worden deze *uit de wetsgeschiedenis* blijkende instructie (of ‘vaderlijke aanmaning’) *van de wetgever* op te volgen zonder daarbij nog een ‘vaderlijke aanmaning’ van de Hoge Raad in de vorm van de ernstigverwijtmaatstaf te krijgen (een aanmaning die bovendien alles behalve duidelijk is). Uit de (feiten) rechtspraak (van de tijd voor en na de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf) is mij ook niet te ontwaren dat feitenrechters die aanmaning van de wetgever niet hebben opgevolgd. Wij mogen in een rechtsstaat als Nederland, waarin de redelijkheid en billijkheid hoog in het vaandel staat en waarin de kwaliteit van rechtspraak hoog is, voorts veronderstellen dat rechters in ieder geval in staat zijn rekening te houden met de door Assink gesignaleerde sociaal-psychologische realiteit. Wij doen rechters tekort als wij aannemen dat zij daarvoor een waarschuwing of vaderlijke aanmaning van de Hoge Raad nodig hebben. Maar als een dergelijke vaderlijke aanmaning al geboden zou zijn, dan lijkt het mij, gelet op de bedoelde wetsgeschiedenis, zuiverder als deze aanmaning zou luiden dat feitenrechters bij de beoordeling van aansprakelijkheid van een bestuurder gehouden zijn om het handelen van de bestuurder te toetsen naar het moment van handelen (het peilmoment) aan de hand van wat verstandige ondernemers in dezelfde of aanverwante branche van bedrijvigheid als behoorlijk zouden beschouwen, rekening houdend met een bepaalde beleidsruimte.

Rechters zullen bovendien vrijwel altijd een situatie achteraf moeten beoordelen en daarbij derhalve vrijwel altijd rekening moeten houden met de gesignaleerde sociaal-psychologische realiteit en met het gevaar van hindsight bias. Dat is niet alleen in bestuurdersaansprakelijkheidszaken het geval, maar ook in talloze andere rechtsgebieden (denk aan de nakoming van inspanningsverbintenissen, de vraag of een opdrachtnemer ex art. 7:401 BW ‘heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot te werk zou zijn gegaan’ of het strafrecht, om maar een paar voorbeelden te noemen). Het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht vormt daar geen uitzondering op. Het vormt dus ook geen reden een zwaardere drempel voor aansprakelijkheid in de vorm van de ernstigverwijtmaatstaf te hanteren als waarschuwing voor feitenrechters om terughoudend te zijn in het concluderen tot aansprakelijkheid. Als een rechter in een specifiek geval onverhoopt wel gevoelig blijkt voor hindsight bias en zich daardoor heeft laten beïnvloeden (rechtspraak blijft mensenwerk),¹⁸⁹ dan zal de ernstigverwijtmaatstaf het ‘hindsight bias-probleem’

189. Huizink 2009, p. 113 opmerkt, is rechtspraak mensenwerk. In gelijke zin Bartman 2014: “Het betreft weliswaar ons hoogste rechtscollege, maar tenslotte blijft het mensenwerk.”

bovendien niet oplossen. De rechter zal onder invloed van hindsight bias immers evengoed alsnog kunnen concluderen dat een ernstig verwijt aanwezig is.

Overigens dient bij dit alles te worden opgemerkt dat de Hoge Raad uiteraard een belangrijke functie heeft in het bevorderen en bewaken van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid. Daarbij gaat het om de eenvormige uitleg en toepassing van rechtsregels en rechtsbegrippen door de *nadere* invulling en uitleg van open wettelijke normen (zie par. 2.3.4). Feitenrechters ontleen daarom ook houvast aan de rechtspraak van de Hoge Raad en de Hoge Raad kan als het ware ‘vaderlijke aanmaningen’ geven in de vorm van verder verfijnde rechtsregels die zijn gebaseerd op de wet. Maar de ernstigverwijtmaatstaf uit *Staleman/Van de Ven* is niet aan te merken als een dergelijke verder verfijnde norm van de open wettelijke norm van art. 2:9 BW. De ernstigverwijtmaatstaf is op zijn beurt immers zelf een open en vage norm die bovendien niet lijkt te passen in het systeem van art. 2:9 BW (zie par. 5.3.1 t/m 5.3.10). De Hoge Raad geeft met de maatstaf ook niet een nadere invulling aan de norm van art. 2:9 BW door een op art. 2:9 BW geënte verder verfijnde norm te formuleren die in specifieke omstandigheden kan worden toegepast (zie hierna par. 5.6).

Uit minder in de doctrine en rechtspraak geciteerde overwegingen uit het arrest *Staleman/Van de Ven* blijkt overigens dat het arrest wel andere rechtsverfijnende normen bevat. Zo overwoog de Hoge Raad in *Staleman/Van de Ven* dat de op feitelijke waarderungen berustende gedachtegang van het hof dat het niet van goed koopmanschap getuigt indien langlopende verbintenissen met een vast, vrij laag rentepercentage worden afgedekt door korte of middellange kredieten met variabele en hogere rente, en dat het karakter van korte of middellange kredieten meebrengt dat het (te) riskant is hierop een beleid te bouwen, geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.¹⁹⁰ Deze verfijnde norm biedt houvast aan feitenrechters voor de invulling van art. 2:9 BW. Een ander goed voorbeeld waarin een verder verfijnde norm werd geformuleerd is het arrest *Berghuizer Papierfabriek*,¹⁹¹ dat gaat over de vraag of handelen in strijd met de statuten onbehoorlijke taakvervulling oplevert.

De ernstigverwijtmaatstaf is zoals gezegd echter niet als een zodanige verder verfijnde norm aan te merken en voor zover met de ernstigverwijtmaatstaf zou zijn beoogd feitenrechters een vaderlijke aanmaning te geven niet tot aansprakelijkheid te komen, terwijl op basis van de toetsingsregels blijken uit

190. HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*), r.o. 3.3.2.

191. HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 455 (*Berghuizer Papierfabriek*).

de parlementaire geschiedenis wel tot aansprakelijkheid dient te worden geconcludeerd, geldt dat deze vaderlijke aanmaning naar mijn mening strijdig is met de trias politica (zie par. 2.3.2, 2.3.4 en 2.3.5). Hoewel feitenrechters in beginsel de Hoge Raad zullen volgen, zijn zij daartoe niet verplicht en zijn ook zij gehouden aan de in art. 11 Wet AB neergelegde verplichting om “*volgens de wet*” recht te spreken. We kennen in Nederland bovendien geen strikte precedentenwerking (zie ook het citaat van oud-raadsheer bij de Hoge Raad Hammerstein in par. 2.3.4).¹⁹² Ik zou menen dat feitenrechters gelet op het voorgaande gehouden zijn de bedoelde vaderlijke aanmaning naast zich neer te leggen.

Al hetgeen ik hiervoor in par. 5.3.11 heb uiteengezet, geldt overigens evengoed bij externe bestuurdersaansprakelijkheid (zie par. 10.10 hierna).

5.4 Teleologische analyse

De taal, historie en het systeem van art. 2:9 BW gaven voor het wijzen van het arrest *Staleman/Van de Ven* reeds voldoende duidelijkheid over de betekenisgeving van art. 2:9 BW. Die betekenisgeving was in overeenstemming met de eisen en de behoefte die in het maatschappelijk verkeer bestonden voor de toepassing van de bepaling.¹⁹³ Een teleologische interpretatie van art. 2:9 BW, zou die al in *Staleman/Van de Ven* en de daaraan voorafgaande literatuur ten grondslag hebben gelegen aan de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf, lijkt daarom geen rechtvaardiging te bieden voor de introductie en het toepassen van de ernstigverwijtmaatstaf bij interne bestuurdersaansprakelijkheid.

5.5 Anticiperende analyse

Vanwege de bijzondere omstandigheid dat in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw reeds enkele decennia gewerkt werd aan een nieuw Burgerlijk Wetboek voordat dit op 1 januari 1992 werd ingevoerd, werd in de literatuur en in de rechtspraak in toenemende mate vooruit gelopen op het nieuwe

192. Hammerstein 2009, p. 674.

193. Uit de literatuur uit de periode voor *Staleman/Van de Ven* volgde overigens ook niet een wens om een nieuwe maatstaf te introduceren en werd de behoorlijke taakvervullingsnorm in het licht van de wetsgeschiedenis goed omschreven. Hierbij werd steeds benadrukt dat de bestuurder beleidsruimte heeft, dat zijn handelen niet met hindsight bias moet worden beoordeeld en dat de objectieve maatstaf van de redelijk handelend bestuurder geldt. Zie bijvoorbeeld: Sanders/Westbroek/Buijn/Storm 1994, *BV en NV*, p. 167; Slagter 1993, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 60 en p. 228; Pitlo/Löwensteyn 1986, p. 76, herhaald in Pitlo/Löwensteyn & Raaijmakers 1994, p. 70 e.v.

Burgerlijk Wetboek, het huidige BW.¹⁹⁴ Er werd geanticipeerd op de nieuwe regelgeving. Beschouwt men de wetsgeschiedenis van art. 7:661 BW, art. 6:170 BW en art. 2:138/248 BW, welke bepalingen ten tijde van de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in de literatuur deel uitmaakten van die nieuwe regelgeving, dan moet geconcludeerd worden dat in de literatuur juist niet werd geanticipeerd op deze regelgeving. Uit die regelgeving en de wetsgeschiedenis daarbij bleek, zoals hiervoor in par. 5.2.2 uiteengezet, namelijk dat de regering uitdrukkelijk ervoor had gekozen de term ‘grove schuld’, die in wezen niet verschilde met de ernstigverwijtmaatstaf, los te laten omdat dit criterium de grenzen waarbinnen aansprakelijkheid van de bestuurders bestaat te eng stelde. Ook vanuit een anticiperende analyse is de ernstigverwijtmaatstaf daarom niet te rechtvaardigen.

5.6 Doctrine, rechtsverfijning en de betekenis van de ernstigverwijtmaatstaf: schuldgradatie, toerekeningsmaatstaf of toetsingsnorm/aansprakelijkheidsnorm?

Hoewel uit de voorgaande paragrafen blijkt dat de introductie en toepassing van de ernstigverwijtmaatstaf bij art. 2:9 BW rechtstheoretisch niet goed te verdedigen lijkt, is de in 1997 in *Staleman/Van de Ven* geïntroduceerde ernstigverwijtmaatstaf in de doctrine als uitgangspunt overgenomen. In de doctrine is een leer ontstaan waarin de ernstigverwijtmaatstaf centraal staat. Zowel bij de vraag of sprake is van ‘onbehoorlijk bestuur’ van het bestuur als collectief, als bij de vraag of de individuele bestuurder zich kan disculperen, speelt deze in 1997 geïntroduceerde term in de doctrine tot op de dag van vandaag een cruciale rol (zie par. 5.3.6).¹⁹⁵

Tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat in de doctrine nog steeds geen duidelijkheid bestaat over wat de term ‘ernstig verwijt’ nu precies betekent en wat de Hoge Raad ermee bedoeld heeft. Assink en Olden merkten bijvoorbeeld in 2005 op:

“Nu de Hoge Raad niet bepaalt dat de [ernstig verwijt-, toev. auteur] toets die het gerechtshof aanlegt ‘dubbelop’ is en op die grond onjuist, blijft in het midden wat nu de verhouding is tussen ‘ernstig verwijt’ en ‘onbehoorlijke taakvervulling’. Uit de formulering van de door de Hoge Raad beantwoorde vraag wordt deze verhouding evenmin duidelijk. In de daaropvolgende arresten Van Dooren/Hendriks, Moonen/Prickartz q.q., Schwandt/Berghuizer Papierfabriek en Skipper Club Charter/Jaarsma bevestigt de Hoge Raad

194. Tak 1994, p. 277 en Franken e.a. 1999, p. 197.

195. Zie bijvoorbeeld: Asser/Maeijer 2-III 2000/321; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/446 en Assink 2014.

*telkens de juistheid van de in Staleman/Van de Ven geïntroduceerde maatstaf, maar licht hij het gehanteerde toetsingsmechanisme niet toe. Hoe bont moet een bestuurder het nu maken voordat hij aansprakelijk is ex art. 2:9 BW?*¹⁹⁶

De door Assink en Olden geconstateerde onduidelijkheid over de verhouding tussen de termen ‘ernstig verwijt’ en ‘onbehoorlijke taakvervulling’, kon alleen maar bestaan omdat de betekenis en de functie van de term ‘ernstig verwijt’ onduidelijk was (en ook niet was terug te voeren op de wettelijke bepaling van art. 2:9 BW). Zie in dit verband ook de aangehaalde literatuur in mijn grammaticaal-wetshistorische analyse in par. 5.2.2. In latere literatuur werd over de ernstigverwijtmaatstaf gesteld dat nog “*weinig duidelijkheid bestaat over de precieze hoogte van de door de Hoge Raad geïntroduceerde aansprakelijkheidsdrempel*” en dat juist dit een “*heel belangrijke kwestie*” is. Ook werd gesteld dat de Hoge Raad in het midden laat wat de precieze verhouding is tussen de begrippen ‘onbehoorlijke taakvervulling’ en ‘ernstig verwijt’ en dat geen inhoudelijk verschil bestaat tussen feiten die onbehoorlijke taakvervulling constitueren en feiten die een ernstig verwijt constitueren.¹⁹⁷ In dit kader moet worden geconstateerd dat de Hoge Raad de term ‘ernstig verwijt’ tot op de dag van vandaag niet heeft toegelicht.¹⁹⁸ Het lijkt er dan ook vooral op dat in de doctrine de term is overgenomen *omdat* de Hoge Raad de term nu eenmaal systematisch is blijven gebruiken (dat is ook begrijpelijk, de Hoge Raad is immers ons hoogste rechtscollege). Dit doet de vraag rijzen of het recht nu is verfijnd met de ernstigverwijtmaatstaf. Oftewel, kan gezegd worden dat de norm van art. 2:9 BW een betrekkelijk vage norm is die invulling behoeft welke invulling de ernstigverwijtmaatstaf heeft gegeven? Is sprake van rechtsverfijning?

Als eerste moet in dit verband worden opgemerkt dat het enkel gebruik van een (nieuwe) term in het recht vanzelfsprekend geen toegevoegde ‘verfijnende’ waarde heeft indien aan die term niet een bepaalde betekenis kan worden toegekend. Taal en terminologie hebben niet een doel op zich, maar hebben – zeker in het recht – als doel om de werkelijkheid te ordenen en betekenis te geven (zie par. 2.2). Dat betekent dat duidelijk moet zijn welke betekenis en functie een term heeft. Terwijl de Hoge Raad niet heeft duidelijk gemaakt wat hij met

196. Assink & Olden 2005, p. 9.

197. B Assink, Bröring, Timmerman & De Valk 2011, p. 25 en p. 68.

198. In het arrest HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (*Willemsen/NOM*), r.o. 5.3 heeft de Hoge Raad de maatstaf meer dan tien jaar na de introductie weliswaar een ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’ genoemd en heeft hij een rechtvaardiging gegeven voor deze ‘hoge drempel’, maar de Hoge Raad heeft niet toegelicht wat die hoge drempel nu precies inhoudt. Het antwoord op de vraag in welke verhouding de drempel dan hoog is (hoog in vergelijking waarmee?) blijft bijvoorbeeld in het midden. Ook is niet duidelijk of de ernstigverwijtmaatstaf een bepaalde schuldgradatie impliceert of niet.

de term bedoelt, kan in dit verband reeds gesteld worden dat de betekenis van de term ‘ernstig verwijt’ institutioneel taalkundig (dus vanuit een grammaticaal-wetshistorische benadering) op zichzelf beschouwd niet geschikt lijkt om art. 2:9 BW te verfijnen (zie par. 5.2.2). Zonder nadere toelichting van de Hoge Raad over de betekenis van de term, moet ook geconstateerd worden dat de vraag of een bestuurder een ernstig verwijt treft, net zo abstract of misschien wel abstracter is dan de vraag of een bestuurder onbehoorlijke taakvervulling kan worden verweten. De ernstigverwijtmaatstaf is dus niet concreter (minder abstract, zie Drion in par. 2.4.9) dan de behoorlijke taakvervullingsnorm. Vanuit dat oogpunt kan niet gesteld worden dat de in art. 2:9 BW gestelde regel te ruim was gesteld en dat de algemene regel van art. 2:9 BW is verbijzonderd/verfijnd met de ernstigverwijtmaatstaf.¹⁹⁹ Dat geen sprake is van rechtsverfijning, wordt mijns inziens ook goed geïllustreerd door wat Assink in 2010 schreef over het begrip ‘ernstig verwijt’.²⁰⁰

“Dit begrip, dat sinds 1997 aan een gestage opmars bezig is in het Nederlandse ondernemingsrecht en door de Hoge Raad vereist wordt voor het aannemen van persoonlijke aansprakelijkheid, is notoir onduidelijk. Ik onderken in dit verband ten minste drie knelpunten die aandacht behoeven.”

Hij schreef vervolgens:

“Een eerste knelpunt is dat de anatomie van het begrip ‘ernstig verwijt’, veertien jaar na introductie, nog steeds vrijwel geheel in nevelen is gehuld. De praktijk weet simpelweg niet precies wat het is, hoe het mechaniek werkt. Gedacht kan bijvoorbeeld worden (i) aan een gekwalificeerde normschending, (ii) aan een gekwalificeerde mate van schuld, (iii) aan beide, in de zin van een geïntegreerde benadering of (iv) aan (toerekenbare) schending van een gedragsnorm met een zeker gewicht, dus alleen aan schending van bepaalde normen. Denkbaar is ook (v) dat het begrip op verschillende manieren kan functioneren, soms op de ene wijze en dan weer op de andere; in deze benadering kan het mechaniek morphen, telkens een wisselende gedaante aannemen. Vragen, vragen, vragen; de literatuur is overvloedig en de Hoge Raad geeft het antwoord niet. Duidelijk is eigenlijk alleen dat ‘ernstig verwijt’ een objectief begrip is (geen subjectieve kwade trouw vereist), dat beoogt het aansprakelijkheidsrisico van de bestuurder enigszins te beperken. Dit laatste is wel belangrijk, maar als oogst vrij mager.”

199. Tak 1994, p. 282 en Franken e.a. 1999, p. 191 e.v.

200. B.F. Assink, ‘De Januskop van het ondernemingsrecht – Over faciëring en regulering van ondernemerschap’, *Ondernemingsrecht* 2010/50, par. 55 e.v.

In 2011 en 2013 herhaalde Assink dat in de praktijk onzekerheid bestaat over de invulling van de ernstigverwijtmaatstaf en dat de invulling van de maatstaf ‘notoir onduidelijk’ is. Assink betoogde in dat verband dat vrijtekening van bestuurders mogelijk moet zijn omdat dit de rechtszekerheid voor de bestuurder zou vergroten.²⁰¹

Gelet op alle onduidelijkheid over de term ‘ernstig verwijt’ is het begrijpelijk dat hierover in de doctrine zoveel is geschreven (zie wederom par. 5.2.2). De doctrine heeft verwoede pogingen gedaan om die duidelijkheid alsnog te creëren. Wat betekent de term nu? Om die vraag te beantwoorden, zal ik hieronder nogmaals ingaan op de betekenis die de doctrine heeft getracht te geven aan de term. De vraag die ik daarmee zal proberen te beantwoorden, is of de term los van zijn institutioneel taalkundige betekenis alsnog als rechtsverfijning kan worden aangemerkt.

Strik stelde in 2010 dat de ernstigverwijtmaatstaf in feite een toerekeningsmaatstaf is. Daartoe stelde zij dat in art. 2:9 BW het element van toerekenbaarheid van de onbehoorlijke taakvervulling aan het bestuur als collectief niet is geëxpliciteerd. Volgens Strik kan het zo zijn dat de onbehoorlijke taakvervulling wel toerekenbaar is aan het bestuur als collectief, doch dat dit desondanks niet toerekenbaar is aan een individuele bestuurder omdat deze persoon zich wel kan disculperen. Volgens Strik diende na vaststelling van de schending van de gedragsnorm (onbehoorlijke taakuitoefening of onbehoorlijk bestuur), nog een dubbele toets²⁰² plaats te vinden bij de beoordeling van toerekenbaarheid; een collectieve en – voor zover een disculpatieverweer is gevoerd – een individuele. Bij die toerekeningstoets speelde volgens Strik de gradatie van schuld weer een rol. Strik meende dat bestuurders niet zonder meer aansprakelijk behoren te zijn indien opzet of bewuste roekeloosheid ontbreekt. De analyse daarvan kon volgens Strik worden verdisconteerd in het oordeel of sprake is van onbehoorlijk bestuur of niet. Daarna zou bij de disculpatievraag opnieuw de

201. Assink 2011, par. 2.V, Onderwerp 2 en Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 1172. Ik ga niet verder in op de mogelijkheid van vrijtekening en beperk mij tot de opmerking dat een vrijtekening mijns inziens in strijd is met het dwingend-rechtelijke karakter van art. 2:9 BW. Zie daarover: W.A. Westenbroek, ‘Vrijtekening’, in: B.F. Assink e.a. (red.), *De Vele gezichten van Maarten Kroeze’s ‘bange bestuurders’*, *Opstellen voor Prof. mr. M.J. Kroeze vanwege zijn toetreden als raadsheer tot de civiele kamer van de Hoge Raad der Nederlanden per 1 september 2016* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 104), Deventer: Kluwer 2017, p. 403-413.

202. Een ‘dubbele toets’ kwam ook terug in: Rb. Rotterdam 6 april 2016, C/10/449142/HA ZA 14-420; Hof Amsterdam 12 juni 2012, *JOR* 2012/348 (*Nederlandse Rode Kruis*), r.o. 3.3.2 en Rb. Arnhem 21 mei 2008, *JOR* 2008/222 (*Stichting STOAS*), waarover in par. 6.7 meer.

vraag aan de orde moeten komen of de individuele bestuurder heeft gehandeld met opzet of bewuste roekeloosheid.²⁰³ Als ik de conclusie van Strik goed begrijp en deze probeer samen te vatten, dan stelde zij dat de term ‘ernstig verwijt’ een toerekeningsmaatstaf was, die ertoe leidt dat bestuurders niet zonder meer aansprakelijk zijn indien opzet of bewuste roekeloosheid ontbreekt. Oftewel, indien opzet of bewuste roekeloosheid ontbreekt, zou de onbehoorlijke taakvervulling niet aan de bestuurders kunnen worden toegerekend.

Of het nu een toerekeningsmaatstaf of een aansprakelijkheidsmaatstaf wordt genoemd, duidelijk is dat Strik ervan uitging dat schuld in de vorm van opzet of bewuste roekeloosheid is vereist. Dat is begrijpelijk (zie ook par. 5.2.2). Het feit dat in de doctrine nog steeds wordt stilgestaan bij de verhouding tussen de ernstigverwijtmaatstaf en de term ‘opzet of bewuste roekeloosheid’, geeft aan dat het begrip ook nu in de doctrine nog niet geheel wordt losgezien van een bepaalde schuldgradatie. De term ‘ernstig verwijt’ suggereert een bepaalde mate van schuld. Ons burgerlijk recht kent vele civielrechtelijke verschijningsvormen van schuld, zogenoemde schuldgradaties. Naast de termen ‘grove schuld’, ‘opzet’, en ‘bewuste roekeloosheid’, kennen wij bijvoorbeeld de nog verder verfijnde termen ‘merkelijke schuld’, ‘onbewuste roekeloosheid’, ‘waarschijnlijkheidsbewustzijn’, ‘zekerheidsbewustzijn’, ‘voorwaardelijk opzet’ en ‘oogmerk’.²⁰⁴ Of de Hoge Raad bedoeld heeft om aansluiting te zoeken bij een van deze schuldgradaties weten we niet, want de Hoge Raad heeft zich daar niet over uitgelaten.

Als we, gelet op de institutionele betekenis van de term ‘ernstig verwijt’ en de standpunten die daarover in de doctrine naar voren zijn gebracht, echter als uitgangspunt nemen dat de term inderdaad een bepaalde schuldgradatie of toerekeningsmaatstaf zou behelzen, dan kan de vraag worden beantwoord of het recht daarmee is verfijnd. Het antwoord op die vraag is naar mijn mening in dat geval negatief. Art. 2:9 BW abstraheert namelijk van een schuldgradatie. Voor de vraag of een bestuurder aansprakelijk is op grond van art. 2:9 BW, is slechts relevant of hem onbehoorlijke taakvervulling kan worden verweten hetgeen volledig *objectief* dient te worden bepaald aan de hand van de vraag of de bestuurder is tekortgekomen in zijn verbintenissen jegens de rechtspersoon (lees: schuld in één van de hiervoor genoemde civielrechtelijke verschijningsvormen is niet relevant). Daaronder valt ook de verbintenis om maatregelen te treffen de gevolgen van eventuele onbehoorlijke taakvervulling af te wenden (de disculpatiegrond).²⁰⁵ De visie van Strik dat bestuurders niet zonder meer

203. Strik 2010, p. 23-24, 28, 30 en 49.

204. Zie bijvoorbeeld: I. Haazen, ‘Roekeloosheid en bewuste roekeloosheid in de systematiek van het Burgerlijk Wetboek’, *WPNR* 2004/6569, p. 193-198 en *WPNR* 2004/6570, p. 209-213.

205. En bij die disculpatie speelt de ernstigverwijtmaatstaf, hoewel die is gecodificeerd, geen rol. Zie hierover hoofdstuk 8.

aansprakelijk behoren te zijn indien opzet of bewuste roekeloosheid ontbreekt, lijkt daar niet mee te rijmen. Er is sprake van onbehoorlijke taakvervulling, of niet. Dat is een vaststelling die is gebaseerd op een feitelijke objectieve beoordeling van de kennis en het handelen van het bestuur of één of meer bestuurders (zie par. 3.7.4 en par. 3.7.7). Een schuld- en/of toerekeningsvraag speelt daarin – anders dan de vraag naar geobjectiveerde wetenschap – geen rol. Indien onbehoorlijke taakvervulling eenmaal is vastgesteld legt de wet ex art. 2:25 BW dwingendrechtelijk hoofdelijk aansprakelijkheid op aan iedere bestuurder, met een beperkte mogelijkheid tot disculpatie die te vergelijken is met het beroep op overmacht in de zin van art. 6:75 BW (zie par. 3.8 hiervoor). Deze wettelijke aansprakelijkheid zorgt ervoor dat de onbehoorlijke taakvervulling aan de bestuurder toerekenbaar is, namelijk op grond van de wet.²⁰⁶ Indien de wetgever overigens had beoogd persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders jegens de rechtspersoon te beperken tot de gevallen waarin een bepaalde mate van schuld aanwezig is, dan wel sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid ('waardoor het onbehoorlijk bestuur kan worden toegerekend'), dan mag aangenomen worden dat de wetgever dat uitgangspunt wel zou hebben gecodificeerd in art. 2:9 BW toen de wetgever dat ook voor werknemers had gedaan in art. 6:170 lid 3 BW en art. 7:661 BW. Dat is niet gebeurd. Zou de ernstigverwijtmaatstaf dus inderdaad een bepaalde schuldgradatie of toerekeningsmaatstaf behelzen, dan zou geconcludeerd moeten worden dat de introductie daarvan niet als rechtsverfijning, maar als rechtsvorming in strikte zin is aan te merken. Rechtsvorming in strikte zin is echter aan de wetgever voorbehouden en niet aan de rechter of doctrine (zie par. 2.3).

In de doctrine is echter ook een stroming te ontwaren die de ernstigverwijtmaatstaf niet plaatst in het kader van de vraag naar schuld of toerekening, maar die het zoekt in regels die de rechter dient te hanteren bij de beoordeling van het handelen van de bestuurder. Deze stroming vindt haar oorsprong in een betoog van Timmerman uit 2003, waarin hij op heldere en genuanceerde wijze

206. Zou men de vergelijking willen maken met art. 6:162 lid 3 BW, dan geldt dat een onrechtmatige daad op grond van art. 6:162 BW aan de dader kan worden toegerekend indien zij is te wijten aan zijn schuld of aan een oorzaak die krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. De formele wet bepaalt in art. 2:9 BW dat het bestuur hoofdelijk aansprakelijk is voor onbehoorlijk bestuur. Dan moet men ook concluderen dat onbehoorlijk bestuur 'krachtens de wet' aan de individuele bestuurder is toe te rekenen behoudens disculpatie. Zie voorts: Asser/Sieburgh 6-I 2016/318 die in verband met art. 6:74 BW en 6:75 BW schrijft: "*Trouwens ook de uitdrukking 'toerekenbare tekortkoming' behoeft op zichzelf geen verwijt te impliceren. De wet aanvaardt immers toerekenbaarheid niet slechts indien een tekortkoming is te wijten aan de schuld van de schuldenaar, doch ook indien zij krachtens de wet, een rechtshandeling of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.*"

uiteenzette hoe de rechter – in het kader van een enquêteprocedure – het door de onderneming gevoerde beleid beperkt dient te toetsen gelet op de beleidsruimte van ondernemingen.²⁰⁷ Hij constateerde terecht dat in een enquêteprocedure de vennootschap ter verantwoording wordt geroepen en niet de individuele functionarissen, maar dat, gelet op de fictie van de rechtspersoon als juridische uitvinding van juristen, de rechter in dit verband wel noodzaak zal zijn om het gedrag van individuele functionarissen dat aan de vennootschap moet worden toegerekend, te toetsen. Dit brengt volgens Timmerman een moeilijkheid in de praktijk met zich die een bepaald relatief denken vereist. Timmerman maakte daarom het onderscheid tussen *toetsingsnormen* die gelden voor het toetsen van het beleid van de vennootschap en *gedragsnormen* die gelden voor het toetsen van het gedrag van de bestuurder (zie over dit onderscheid hiervoor par. 2.3.7 en de verwijzingen naar de daarin genoemde bronnen). Timmerman concludeerde:

“Wanneer de Ondernemingskamer het gedrag van de vennootschap beoordeelt – het gaat dan, zoals gezegd, meestal om gedrag van een bestuurder dat toegerekend is aan de vennootschap –, brengt de gedachte van beperkte toetsing mee dat zij een minder strenge norm toepast dan die welke geldt voor de bestuurder in relatie tot zijn vennootschap. Een voorbeeld: Een bestuurder die handelt in strijd met de statuten zal doorgaans jegens de vennootschap onbehoorlijk besturen. In zo’n geval hoeft er echter geen sprake te zijn van wanbeleid. Niet elk onbehoorlijk handelen van een bestuurder levert wanbeleid op.”

Timmerman schreef daarom voorts terecht dat de toetsingsnormen die de rechter voor de beoordeling van aan de vennootschap toegerekend gedrag van de bestuurder hanteert in het kader van het oordeel ‘wanbeleid’, niet dezelfde zijn als de normen die de bestuurder zelf jegens zijn vennootschap in acht dient te nemen in het kader van het oordeel ‘behoorlijk bestuur’. Timmerman maakte in het kader van het *enquêterecht* daarom het onderscheid tussen ‘toetsingsnormen’ die gelden voor een terughoudende toetsing van *het beleid van de vennootschap* en ‘gedragsnormen’ die gelden voor het toetsen van *het gedrag van de bestuurder*. Het betoog van Timmerman in 2003 had gelet op het voorgaande vooral betrekking op de wijze van toetsing van ondernemingsbeleid in het kader van de *enquêteprocedure*. Hij opperde aan het slot

207. Timmerman 2003b, p. 555 e.v.

van zijn betoog echter dat als het gaat om een *bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure* vanwege onbehoorlijk bestuur op grond van art. 2:9 BW, de terughoudendheid van het oordeel van de rechter gevonden zou kunnen worden in het stellen van hoge eisen aan de verwijtbaarheid van het gedrag van de bestuurder.²⁰⁸

In 2006 en vervolgens in 2009²⁰⁹ maakte Timmerman opnieuw het onderscheid tussen gedragsnormen en toetsingsnormen, maar nu paste hij het onderscheid expliciet toe in het kader van de toetsing van *aansprakelijkheid van bestuurders* ex art. 2:9 BW, in plaats van toetsing van wanbeleid in het kader van een *enquêteprocedure*. De ‘gedragsnorm’ zou zien op de wijze waarop een bestuurder zijn taak moet vervullen: hij moet dat op behoorlijke wijze doen. De ‘toetsingsnorm’ of de ‘aansprakelijkheidsnorm’,²¹⁰ die afwijkt van de gedragsnorm, zou bepalen wanneer een bestuurder aansprakelijk is voor onbehoorlijke taakvervulling, namelijk als sprake is van ernstige verwijtbaarheid. Het betoog van Timmerman was voor een belangrijk deel geïnspireerd door de Amerikaanse zogenoemde ‘*business judgment rule*’.²¹¹ Timmerman, die stelde evenwel geen voorstander te zijn van een mechanistische toepassing van de business judgment rule, vond vooral het idee fraai dat naarmate een eigen belang bij het verrichten van een handeling sterker betrokken is, de toetsing door de rechter des te strenger mag uitvallen.²¹²

Het door Timmerman gemaakte onderscheid tussen gedragsnorm en toetsingsnorm maakte het mogelijk de in 1997 door de Hoge Raad geïntroduceerde ernstigverwijtmaatstaf in te passen in art. 2:9 BW doordat deze naast de gedragsnorm van de behoorlijke taakvervulling als een toetsingsnorm/aansprakelijkheidsnorm van art. 2:9 BW kon fungeren. Het onderscheid is in de doctrine vervolgens door meerdere schrijvers onderschreven. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme stelden bijvoorbeeld dat de toetsingsnorm

208. Timmerman 2003b, p. 555 e.v.

209. Timmerman 2009a, nr. 31 en 32; Timmerman 2009b, p. 481 e.v. zich baserend op Drion 1973, p. 49 e.v. Zie ook Timmerman 2006. Kroeze 2005 wijst in voetnoot 65 ook naar dit door Timmerman gemaakte onderscheid. Assink & Olden 2005 maken het onderscheid ook.

210. Timmerman meende dat in het kader van een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure beter van een aansprakelijkheidsnorm kan worden gesproken, terwijl een toetsingsnorm beter past bij de enquêteprocedure.

211. Zie over de Amerikaanse business judgment rule uitvoerig: Assink 2007, waarin Assink ook het onderscheid maakt tussen gedragsnormen en toetsingsnormen.

212. Timmerman 2009a, voetnoot 65.

“bepaalt dat een bestuurder aansprakelijk is voor onbehoorlijke taakvervulling, tenzij hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt (en behoudens disculpatie).”²¹³ Asser/Maeijer & Kroeze stelden bijvoorbeeld “dat met het criterium van ernstig verwijt de Hoge Raad een toetsingsnorm hanteert voor de beoordeling van aansprakelijkheid die afwijkt van de gedragsnorm van art. 2:9 BW.”²¹⁴ Ook Assink bevestigde het onderscheid.²¹⁵

De poging om de ernstigverwijtmaatstaf op deze wijze een plaats te geven in art. 2:9 BW is mijns inziens echter niet juist. Het betoog van Timmerman in 2003 in het kader van de *enquêteprocedure* is namelijk helder en draagt bij aan een goed begrip van de door hem geconstateerde nuances die relevant zijn bij de beoordeling van de vraag of sprake is van *wanbeleid*. Dat geldt naar mijn mening echter niet voor het nadien gevoerde betoog dat ook in het kader van de beoordeling van *bestuurdersaansprakelijkheid* onderscheid moet worden gemaakt tussen een gedragsnorm om de taak behoorlijk te vervullen en een toetsingsnorm (de ernstigverwijtmaatstaf) die moet worden gehanteerd om de aansprakelijkheid van de bestuurder te beoordelen. Het onderscheid past wellicht bij de toepassing van de business judgment rule in Delaware,²¹⁶ maar in Nederland kennen wij deze business judgment rule niet. Bovendien blijkt uit de wetsgeschiedenis dat de wetgever expliciet de instructie aan de rechter heeft gegeven dat hij zal moeten letten op wat verstandige ondernemers in dezelfde of aanverwante branche van bedrijvigheid als onbehoorlijk zouden beschouwen, en dat hij zal moeten trachten objectief vast te stellen of het gedrag in kwestie als (kennelijk) onbehoorlijk moet worden aangemerkt (zie par. 3.7.4). Hiermee is dus expliciet de instructie gegeven aan de rechter om – als toetsingsregel – een inhoudelijke beoordeling van het handelen van de bestuurder te verrichten, hetgeen onder de business judgment rule juist niet steeds vereist is (zie daarover – heel kort – par. 12.1). Daarbij blijkt uit de wetsgeschiedenis welke meer verfijnde toetsingsregels de rechter dient toe te passen om op

213. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/448. De vraag is of zij hiermee meenden dat het dus mogelijk is dat sprake kan zijn van onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:9 BW zonder dat enige bestuurder daarvoor aansprakelijk is te houden. Ik betwijfel dat dit mogelijk is. Bij een meerhoofdig bestuur zal steeds ten minste één bestuurder aansprakelijk zijn en bij een eenhoofdig bestuur zal de enig bestuurder aansprakelijk moeten zijn omdat hij zich niet kan disculperen.

214. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/200. De taakvervulling van de bestuurder zou volgens Kroeze niet per definitie behoorlijk zijn (gedragsnorm) als de bestuurder van die taakvervulling niet een ernstig verwijt kan worden gemaakt (toetsingsnorm). Er is over zo’n geval volgens Kroeze alleen geen rechtens relevant oordeel te geven in een aansprakelijkheidsprocedure. Ik zou evenwel menen dat als de rechter constateert dat de taakvervulling niet behoorlijk (dus onbehoorlijk) is, hij gelet op zijn verplichting ex art. 13 Wet AB gehouden is de gevolgen die art. 2:9 BW voorschrijft (aansprakelijkheid behoudens disculpatie) uit te spreken.

215. Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 1014 e.v.

216. Hetgeen goed wordt toegelicht in Eisenberg 1993, p. 437 e.v.

grond van de in art. 2:9 BW vastgelegde beslissingsregel al dan niet te concluderen tot aansprakelijkheid. Kort en goed, uit art. 2:9 BW blijkt het volgende:

- (i) de gedragsnorm luidt: ‘gij zult uw taak behoorlijk vervullen’;
- (ii) de beslissingsregel luidt: ‘indien sprake is van onbehoorlijke taakvervulling is de bestuurder (hoofdelijk) aansprakelijk’ tenzij hij zich kan disculperen;²¹⁷ en
- (iii) de toetsingsregel houdt in dat de rechter dient te letten op wat verstandige ondernemers in dezelfde of aanverwante branche van bedrijvigheid als onbehoorlijk zouden beschouwen, waarbij meer specifiek geldt dat hij (a) zal moeten trachten objectief vast te stellen of het gedrag in kwestie, als (kennelijk) onbehoorlijk moet worden aangemerkt, (b) het handelen van de bestuurder dient te beoordelen naar het moment van het handelen van de betrokken bestuurder (het peilmoment), waarbij rekening wordt gehouden met het gevaar van hindsight bias en (c) rekening dient te houden met beleidsruimte van de bestuurder in het licht van een objectieve maatstaf van de maatman-bestuurder (zie par. 3.7.4, 3.7.6, 3.7.7 en 3.7.8).

Het in de doctrine verdedigde onderscheid tussen de ‘toetsingsnorm’ (ernstig verwijt) en de ‘gedragsnorm’ (behoorlijk bestuur) past niet in dit wettelijk systeem. Zou de ernstigverwijtmaatstaf moeten worden beschouwd als een toetsingsnorm, zoals is betoogd in de hiervoor uiteengezette literatuur, dan zou geconcludeerd moeten worden dat de introductie daarvan niet als rechtsverfijning, maar als rechtsvorming in strikte zin is aan te merken. Dat is zoals gezegd echter aan de wetgever voorbehouden en niet aan de rechter of doctrine (zie par. 2.3).

Overigens zou men nog kunnen betogen dat niet de ernstigverwijtmaatstaf, maar de door de Hoge Raad in *Staleman/Van de Ven* in samenhang daarmee genoemde omstandigheden als een onderdeel moeten worden beschouwd van de toetsingsnorm om te beoordelen of sprake is van aansprakelijkheid. In dat geval komt de vraag op of de opsomming van deze omstandigheden als rechtsverfijning is aan te merken, in de zin dat in die opsomming de regel ligt besloten dat wanneer deze omstandigheden zich in een specifieke zaak weer zullen voordoen, eenzelfde beslissing zal volgen. Daarvan is naar mijn idee echter geen sprake. De in verband met de toetsingsnorm genoemde omstandigheden bevatten namelijk onderdelen die in de kern niet relevant zijn voor

217. Voor de goede orde, ik abstraheer hier van de codificatie van de ernstigverwijtmaatstaf op 1 januari 2013 als gevolg waarvan deze maatstaf op basis van de toen gewijzigde wettekst van art. 2:9 BW een rol zou spelen bij de mogelijkheid om te disculperen. Die codificatie is immers slechts een gevolg van de wens van de wetgever aan te sluiten bij terminologie van *Staleman/Van de Ven* zonder dat daar een doordachte rechtspolitieke afweging aan ten grondslag lijkt te hebben gelegen.

het toetsen van de aansprakelijkheid. Deze onderdelen zijn juist bepalend voor het invullen van de gedragsnorm die op de bestuurder rust en blijken ook reeds uit de wetsgeschiedenis (zie par. 5.3.6). Daarnaast zijn de omstandigheden ook te ruim geformuleerd om als rechtsverfijning te kunnen worden aangemerkt.²¹⁸ Van een concrete precedentwerking voor gelijke gevallen kan daarmee geen sprake zijn.²¹⁹ In par. 5.3.11 merkte ik overigens reeds op dat minder in de doctrine en rechtspraak geciteerde overwegingen uit het arrest *Staleman/Van de Ven* wel als een rechtsverfijning kunnen worden aangemerkt. Zo overwoog de Hoge Raad dat de op feitelijke waarderingsberustende gedachtegang van het hof dat het niet van goed koopmanschap getuigt indien langlopende verbintenissen met een vast, vrij laag rentepercentage worden afgedekt door korte of middellange kredieten met variabele en hogere rente, en dat het karakter van korte of middellange kredieten meebrengt dat het (te) riskant is hierop een beleid te bouwen, geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.²²⁰ Deze verfijnde norm biedt houvast aan feitenrechters voor de invulling van art. 2:9 BW. Een ander goed voorbeeld waarin wel sprake is van rechtsverfijning is het arrest *Berghuizer Papierfabriek*²²¹ (handelen in strijd met de statuten) of, bij externe bestuurdersaansprakelijkheid, het arrest *Beklamel*²²² (aangaan van een overeenkomst terwijl de rechtspersoon niet kan nakomen en geen verhaal voor schade biedt).

Al met al bestaat ten tijde van het afronden van dit proefschrift naar mijn mening nog steeds geen duidelijkheid over de betekenis die de Hoge Raad en doctrine nu toedichten aan de term ‘ernstig verwijt’. Ik concludeer gelet op al het voorgaande voorts dat de ernstigverwijtmaatstaf niet als rechtsverfijning kan worden aangemerkt, ook niet op de wijze zoals deze in de doctrine is uitgelegd.

5.7 Conclusie: rechtsvorming in strikte zin

Vanuit rechtstheoretisch en rationeel oogpunt lijkt geen rechtvaardiging te bestaan voor de introductie en het gebruik van de ernstigverwijtmaatstaf in het leerstuk van interne bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. De introductie lijkt te zijn gebaseerd op de door Eykman en Van Schilfgaarde geïnitieerde

218. J.H.B. Crucq, ‘Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2009-2011’, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2011-2012*, Deventer: Kluwer 2012, p. 6, die ook constateert dat deze omstandigheden geen concrete norm opleveren.

219. Drion 1973, p. 53 en 54.

220. HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*), r.o. 3.3.2.

221. HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 455 (*Berghuizer Papierfabriek*).

222. HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Beklamel*).

doctrine van de *Debrot*-analogie, die de bestuurder gelijk trekt met de werknemer. Dit terwijl de werknemer en de bestuurder als zodanig niet gelijk zijn te trekken. Daarover bestaat thans niet veel discussie meer.

Geen enkele interpretatie- of redeneermethode lijkt de introductie en het gebruik van de maatstaf te kunnen onderbouwen. De term ‘ernstig verwijt’ was blijkens de wets- en rechtsgeschiedenis verbonden aan een subjectieve toets en de term suggereert ook in het normale taalgebruik een subjectieve toets waarbij schuldgradatie rol speelt. Dit terwijl de toets van art. 2:9 BW een objectieve toets is waarbij schuldgradatie geen rol speelt. De term gaat voorbij aan hetgeen de wetgever naar voren heeft gebracht over de betekenis van de termen ‘onbehoorlijke taakvervulling’, ‘grove schuld’ en ‘ernstig verwijt’ in de institutionele beroepstaal. De term wijkt tot slot af van de taal die de wetgever in art. 2:9 BW (oud) hanteerde, hetgeen gelet op het institutionele karakter van de beroepstaal onwenselijk is. Van rechtsverfijning kan evenmin worden gesproken. Dit alles verhoudt zich niet met het uitgangspunt dat de rechter de wet dient *toe te passen* en – in het belang van de rechtszekerheid – zich zo veel als mogelijk dient te houden aan de taalkundige betekenis van de wet (zie hoofdstuk 2).

Hoewel de maatstaf in de doctrine tot veel onduidelijkheid heeft geleid, lijkt de heersende opvatting in de doctrine dat interne bestuurdersaansprakelijkheid beoordeeld dient te worden aan de hand van de ernstigverwijtmaatstaf. Dit kan niet los worden gezien van het feit dat de Hoge Raad als hoogste rechtscollege een belangrijke invloed heeft op de ontwikkelingen in de rechtspraak (zie par. 2.3.5, lagere rechters volgens immers het oordeel van de Hoge Raad) en de doctrine. Omgekeerd is het zo dat de doctrine een belangrijke invloed heeft op het recht (zie par. 2.3.6). Doordat de doctrine de maatstaf heeft geaccepteerd en getracht heeft deze een plaats te geven in het systeem van de wet, is het bestaansrecht van de ernstigverwijtmaatstaf versterkt.²²³ Rechterlijke macht en doctrine hebben elkaar als het ware beïnvloed. De wetgever is in dit proces van (rechtstheoretische) ‘rechtsontwikkeling’ echter niet gekend. Aan de codificatie van de maatstaf per 1 januari 2013 hebben ook geen rechtspolitieke maar uitsluitend praktische overwegingen ten grondslag gelegen. Hiervoor in par. 2.3.5 en 2.3.6 heb ik uiteengezet dat rechtspraak en doctrine in het licht van de trias politica geen bron van recht vormen. De rechter blijft gebonden aan de wet

223. In de literatuur wordt op uitvoerige wijze uiteengezet dat de ernstigverwijtmaatstaf een plaats heeft in art. 2:9 BW. Zie bijvoorbeeld: Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 1030 e.v. Ik zie dat dus anders. Ik onderschrijf juist de eerder door Assink & Olden 2005, p. 9 gemaakte (impliciet kritische) opmerking dat de Hoge Raad niet heeft bepaald “*dat de toets die het gerechtshof aanlegt ‘dubbelop’ is en op die grond onjuist*”. Ik meen dat de Hoge Raad dat wel had moeten bepalen.

en niet aan de rechtspraak en dat leidt tot de conclusie dat de introductie en het gebruik van de term ‘ernstig verwijt’ is aan te merken als rechtsvorming in de meest strikte vorm. Daar zijn staatsrechtelijk bedenkingen bij te plaatsen.

Overigens kan een regel of maatstaf die op grond van rechtsvorming (in de strikte zin) door de rechter is tot stand gekomen en in de doctrine is uitgelegd, maatschappelijk gezien volledig aanvaard zijn of worden. Er zijn dan geen rechtspolitieke redenen voor de wetgever om in te grijpen door het corrigeren van de rechter met nieuwe (duidelijkere) wetgeving. In het geval van de ernstigverwijtmaatstaf zou betoogd kunnen worden dat dit inmiddels het geval is. De ernstigverwijtmaatstaf – zo is thans algemeen aanvaard – beoogt uitdrukking te geven aan het feit dat de bestuurder beleidsruimte heeft, moet kunnen ondernemen en dat zijn handelen moet worden beoordeeld naar het moment van handelen, waarbij rekening wordt gehouden met het gevaar van hindsight bias. Bovendien is algemeen aanvaard dat het handelen van de bestuurder langs een objectieve maatstaf moet worden gelegd en dat deze maatstaf zou moeten worden ingelezen in de ernstigverwijtmaatstaf. Dat is in overeenstemming met de wetsgeschiedenis. Rechtspolitiek gezien zou de ernstigverwijtmaatstaf voor interne bestuurdersaansprakelijkheid in dat opzicht dus niet eens hoeven af te wijken van de bedoeling van de wetgever. Men dient dan wel onder ogen te zien dat de ernstigverwijtmaatstaf in geen geval uiting beoogt te geven aan een bepaalde schuldgradatie. Dat zou immers niet rijmen met de objectieve maatstaf die dient te worden toegepast. De vraag blijft dan echter nog steeds bestaan of de last die op de rechtspersoon komt te rusten doordat deze zou moeten stellen en bewijzen dat een ernstig verwijt bestaat, wenselijk is. Het is in mijn beleving in ieder geval niet in overeenstemming met de ratio en het systeem van art. 2:9 BW, waaruit volgt dat de rechtspersoon niet de last dient te dragen om te stellen en te bewijzen dat een ‘ernstig verwijt’ bestaat. Daaruit volgt uitsluitend dat de rechtspersoon dient te stellen en bewijzen dat sprake is van onbehoorlijk bestuur. Dat is zelfs nog zo blijkens de wettekst van het per 1 januari 2013 gewijzigde art. 2:9 BW, waarin de term ‘ernstig verwijt’ is gecodificeerd. Daarnaast blijft het gebruik van de ernstigverwijtmaatstaf vanuit wets- en rechtshistorisch en taalkundig oogpunt gelet op al het voorgaande niet bepaald gelukkig. Dat blijkt ook wel uit de onduidelijkheid die erover bestaat in de doctrine. Waarom zou men de ernstigverwijtmaatstaf dan willen handhaven? Wat is het rechtsverfijnde karakter van de maatstaf? Dat zie ik niet. Wat ik wel zie is dat de ernstigverwijtmaatstaf wetsystematisch lastig is in te passen in art. 2:9 BW. Dat leidt tot onnodig complexe literatuur en rechtspraak en daar is de maatschappij niet bij gebaat. Dit vormt op zich al een reden de maatstaf los te laten. In dit hoofdstuk heb ik met name stilgestaan bij de voornoemde onnodig complexe literatuur. In het volgende hoofdstuk zal ik stilstaan bij de onnodige en complexe redeneringen die de maatstaf in de rechtspraak heeft veroorzaakt.

Hoofdstuk 6. De ernstigverwijtmaatstaf in rechtspraak over interne bestuurdersaansprakelijkheid

6.1 Inleiding

In mijn onderzoek naar de grote hoeveelheid rechtspraak over interne bestuurdersaansprakelijkheid waarin de ernstigverwijtmaatstaf wordt toegepast, ben ik niet gestuit op uitspraken die voor wat betreft hun uitkomst overduidelijk strijdig zijn met het rechtsgevoel.¹ Dat zou ook niet ‘Nederlands’ zijn. Ik merk daarbij wel op dat ik in mijn onderzoek voornamelijk heb gekeken naar de rechtstheoretische onderbouwingen in deze rechtspraak verband houdende met art. 2:9 BW en dat ik mij niet steeds in de inhoudelijke merites van de zaak heb verdiept. Beschouwt men de rechtstheoretische onderbouwing van sommige uitspraken waarin de ernstigverwijtmaatstaf bij art. 2:9 BW werd toegepast, dan kan men echter wel concluderen dat die uitspraken een stuk eenvoudiger (en daarmee begrijpelijker) eruitgezien zouden hebben zonder de ernstigverwijtmaatstaf. Daarnaast blijkt uit die rechtstheoretische onderbouwing vaak ook dat de toepassing van de ernstigverwijtmaatstaf leidt tot een redenering die niet lijkt te stroken met de ratio en systematiek van art. 2:9 BW. Dit is vanzelfsprekend onwenselijk, omdat rechtspraak zo veel mogelijk moet zijn terug te voeren op de door de wetgever bepaalde regels (zie par. 2.2 en 2.3). Ik zal hierna – allerminst uitputtend – bij een aantal uitspraken stilstaan.

6.2 Motivering van onbehoorlijk bestuur kan zonder ernstigverwijtmaatstaf (*Goedewaagen Beheer*)

De wijze waarop de ernstigverwijtmaatstaf in de rechtspraak wordt toegepast, kenmerkt zich doordat in deze rechtspraak steeds bij de aanvang van de beoordeling van de feiten en stellingen van partijen wordt verwezen naar het als standaardarrest bestempelde *Staleman/Van de Ven* en/of (een deel van) van de daarin opgenomen kernoverweging zoals hiervoor in par. 4.4.4 is geciteerd. Vervolgens

1. De hoeveelheid rechtspraak op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW is echter groot en een allesomvattend onderzoek naar deze rechtspraak is in het kader van dit proefschrift uitgebleven, overigens ook omdat een dergelijk onderzoek in het kader van het in dit proefschrift gevoerde betoog niet nodig is.

worden de feiten in de betrokken zaak gewaardeerd en wordt geconcludeerd dat, gelet op die feiten, de bestuurder al dan niet een ernstig verwijt treft en aansprakelijk is. Het is in de rechtspraak overigens een gangbare praktijk om in uitspraken eerst het relevante kader te schetsen, op basis waarvan de zaak beoordeeld moet worden en in dit verband te verwijzen naar de relevante wettelijke of in de jurisprudentie ontwikkelde gedrags- en toetsingsnormen. Een bestudering van de rechtspraak leert dat de verwijzing naar het standaardarrest *Staleman/Van de Ven* echter vaak niet meer is dan een formaliteit, een usance die weinig toevoegt. De rechter gaat vervolgens namelijk stevast over tot het feitelijk beoordelen van het gedrag van de betrokken bestuurder, soms mede door dit gedrag in het licht te plaatsen van concretere gedragsnormen die in het specifieke geval relevant zijn, zonder dat vervolgens nog concreet verwezen wordt naar de omstandigheden/formulering uit *Staleman/Van de Ven*.² En dat is ook logisch. *Staleman/Van de Ven* en de ernstigverwijtmaatstaf bevat, zoals gezegd, geen concreter gemaakte gedragsnorm of toetsingsnorm/toetsingsregel (zie par. 5.6 en hoofdstuk 2) en leent zich dus ook niet goed voor *concrete* toepassing in de praktijk.

Een goed voorbeeld is het arrest van 2 september 2014 van het hof Arnhem-Leeuwarden, waarin een indirect bestuurder (de heer Kamer via Goedewaagen Beheer) van een vennootschap (Goedewaagen) een vordering op een derde (Bols) om niet had gecedeerd aan een vennootschap waarvan diezelfde bestuurder (indirect) enig bestuurder en aandeelhouder was (Kamer Beheer). Het risico van een tegenvordering van Bols op Goedewaagen was bij Goedewaagen gebleven.³ In r.o. 6.17 citeerde het hof het arrest *Staleman/Van de Ven*. Direct daarna overwoog het hof volkomen terecht:

“Bij het voorgaande betreft het hof dat bestuurders zich bij de vervulling van hun taak, bij wege van eigen verantwoordelijkheid, dienen te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (vgl. thans art. 2:239 lid 5 BW). Wat dat belang inhoudt, hangt af van de

2. De voorbeelden zijn te veel om op te noemen, maar zie recentelijk bijvoorbeeld: Rb. Noord-Holland 2 september 2015, *JOR* 2016/122 (*Voetbal Vereniging Young Boys*), r.o. 4.12 e.v.; Rb. Rotterdam 26 augustus 2015, *JOR* 2015/327 m.nt. J. van Bakkum (*Fibercom*), r.o. 4.16; Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, *JOR* 2015/32 m.nt. M. Holtzer (*Meepo*), r.o. 3.7 e.v. en Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, *JOR* 2014/295 m.nt. J. van Bakkum (*Goedewaagen Gouda*), r.o. 6.17. Overigens wordt de ernstigverwijtmaatstaf soms ook gebruikt tegelijkertijd met de in het kader van art. 2:138/248 BW ontwikkelde (en mijns inziens veel betere) toets van een redelijk denkend bestuurder die onder dezelfde omstandigheden zo gehandeld zou hebben. Zie bijvoorbeeld: Rb. Midden-Nederland 30 april 2014, *JOR* 2014/291 m.nt. W.J.M. van Andel (*Stichting Daidalos*), r.o. 5.1.
3. Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, *JOR* 2014/295 m.nt. J. van Bakkum (*Goedewaagen Gouda*).

omstandigheden van het geval. Indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, zoals het geval is bij Goedewaagen Gouda, wordt het vennootschapsbelang in de regel vooral bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming. Bij de vervulling van hun taak dienen bestuurders voorts, mede op grond van het bepaalde in artikel 2:8 BW, zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. Deze zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen dat bestuurders bij het dienen van het vennootschapsbelang ervoor zorgen dat daardoor de belangen van al degenen die bij de vennootschap of haar onderneming zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad. Vergelijk HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 (Cancun), r.o. 4.2.1 e.v.”

Over de handelwijze van de bestuurder oordeelde het hof vervolgens:

“Er is, met andere woorden door de (in)direct bestuurder van Goedewaagen Gouda (doel)bewust mogelijk gemaakt dat hij actief met kenbaar een potentieel zeer waardevol karakter om niet aan de vennootschap kon onttrekken ten gunste van Kamer Beheer c.s. zelf (en met achterlating van de tegenvordering van Bols in Goedewaagen Gouda), zonder dat is gebleken dat en hoe daarbij op geïnformeerde wijze het – in casu met de persoonlijke belangen van Kamer Beheer c.s. conflicterende – belang van Goedewaagen Gouda en de met haar verbonden onderneming centraal is gesteld, laat staan dat dit belang daarmee was gediend (hetgeen, zoals volgt uit het voorgaande, kenbaar niet het geval was). Uit het door Kamer Beheer c.s. overgelegde “aandeelhoudersbesluit van 25 april 2006” blijkt daarvan evenmin. Deze gedragslijn valt niet te rijmen met het inzicht en de zorgvuldigheid die, in een geval als het onderhavige, mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Het hof memoreert daarbij dat het hier niet gaat om een vennootschap zonder activiteiten, maar om een vennootschap waaraan – als werkmaatschap – binnen de Goedewaagen groep – een onderneming is verbonden met diverse stakeholders.”

Het hof verwierp vervolgens de rechtvaardiging die de bestuurder voor diens handelwijze had aangevoerd, door te overwegen:

“Dit laat immers onverlet hetgeen artikel 2:9 BW vergt van Goedewaagen Beheer als enig bestuurder van Goedewaagen Gouda, waarbij die bestuurder – kort gezegd – zich heeft te richten naar het belang van Goedewaagen Gouda en de met haar verbonden onderneming (en voorts, mede op grond van het bepaalde in artikel 2:8 BW, zorgvuldigheid dient te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken).”

HOOFDSTUK 6

Uit het voorgaande blijkt dat het hof refereerde aan art. 2:8 BW, art. 2:239 BW en aan de objectieve norm van de maatman-bestuurder die volgt uit (de wetsgeschiedenis van) art. 2:9 BW (zie par. 3.7.4 en par. 3.7.7). Het arrest *Staleman/Van de Ven* lijkt in de inhoudelijke beoordeling van de zaak geen rol van betekenis te hebben gespeeld, hoewel dat gelet op het geheim van de raadkamer niet zeker is. Het blijkt in ieder geval niet uit de tekst van de uitspraak. Het hof concludeerde in r.o. 6.21 vervolgens:

“Het hof concludeert dat Goedewaagen Beheer, in het licht van alle omstandigheden van het geval, door deze gevolgde handelwijze zodanig is tekortgeschoten in de behoorlijke vervulling van haar taak als bestuurder van Goedewaagen Gouda dat haar daarvan een aansprakelijkheid constituerend ernstig verwijt ex artikel 2:9 BW treft. Gelet daarop rust aansprakelijkheid voor deze handelwijze jegens Goedewaagen Gouda ex artikel 2:9 BW jo. 2:11 BW ook hoofdelijk op de (in)direct bestuurders van Goedewaagen Beheer in de betrokken periode, Kamer Beheer en Kamer. Grief V slaagt in zoverre.”

Met de zinsnede “een aansprakelijkheid constituerend ernstig verwijt ex artikel 2:9 BW” werd dus weer aansluiting gezocht bij het arrest *Staleman/Van de Ven*. Voor de goede orde, gelet op het moment waarop de verweten gedragingen plaatsvonden, diende de zaak beoordeeld te worden op grond van art. 2:9 BW (oud), dat tot 1 januari 2013 gold en waarin de ernstigverwijtmaatstaf nog niet was gecodificeerd. Het hof had echter net zo goed kunnen overwegen dat ‘Goedewaagen Beheer, in het licht van alle omstandigheden van het geval, door deze gevolgde handelwijze zijn taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld en dientengevolge aansprakelijk is.’

6.3 De werking van art. 2:9 BW bij een enig bestuurder (*Van Dooren q.q./Hendriks*)

De Hoge Raad hanteerde de ernstigverwijtmaatstaf in het in 1999 gewezen arrest *Van Dooren q.q./Hendriks*.⁴ Hij overwoog dat hoewel sprake was van onbehoorlijk bestuur, omdat de *enig* bestuurder niet tijdig een vordering tegen zichzelf had ingesteld/gestuit, de betrokken bestuurder niet aansprakelijk was omdat hem ter zake geen ernstig verwijt kon worden gemaakt. Zoals hiervoor in par. 3.5 uiteengezet, is de werking van art. 2:9 BW (oud) echter dat als sprake is van onbehoorlijke taakvervulling, een enig bestuurder zich per definitie niet kan disculperen omdat hij in beginsel nooit kan aantonen dat de onbehoorlijke

4. HR 11 juni 1999, *NJ* 1999, 586 en *JOR* 1999/146 (*Van Dooren q.q./Hendriks*).

taakvervulling niet zag op zijn taken en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling af te wenden.⁵ Dit is slechts anders indien sprake is van belet aan de zijde van deze bestuurder in de periode dat de onbehoorlijke taakvervulling heeft plaatsgevonden én dit belet voortduurt gedurende de periode dat deze bestuurder maatregelen had kunnen nemen om de gevolgen daarvan te voorkomen. Door belet maakt de bestuurder *de facto* (niet *de iure*)⁶ tijdelijk geen deel uit van het bestuur (zie par. 3.5). Het was rechtstheoretisch zuiverder geweest als de Hoge Raad in het arrest *Van Dooren q.q./Hendriks* had overwogen dat het handelen van de bestuurder onder de gegeven omstandigheden geen onbehoorlijke taakvervulling opleverde. Door te overwegen dat wel sprake was van onbehoorlijke taakvervulling, maar niet van een ernstig verwijt is de Hoge Raad voorbijgegaan aan de ratio en systematiek van art. 2:9 BW (oud) die in geval van onbehoorlijke taakvervulling door een eenmansbestuur per definitie aansprakelijkheid met zich brengt, tenzij sprake is van belet of ontstentenis.

6.4 Geen aansprakelijkheid enig bestuurder voor het financiële beleid (het *Kasgeld*-arrest)?

De Hoge Raad hanteerde de ernstigverwijtmaatstaf in het in 2000 gewezen arrest *Prickartz/M*⁷ waarin een *enig* bestuurder door de curator van de vennootschap aansprakelijk werd gehouden voor verdwenen kasgelden, waarvan de bestuurder betoogde dat die gestolen waren. Omdat de mogelijkheid werd opengelaten dat niet hij, doch zijn echtgenote, de kasgelden onder zich hield, mocht volgens de Hoge Raad zonder nadere motivering niet worden aangenomen dat de bestuurder aansprakelijk was, behoudens door de bestuurder te leveren tegenbewijs, zoals rechtbank en hof hadden overwogen. Voorts zou, ook als hij de kasgelden wel onder zich had gehouden, volgens de Hoge Raad nog steeds pas aansprakelijkheid kunnen bestaan, als sprake is van ernstige verwijtbaarheid van de bestuurder. Dit oordeel van de Hoge Raad rijmt mijns inziens niet met de ratio en systematiek van art. 2:9 BW (oud) inhoudende dat iedere bestuurder (en zeker de *enig* bestuurder) aansprakelijk is voor onbehoorlijke taakvervulling, behoudens disculpatie, en dat het financiële beleid valt onder de verantwoordelijkheid van iedere bestuurder. De wijze waarop het beheer van

5. Zie ook: Rb. Amsterdam 17 maart 2010, *JOR* 2011/38 m.nt. W.J.M. van Andel (*Univac*), r.o. 4.3: “Aangetekend zij in dit verband dat *Univac* in de betreffende periode de enige statutair bestuurder was, zodat de disculpatiemogelijkheid van artikel 2:9 BW niet aan de orde is”.

6. Door ontstentenis (als gevolg van ontslag, het neerleggen van de functie of overlijden) maakt de bestuurder *ook de iure* daarvan geen deel meer uit.

7. HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 6 en *JOR* 2000/11 m.nt. C.H. Jansen (*Prickartz/M*).

de kasgelden plaatsvindt en het risico dat die kasgelden buiten het zicht komen van de enig bestuurder, behoren mijns inziens ook tot die verantwoordelijkheid. Deze zaak had dus niet anders hoeven te worden benaderd dan de gevallen waarin het gaat over beheer over bankrekeningen (in plaats van kasgelden). In die laatste gevallen bestaat in de rechtspraak in beginsel weinig twijfel over de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur.⁸ Het bestuur is verantwoordelijk en een individuele bestuurder kan zich disculperen. Gelet op de systematiek van art. 2:9 BW (oud) zal de rechtspersoon slechts hoeven aan te tonen dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur als orgaan, hetgeen iedere bestuurder kan trachten te weerleggen, en dient iedere individuele bestuurder – indien voormelde weerlegging niet slaagt – ter disculpatie vervolgens aan te tonen dat hem geen *gewoon* (zie par. 3.8) verwijt treft. Het feit dat de Hoge Raad de door de rechtbank en hof in dat verband gegeven bewijsopdracht aan de bestuurder vernietigde, doet de vraag rijzen of de Hoge Raad deze systematiek heeft onderkend. Uit het arrest blijkt niet dat de Hoge Raad daaraan het ontbreken van onbehoorlijke taakvervulling of een beroep van de bestuurder op disculpatie ten grondslag heeft gelegd (welk disculpatieberoep evenwel zeer goed had kunnen slagen indien de bestuurder aannemelijk had gemaakt dat sprake was van diefstal waarvan hij bijvoorbeeld aangifte zou hebben gedaan en waartegen de bestuurder op voorhand voldoende maatregelen zou hebben genomen). Omdat de Hoge Raad in voormeld arrest voorts overwoog dat voor aansprakelijkheid van de bestuurder ‘als bestuurder’ ernstige verwijtbaarheid is vereist en voor aansprakelijkheid van de bestuurder ‘als werknemer’ vereist is dat hem opzet of bewuste roekeloosheid kan worden verweten, heeft hij het idee doen ontstaan dat een verschil bestaat tussen beide begrippen. Strik zegt daarover:

*“dat uit de omstandigheid dat de Hoge Raad in arresten waarin zowel werknemersaansprakelijkheid als bestuurdersaansprakelijkheid aan de orde komt de formuleringen opzet of bewuste roekeloosheid resp. ernstig verwijt naast elkaar gebruikt, afgeleid zou kunnen worden dat de Hoge Raad de inhoud van die begrippen niet identiek acht. Dat is echter niet zeker.”*⁹

-
8. Zie bijvoorbeeld: Rb. Amsterdam 11 november 2009, *JOR* 2013/123 m.nt. Y. Borrius, dat ging over een advocaat-bestuurder van een stichting derdengelden die onvoldoende toezicht hield op betalingen door zijn medebestuurder. Zie ook: Hof Amsterdam 12 juni 2012, *JOR* 2012/348 (*Nederlandse Rode Kruis*) waarin een onbezoldigde (vrijwillige) penningmeester op grond van art. 2:9 BW aansprakelijk werd geacht voor het houden van onvoldoende collegiaal toezicht, als gevolg waarvan de secretaris buiten zijn zicht om frauduleuze onttrekkingen kon verrichten. Dat sprake was van een rechtspersoon met een maatschappelijke functie die beschikte over publieke gelden, zal daar zeker een rol in hebben gespeeld. Zie voorts: Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, *JOR* 2015/32 m.nt. M. Holtzer (*Meepo*).
 9. Strik 2010, p. 29.

Omdat de Hoge Raad de term ‘ernstig verwijt’ is gaan hanteren in het kader van de beoordeling van bestuurdersaansprakelijkheid, denk ik overigens dat de Hoge Raad terecht het onderscheid heeft gemaakt tussen deze term en de term ‘opzet of bewuste roekeloosheid’. De Hoge Raad is immers niet van mening dat bestuurdersaansprakelijkheid pas ontstaat als sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid.¹⁰ Beschouwt men de wetsgeschiedenis en de grammaticaal-historische (institutionele) betekenis van de term ‘ernstig verwijt’, zoals hiervoor in par. 5.2.2 uiteengezet, dan is de twijfel van Strik echter goed te begrijpen.

6.5 Art. 2:9 BW en handelen in strijd met statutaire bepalingen (*Berghuizer Papierfabriek* en *Fibercom*)

De Hoge Raad hanteerde de ernstigverwijtmaatstaf ook in het in 2002 gewezen arrest *Berghuizer Papierfabriek*.¹¹ Hierin overwoog de Hoge Raad dat het handelen door een bestuurder in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, in casu het doen van een desinvestering zonder de vereiste statutaire goedkeuring van de raad van commissarissen, als een zwaarwegende omstandigheid moet worden aangemerkt die in beginsel tot een ernstig verwijt en dus aansprakelijkheid van de bestuurder leidt. Dit is slechts anders, aldus de Hoge Raad, indien de aangesproken bestuurder feiten en omstandigheden aanvoert, die maken dat een dergelijk handelen geen ernstig verwijt oplevert. Die feiten en omstandigheden zal de rechter volgens de Hoge Raad uitdrukkelijk in zijn oordeel dienen te betrekken.

In deze zaak had de bestuurder aangevoerd dat bij de rechtspersoon het patroon bestond dat niet-bestuurders vergelijkbare (des)investeringen deden, zonder de raad van commissarissen toestemming te vragen. Verder voerde hij aan dat de raad van commissarissen geen belangstelling had voor qua omvang geringe desinvesteringen en geen interesse had getoond in de onderhavige desinvesteringskwestie. Ten processe stond voorts niet vast dat de bestuurder ten tijde van de beoogde desinvestering wist of behoorde te weten dat derden bereid zouden zijn een veel hogere prijs voor de desinvestering te betalen. Het hof had deze omstandigheden volgens de Hoge Raad ten onrechte niet in zijn oordeel betrokken, zodat het arrest van het hof geen stand kon houden. De uitkomst in

10. Assink, Bröring, Timmerman & De Valk 2011, p. 26 leiden uit dit arrest dus terecht af dat (volgens de Hoge Raad) een verschil bestaat tussen beide termen. Dit werd bevestigd in het in par. 5.2.2 behandelde arrest HR 1 april 2016, *JOR* 2016/264 m.nt. A.J.P. Schild (*Stichting ATAL*). Wets- en rechtshistorisch en grammaticaal bestaat dat verschil evenwel niet.

11. HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 455 (*Berghuizer Papierfabriek*).

dit arrest lijkt mij helemaal juist, maar het zou rechtstheoretisch zuiverder zijn geweest als de Hoge Raad had overwogen dat de omstandigheid dat is gehandeld in strijd met statutaire bepalingen in beginsel leidt tot de vaststelling van *onbehoorlijke taakvervulling* (in plaats van tot ‘de aansprakelijkheid van de bestuurder’), tenzij de aangesproken bestuurder feiten en omstandigheden aanvoert die deze conclusie weerleggen. Slaagt de bestuurder in het weerleggen van die conclusie, dan hoort de vraag naar individuele aansprakelijkheid niet aan de orde te komen, omdat geen sprake is van onbehoorlijke taakvervulling. Slaagt de bestuurder daar niet in, dan kan hij nog immer een beroep doen op de disculpatiegrond. In *Berghuizer Papierfabriek* zou dat de bestuurder in beginsel overigens niet hebben gebaat, omdat het bestuur slechts uit één bestuurder bestond (zie par. 3.4).¹²

In de meer recente uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in de zaak Fibercom¹³ kwam het arrest *Berghuizer Papierfabriek* opnieuw aan de orde. De feiten waren als volgt. A3M en AEG hielden ieder 50% van de aandelen en waren tevens ieder bestuurder van Fibercom. De enig aandeelhouder en bestuurder van A3M was de heer Marcus. De enig (indirect) aandeelhouder en bestuurder van AEG was de heer Wetsteijn. Tussen beide bestuurders bestond een taakverdeling, eruit bestaande dat Marcus zich zou richten op de commercie en het verrichten van de feitelijke werkzaamheden, terwijl Wetsteijn zich vooral zou bezighouden met de financiën, waaronder het aan opdrachtgevers in rekening brengen van de door Marcus gewerkte uren en door Fibercom geleverde materialen. Wetsteijn verzorgde ook de administratie voor A3M. Vanaf begin 2013 werkte Marcus niet meer voor Fibercom. Wel bleef A3M tot 1 april 2014 statutair bestuurder. In deze periode heeft Marcus – zonder de door de statuten voorgeschreven toestemming van de Ava – namens Fibercom met haar grootste opdrachtgever (Rendant) een schikking getroffen over openstaande facturen, zonder dat AEG daarbij was betrokken. Fibercom stelde Marcus daarvoor aansprakelijk.

Marcus verweerde zich met succes onder verwijzing naar het arrest *Berghuizer Papierfabriek*. Hij betoogde daartoe onder meer dat hij na verloop van tijd erachter kwam dat (i) door Wetsteijn te veel uren waren gedeclareerd aan Rendant, (ii) Rendant de hoogte van de vordering betwistte en daarom niet betaalde, hetgeen tot geldnood leidde bij Fibercom, (iii) Fibercom dringend liquide middelen nodig had om crediteuren te kunnen betalen, (iv) er daardoor geen liquide middelen bij A3M waren, (v) gelden die Fibercom – ook van

12. De zaak is na verwijzing afgedaan door Hof 's-Hertogenbosch 15 juni 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AQ5636.

13. Rb. Rotterdam 26 augustus 2015, *JOR* 2015/327 m.nt. J. van Bakkum (*Fibercom*).

Rendant – had ontvangen, overgemaakt bleken te zijn naar AEG en aan AEG gerelateerde vennootschappen, (vi) andere crediteuren slecht werden betaald en het bankkrediet onverminderd hoog bleef, (vii) enkele van de aan AEG verbonden vennootschappen op het adres van Fibercom bleken gevestigd, zonder dat zij daar huur voor betaalden en (viii) toen Marcus aan Wetsteijn verzocht nadere inzage te verstrekken in de administratie, om te kunnen achterhalen waar de ontvangen gelden precies aan waren besteed, werd geen medewerking verleend, maar werd hem door Wetsteijn de toegang tot het pand van Fibercom ontnomen doordat de laatste de sloten had veranderd. Marcus wist dat er aanzienlijke schulden waren die betaald moesten worden en zag geen andere oplossing dan het treffen van de betrokken regeling met Rendant als gevolg waarvan liquide middelen beschikbaar kwamen bij Fibercom. Daarbij speelde ook nog mee dat Marcus erachter kwam dat Wetsteijn de aan A3M toekomende managementfees niet had uitbetaald, maar in rekening-courant met Fibercom had verrekend en dat Wetsteijn, nadat de belastingdienst ten laste van A3M beslag had gelegd vanwege het niet nakomen van de loonheffingsverplichtingen, zich jegens de Belastingdienst had uitgegeven als bestuurder van A3M en hij Marcus niet zelf over de beslaglegging had geïnformeerd. De rechtbank overwoog vervolgens:

“Dat het vertrouwen van Marcus c.s. in het voeren van een deugdelijke administratie door AEG gelet op het voorgaande ernstig was geschaad en dat Marcus c.s. zich genoodzaakt zagen in te grijpen door er zelf voor te zorgen dat Rendant ging betalen en door vervolgens crediteuren van Fibercom af te lossen, is niet onbegrijpelijk. Bij dit alles is mede van belang dat Marcus c.s. in een zeer lastige positie waren komen te verkeren. Zij beschikten niet over de middelen om zich door een deskundige adequaat te doen voorlichten over de werkelijke financiële positie waarin Fibercom verkeerde, terwijl duidelijk was dat die positie precair was. Evenmin beschikten zij over financiële middelen om de gerezen geschillen met de medeaandeelhouder en medebestuurder met behulp van gespecialiseerde juridische bijstand en volgens de daartoe geëigende procedures te beslechten. De omstandigheden in onderling verband beschouwd leiden tot het oordeel dat A3M van haar handelen een onvoldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt om tot aansprakelijkheid wegens onbehoorlijk bestuur te concluderen. De situatie dat geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – ook zo gehandeld zou hebben, doet zich niet voor. De vordering tot vergoeding van schade die door het beweerde onbehoorlijk bestuur zou zijn geleden, zal dan ook worden afgewezen.”

Ook hier had de rechtbank, gelet op de omstandigheden, zich kunnen beperken tot de overweging dat de aan Marcus verweten handeling, bestaande uit het aangaan van de schikkingsovereenkomst met Rendant zonder de vereiste statutaire goedkeuring, niet tot de conclusie kan leiden dat hij zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. De toevoeging dat hem een onvoldoende ernstig verwijt zou treffen is daarvoor niet nodig.

Terzijde zij overigens opgemerkt dat uit de uitspraak blijkt dat Marcus zich kennelijk lange tijd afzijdig moet hebben gehouden van het financiële beleid van de vennootschap en dat dit financiële beleid niet deugde. Gelet op het uitgangspunt dat het financiële beleid – ondanks een taakverdeling – behoort tot de verantwoordelijkheid van alle bestuurders (zie par. 3.6.2), zou men de vraag moeten stellen of Marcus wel degelijk een *inhoudelijk* en (ten aanzien van de periode totdat Marcus zich wel is gaan bemoeien met het financiële beleid) *collegiaal* onbehoorlijke taakvervulling had kunnen worden verweten (zie par. 3.6.3). Tot die conclusie kwam de rechtbank vermoedelijk niet omdat dit Marcus ook niet werd verweten. De focus lag slechts op het aangaan van de schikkingsovereenkomst met Rendant. Of dat het gevolg is van het feit dat Wetsteijn ten tijde van deze procedure nog aan de touwtjes trok, blijkt niet uit de uitspraak, maar lijkt alleszins aannemelijk. Zou een opvolgende bestuurder zowel Marcus als Wetsteijn hebben aangesproken, dan zou deze zaak, gelet op het collegialiteitsbeginsel en de daarmee samenhangende hoofdelijke aansprakelijkheid (zie par. 3.6), vervelender kunnen zijn afgelopen voor Marcus (en had hij mogelijk regres moeten nemen op Wetsteijn).¹⁴

6.6 Art. 2:9 BW impliceert de objectieve toets van een redelijk denkend ondernemer (*Skipper Club Charter*)

De Hoge Raad hanteerde de ernstigverwijtmaatstaf in het in 2003 gewezen *Skipper Club Charter*-arrest. In deze zaak had het hof overwogen dat een op art. 2:9 BW (oud) gebaseerde aansprakelijkheid zoals door de rechtspersoon gesteld, slechts kan worden aangenomen als de betrokken bestuurder zo onmiskenbaar en duidelijk in de vervulling van zijn taken is tekortgekomen, dat daarover geen redelijk oordelend ondernemer zou kunnen twijfelen. De Hoge Raad overwoog echter dat het hof met deze bewoordingen een te strenge maatstaf lijkt te hebben aangelegd omdat voor de aansprakelijkheid van een bestuurder een ‘ernstig verwijt’ is vereist.¹⁵ Afgezien van de vraag of de motivering door het hof zijn oordeel kon dragen, zou ik menen dat de maatstaf die het

14. Zie over die regresvordering: Pitlo/Löwensteyn 1986, p. 76, herhaald in Pitlo/Löwensteyn & Raaijmakers 1994, p. 72; Huizink 1989, p. 104.

15. HR 4 april 2003, *NJ* 2003, 538 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 2003/134 m.nt. Y. Borrius (*Skipper Club Charter*), r.o. 3.3.

hof aanlegde juist veel zuiverder was en meer overeenstemde met de betekenis van onbehoorlijk bestuur. Als men de toen reeds bestaande wetsgeschiedenis beschouwt, waarin de instructie aan de rechter is gegeven dat hij zal moeten letten op wat verstandige ondernemers in dezelfde of aanverwante branche van bedrijvigheid als onbehoorlijk zouden beschouwen en dat hij zal moeten trachten objectief vast te stellen of het gedrag in kwestie, als (kennelijk) onbehoorlijk moet worden aangemerkt,¹⁶ dan is dit oordeel van de Hoge Raad ook niet goed te begrijpen (zie hoofdstuk 3).¹⁷

6.7 Een dubbele toets voor aansprakelijkheid in art. 2:9 BW

In een recente (ten tijde van het schrijven van dit proefschrift niet gepubliceerde) uitspraak kwam de Rechtbank Rotterdam¹⁸ tot de conclusie dat op meerdere vlakken sprake was van onbehoorlijke taakvervulling van individuele bestuurders. Zij werden daarvoor echter niet aansprakelijk geacht, omdat geen sprake zou zijn van een ernstig verwijt. Er werd echter geen expliciet beroep op een disculpatieverweer gedaan. Omdat de uitspraak goed illustreert dat de ernstigverwijtmaatstaf de systematiek van art. 2:9 BW doorkruist, heb ik het van belang gevonden om een groot deel daarvan hierna te citeren:

“3.3. De rechtbank heeft bij vonnis van 18 februari 2015¹⁹ overwogen dat een bestuurder op de voet van artikel 2:9 BW verplicht is zijn taak behoorlijk te vervullen en zich bij de vervulling van de bestuurstaak te richten op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (artikel 2:239 BW). Dit brengt mee dat bestuurders van een moedermaatschappij die centraal leiding geeft aan een groep van rechtsvormen, bij de vervulling van de bestuurstaak, moeten letten op de belangen van het gehele concern en dus ook van de dochtervennootschappen. Deze zogenoemde concernleidingplicht brengt met zich dat bestuurders van een moedermaatschappij afdoende geïnformeerd dienen te zijn over de gang van zaken bij dochtermaatschappijen en dienen in te grijpen indien dit uit het oogpunt van concernbelang nodig is. Daartoe dienen zij te zorgen voor een op de

16. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 9 (Nota naar aanleiding van het eindverslag), p. 2.

17. Zie voorts *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 9, waarin expliciet wordt verwezen naar Laurus en “een taakvervulling die niet in overeenstemming is met de wijze waarop een redelijk bekwaame en redelijk handelende functionaris de taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen”. Ik zou menen dat de overweging van het hof dichter bij deze wetsgeschiedenis staat dan de ernstigverwijtmaatstaf.

18. Rb. Rotterdam 6 april 2016, C/10/449142/HA ZA 14-420.

19. Dit vonnis is eveneens niet gepubliceerd.

concernleidingplicht afgestemd besturingsmodel, een adequate administratieve organisatie van de groep en een op het voeren van beleid tot beheersing van risico's die voortvloeien uit de ondernemingsactiviteiten gericht controle- en beheerssysteem.

Bij vonnis van 18 februari 2015 is eveneens overwogen dat een bestuurder die zijn taak in de hiervoor bedoelde zin niet naar behoren vervult pas dan in persoon aansprakelijk is indien hem terzake dit onbehoorlijk bestuur een ernstig verwijt kan worden gemaakt, dat dit laatste niet snel wordt aangenomen en dat voor de beoordeling daarvan met name relevant is:

- i. de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten en de daaruit voortvloeiende risico's;*
- ii. de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de hem verweten beslissing of gedraging en*
- iii. het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.*

3.4. Ten aanzien van de hoge drempel van "een ernstig verwijt" die voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover de door hem bestuurd onderneming wordt aanvaard, merkt de rechtbank op dat deze mede is ingegeven in het belang van die vennootschap en de daarmee verbonden onderneming omdat daarmee wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen. Bij invoering van artikel 2:9 BW is door de Minister toegelicht dat de samenleving niet is gediend met regelgeving die ondernemers stimuleert om telkens de voorkeur te geven aan risicomijdende beslissingen met weinig economisch voordeel. Bezien in dit licht, moet voor aansprakelijkheid van een bestuurder in feite komen vast te staan dat geen redelijk denkend bestuurder zo zou hebben gehandeld.

3.5. De rechtbank stelt bij de beoordeling voorop dat het beginsel van het zich hier voordoend meerhoofdig, collegiaal bestuur in essentie meebrengt:

- a. dat op beide bestuurders gezamenlijk de opdracht rust tot vervulling van de bestuurstaken in onderlinge samenwerking;*
- b. dat beide bestuurders individueel en gezamenlijk zijn aan te spreken op de wijze waarop de bestuurstaken zijn vervuld.*

Dit beginsel laat onverlet dat van een taakverdeling sprake kan zijn. De taken van een CEO ([X]) en CFO ([Y]) zijn krachtens statuten en reglement van [de rechtspersoon] te onderscheiden.

[De rechtspersoon] maakt in haar stellingen evenwel geen onderscheid tussen [X] en [Y]. [X] en [Y] maken dit onderscheid evenmin in hun verweer.

De rechtbank ziet daarom geen reden voor onderscheid tussen [X] en [Y], zodat hetgeen de een treft evenzeer de ander kan worden toegerekend.

3.6. Tussen partijen is in geschil op wie inzake artikel 2:9 BW de bewijslast rust ten aanzien van de vraag of [X] en [Y] terzake onbehoorlijk bestuur een ernstig verwijt treft. Krachtens vaste jurisprudentie is het aan de rechtspersoon ([de rechtspersoon]) om dit te stellen en zonodig te bewijzen. Bij een meerhoofdig bestuur brengt het bewijs tegen een bestuurder in beginsel mee dat bestuurders gezamenlijk aansprakelijk zijn.

Slechts in het zich hier niet voordoend geval dat door een bestuurder – op wiens gedraging de kwalificatie ernstig verwijt, leidend tot onbehoorlijk bestuur, niet is gebaseerd – een beroep op individuele disculpatie wordt gedaan, rust op die bestuurder de plicht te stellen en bewijzen dat hij persoonlijk terzake van het onbehoorlijk bestuur constituerende feitencomplex niet op een als ernstig verwijtbaar te kwalificeren wijze toerekenbaar is tekortgeschoten in zijn taakvervulling.

In dat – zich hier niet voordoend – geval dient de betreffende bestuurder, om zich aan de collectieve (hoofdelijke) aansprakelijkheid te kunnen onttrekken, niet alleen te bewijzen dat hem mede gelet op de taakverdeling, geen ernstig verwijt kan worden gemaakt maar ook dat hij daarnaast niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de voor de rechtspersoon nadelige gevolgen van het onbehoorlijk bestuur of te wenden of te beperken.

Als gezegd is door [X] noch [Y] een beroep gedaan op individuele disculpatie. De bewijslast voor bestuursaansprakelijkheid ligt dan ook als hierboven overwogen op [de rechtspersoon].

3.11. De rechtbank is op basis van het dossier en met name hetgeen hiervoor is weergegeven, alles in onderling verband en samenhang bezien, van oordeel dat [X] en [Y] naar de maatstaven van de in het tussenvonniss van 18 februari 2015 weergegeven concernleidingplicht, zijn tekortgeschoten in het vervullen van hun taak. Hetgeen door [de rechtspersoon] is aangevoerd rechtvaardigt naar het oordeel van de rechtbank in de zich hier voordoende omstandigheden van het geval echter niet de conclusie dat [X] en/of [Y] als bestuurder een zodanig ernstig verwijt treft, dat zij (dan wel een van hen) persoonlijk aansprakelijk is/zijn.

(...)

3.12. De rechtbank acht daartoe de navolgende omstandigheden van belang.

(a.) [X] en [Y] hebben, zoals ook bij tussenvonnis van 8 februari 2015 is overwogen, een onderneming geleid die in de periode van 2007 en 2010 explosief is gegroeid, het gemiddelde personeelsbestand is uitgebreid van 6.000 naar circa 13.000 medewerkers, waarvan de organisatie en werkzaamheden complexer werden en het risicoprofiel aanzienlijk toenam omdat de verhouding tussen hun “core business” die bestond uit maintenance (onderhoudswerkzaamheden) met bestendige, langlopende relaties met de klant en een afrekening op basis van “uurtje/factuur” in de periode 2007-2010 veranderde door toename van “projectenwerk” met name door de acquisities in [werelddeel A, B en C]. [X] en [Y] waren weliswaar in de eerste plaats zelf verantwoordelijk voor dit beleid maar dat neemt niet weg dat [de rechtspersoon] dit beleid zelf heeft goedgekeurd. Dit brengt mee dat [de rechtspersoon] daarmee ook het tevoren aangekondigde risico van een problematische integratie en controle heeft aanvaard. (...)

[De rechtspersoon] lijkt zich op het standpunt te stellen dat de geleden verliezen zouden zijn voorkomen met een aan elke van de acquisities voorafgaand (deugdelijk) plan van integratie en het toepassen van (...) reeds aangegeven controleprocedures (...). [De rechtspersoon] wijst er in dat verband terecht op dat [X] en [Y] niet eerder dan (...) het roer omgooiden, uitdrukkelijk afstand namen van de eerder gekozen decentrale besturingsfilosofie en voorts tot het inzicht geraakten dat de balans tussen onderhoudswerk en projectenwerk ernstig verstoord was (...). Ten tijde van hun vertrek bij [de rechtspersoon] was van succesvol ingrijpen nog geen sprake (het meeste was nog “in the process of implementing”). (...)

De rechtbank is van oordeel dat ook indien [X] en [Y] hun taak op belangrijke onderdelen niet naar behoren hebben vervuld en met name er niet in zijn geslaagd voor hun vertrek in 2011 de voor risicobeheersing vereiste controle en integratie van acquisities (...) te bewerkstelligen, daarmee niet – althans niet automatisch – vaststaat dat hen terzake dit verzuim een zodanig ernstig persoonlijk verwijt treft dat zij – persoonlijk – aansprakelijk zijn.

Bij de explosieve groei zijn risico's genomen, het is de vraag of – nu deze risico's zich kennelijk voor een deel hebben verwezenlijkt – de nadelige gevolgen daarvan op bestuurders dienen te worden afgewenteld.

[De rechtspersoon] beschikte in haar RvC en grootaandeelhouders over professionals die zich van meet of aan bewust moeten zijn geweest van de risico's die samenhangen met een zo explosieve groei als bij [de rechtspersoon], een verschuiving naar projectenwerk door acquisities in [werelddeel A, B en C], waar [de rechtspersoon] (overigens ook volgens [X] en [Y]) geen ervaring had en waarvan – als feit van algemene bekendheid (...) – mag worden aangenomen dat de fraudegevoeligheid daar groter is dan in landen van West Europa (Nederland, Duitsland, België en Groot-Brittannië) waar [de rechtspersoon] van oudsher actief was.

(...)

3.13. Samenvattend volgt uit het voorgaande dat [X] en [Y] er tot hun vertrek kennelijk niet in waren geslaagd een adequate organisatie van de groep en een deugdelijk controle- en beheerssysteem gericht op het voeren van beleid tot beheersing van risico's die voortvloeien uit de ondernemingsactiviteiten tot stand te brengen. Dit klemmt temeer daar de deelnemingen via intercompany leningen toegang hadden – en met toestemming van [Y] ook daadwerkelijk kregen – tot de kredietfaciliteit van [de rechtspersoon] als moedermaatschappij. [X] en [Y] zijn aldus tekortgeschoten in hun taakuitoefening.

Voor de beantwoording van de vraag of hen te dier zake een zodanig ernstig verwijt treft dat zij persoonlijk aansprakelijk zijn wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur, in die zin dat geen redelijk denkend bestuurder – onder de gegeven omstandigheden – zo gehandeld zou hebben dient dit verzuim te worden gezien in het licht van de omstandigheid dat zich – juist – bij deze acquisities de nadelige gevolgen manifesteerden van het gekozen beleid van decentralisatie en snelle groei. [X] en [Y] zijn voor dit beleid – als hierboven overwogen – uiteraard in de eerste plaats zelf verantwoordelijk maar [de rechtspersoon] heeft met dit beleid ingestemd en daarmee – naar moet worden aangenomen – bewust – met de daarmee beoogde voordelen, ook de daarmee samenhangende risico's aanvaard.

(...)

In het licht van de hiervoor weergegeven omstandigheden dat

- (a) [De rechtspersoon] bewust risico's is aangegaan door in te stemmen met ingrijpende veranderingen en de daarmee samenhangende risico's;
- (b) [X] en [Y] geen informatie hebben achtergehouden;

- (c) [X] en [Y] verbeteringen in gang hebben gezet en voor een meer voortvarend ingrijpen inmiddels de financiën ontbraken en
- (d) [X] en [Y] met het door hen gevoerde beleid geen ander belang dan dat van (de onderneming van) [de rechtspersoon] voor ogen hadden,

treft [X] en [Y] terzake de tekortkomingen in hun bestuur geen ernstig verwijt in die zin dat geen redelijk denkend bestuurder onder deze omstandigheden zo zou hebben gehandeld.

Dat het [X] en [Y] niet is gelukt de organisatie gedurende hun bestuursperiode tijdig aan te passen terwijl dit mogelijk bij concurrenten van [de rechtspersoon] (en overigens uiteindelijk ook het opvolgend bestuur van de rechtspersoon)) wel is gelukt, zou – als hierboven overwogen – zeer wel een reden kunnen zijn geweest voor hun vertrek. [De rechtspersoon] hoeft immers geen genoegen te nemen met minder dan een zorgvuldige taakuitoefening van capabele bestuurders en [X] en [Y] zagen dit in de vergadering MB 9 november 2010 ook zelf aankomen: “If not better next year my and TL last year” – maar het is naar het oordeel van de rechtbank in de hiervoor weergegeven omstandigheden onvoldoende om tot het oordeel te geraken dat daarmee de voor bestuurdersaansprakelijkheid vereiste hoge drempel van een ernstig verwijt is overschreden.

3.15. Dit betekent dat de vordering van [de rechtspersoon] voorzover deze is gebaseerd op de aansprakelijkheid van [X] en [Y] als bestuurder, dient te worden afgewezen.” (onderstreping toegevoegd)

De uitspraak laat naar mijn mening bij uitstek zien dat de ernstigverwijtmaatstaf leidt tot – zoals Strik het formuleerde²⁰ – slecht gemotiveerde beslissingen en een gebrek aan eenheid in de rechtspraak waarin de systematiek van art. 2:9 BW uit het oog wordt verloren. De rechtbank hanteerde een dubbele toets voor de aansprakelijkheid van de bestuurder op grond van art. 2:9 BW. De rechtbank beantwoordde eerst de vraag of sprake was van onbehoorlijke taakvervulling van beide bestuurders en vervolgens de vraag of hun daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Deze dubbele toets past echter niet in de systematiek van art. 2:9 BW. X en Y waren de enige bestuurders, geen van hen kon een beroep op de disculpatiegrond doen en ten aanzien van beiden kwam de rechtbank meermaals tot het oordeel dat zij hun taak onbehoorlijk hadden vervuld. De rechtbank stelde daarbij met herhaling dat de bestuurders verantwoordelijk zijn voor het beleid, maar dat de rechtspersoon met dat beleid had ingestemd. Die redenering van de rechtbank is overigens in strijd met het idee dat de rechtspersoon, als abstract rechtssubject, uitsluitend kan instemmen met dat beleid doordat de bestuurders dat – al dan niet in overleg met de RvC – doen.

20. Strik 2010, p. 23 en 27.

Voorts is het in strijd met het uitgangspunt dat een bestuurder ten aanzien van dat (kennelijk verkeerde) beleid slechts niet aansprakelijk is indien hij zich kan disculperen. Daar was in de onderhavige zaak juist geen sprake van. De rechtbank overwoog uitdrukkelijk dat geen beroep op disculpatie was gedaan.

De uitspraak doet mijns inziens dan ook afbreuk aan art. 2:9 BW. Zou deze jurisprudentie in de toekomst gevolgd worden, dan kan men art. 2:9 BW net zo goed schrappen en daarvoor in de plaats een één-regelige bepaling opnemen die luidt: *‘de bestuurder is aansprakelijk jegens de rechtspersoon indien hem een ernstig verwijt treft’*. Dit kan niet de bedoeling zijn.

De dubbele toets-benadering²¹ is overigens vaker en meer expliciet in de rechtspraak teruggekomen. Een voorbeeld is de uitspraak van 21 mei 2008 van de Rechtbank Arnhem. In deze zaak oordeelde de rechtbank dat voor aansprakelijkheid krachtens dit artikel is vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt van onbehoorlijk bestuur kan worden gemaakt en dat dit een *“dubbele toets”* zou inhouden. Ten eerste moest, aldus de rechtbank, worden beoordeeld of sprake is van onbehoorlijke taakvervulling. Vervolgens moest, aldus de rechtbank, nog beoordeeld worden of het bestuur daarvan een ernstig verwijt is te maken.²²

Een variant op deze dubbele toets-benadering is gebruikt door het hof Amsterdam die oordeelde dat de aangesproken bestuurders ieder voor zich aansprakelijk zijn voor elke tekortkoming in de behoorlijke vervulling van de bestuurstaak *“indien is voldaan aan het vereiste dat ernstig verwijtbaar is gehandeld”*. Dit zou slechts anders zijn indien de aangesproken bestuurder aantoonde dat hem de tekortkoming niet valt te verwijten en hij niet nalatig is gebleven in het beperken van de gevolgen ervan.²³

Uit de ratio en systematiek van art. 2:9 BW (oud) volgt dat aansprakelijkheid een direct gevolg is van onbehoorlijke taakvervulling, behoudens de mogelijkheid van disculpatie. Als men de ernstigverwijtmaatstaf daarin een plaats wil geven, dan geldt dat geen sprake kan zijn van onbehoorlijke taakvervulling als geen sprake is van een ernstig verwijt. In de literatuur werd dan ook gesteld dat de begrippen ‘ernstig verwijt’ en ‘onbehoorlijke taakvervulling’ niet twee afzonderlijke pijlers vormen van de op art. 2:9 BW gebaseerde aansprakelijkheid, maar dat veeleer kan worden gezegd *“(…) dat het laatste (ernstig verwijt)*

21. Ook Strik 2010, p. 28 had het over een dubbele toets. Zie par. 5.6 hiervoor.

22. Rb. Arnhem 21 mei 2008, JOR 2008/222 (Stichting STOAS).

23. Hof Amsterdam 12 juni 2012, JOR 2012/348 (Nederlandse Rode Kruis), r.o. 3.3.2.

*resulteert in het eerste (onbehoorlijke taakvervulling)”.²⁴ Voorts geldt dan dat de ernstigverwijtmaatstaf slechts relevant zou moeten zijn bij de eerste verwijtbaarheidsvraag van art. 2:9 BW, namelijk de vraag of sprake is van onbehoorlijke taakvervulling (“*waarvoor ernstige verwijtbaarheid nodig is die door de eiseres-vennootschap zal moeten worden gesteld en aangetoond*”).²⁵ Vervolgens resteert slechts de vraag of de bestuurder zich kan disculperen, hetgeen hij zou moeten stellen en bewijzen. Van een dubbele toets is dus geen sprake, terwijl vastgesteld kan worden dat het enkele bestaan van de ernstigverwijtmaatstaf in de (lagere) rechtspraak dat idee wel doet ontstaan. Als gevolg daarvan wordt de systematiek van art. 2:9 BW uit het oog verloren. Dit gegeven, in samenhang bezien met het feit dat nog steeds onduidelijkheid bestaat over de betekenis van de term ‘ernstig verwijt’ (zie par. 5.2.2 en bijvoorbeeld het daarin besproken arrest *Stichting ATAL*),²⁶ laat de noodzaak zien van een grondige herbezinning.*

24. Assink, Bröring, Timmerman & De Valk 2011, p. 25.

25. Asser/Maeijer 2-III 2000/321.

26. HR 1 april 2016, *JOR* 2016/264 m.nt. A.J.P. Schild (*Stichting ATAL*).

Hoofdstuk 7. Tussenconclusie: de realiteit en wenselijkheid van de ernstigverwijtmaatstaf

Ik ben mij bewust van de realiteit van de ernstigverwijtmaatstaf. Er bestaat een grote hoeveelheid jurisprudentie en de maatstaf wordt breed gedragen, zo veel is duidelijk. De realiteit is bovendien dat de ernstigverwijtmaatstaf per 1 januari 2013 is gecodificeerd in art. 2:9 BW, terwijl de in de vorige hoofdstukken verrichte rechtstheoretische analyse is gebaseerd op art. 2:9 BW (oud) waarin de ernstigverwijtmaatstaf nog niet was gecodificeerd. Het belang van het arrest *Staleman/Van de Ven* kan voorts zeker niet ontkend worden. In de uitwerking heeft het geleid tot evenwichtige en eerlijke rechtspraak. De visie van Timmerman¹ en – met hem – vele anderen over het belang van het *Staleman/Van de Ven*-arrest is dan ook begrijpelijk.

Vanuit rechtstheoretisch oogpunt zijn echter vraagtekens te plaatsen bij de introductie en de toepassing van de ernstigverwijtmaatstaf. De ernstigverwijtmaatstaf is in het arbeidsrecht inmiddels al lange tijd verlaten, maar vormt thans een door jurisprudentie en literatuur ontwikkelde gedragsnorm (*‘gij zult niet ernstig verwijtbaar handelen’*) die de wettelijke gedragsnorm in art. 2:9 BW (*‘gij zult niet onbehoorlijk besturen’*) lijkt te vervangen. Daarvoor bestaat geen rechtvaardiging of noodzaak, integendeel. De term ‘ernstig verwijt’ is abstracter dan de term ‘onbehoorlijk bestuur’ en het vormt een onnodig alternatief: de term ‘onbehoorlijk’ bevat blijkens de wetsgeschiedenis immers al het normatieve element waardoor het *‘handelen’* (of *‘besturen’*) verwijtbaar is. En de term ‘verwijtbaar’ betekent (volgens de Van Dale) dat dit handelen/besturen iemand is aan te rekenen, iemand is kwalijk te nemen. Als een bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld, is hem dat kwalijk te nemen. De term ‘ernstig verwijt’ voegt daar niets aan toe, net zo min als de term ‘ernstig’ iets zou toevoegen aan het begrip ‘onbehoorlijke taakvervulling’. Als een bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld, dan leidt dat tot de gevolgen als omschreven in art. 2:9 BW. De term ‘ernstig onbehoorlijk bestuur’ kennen we ook niet, terwijl de term ‘ernstig verwijt’ ten onrechte en in strijd met de ratio en systematiek van art. 2:9 BW (oud) suggereert dat de bestuurder niet aansprakelijk is wanneer hem een (gewoon) verwijt van onbehoorlijke taakvervulling kan worden gemaakt. Dat lijkt mij niet juist. Wel juist lijkt mij dat als de bestuurder heeft gehandeld zoals

1. Timmerman 2009b, p. 481 e.v.

van een redelijk bekwaam bestuurder² in de gegeven omstandigheden verwacht kan worden, waardoor hem geen (*gewoon*) verwijt van onbehoorlijke taakvervulling kan worden gemaakt, de bestuurder per definitie niet aansprakelijk is. Dan valt hem namelijk simpelweg *geen enkel* verwijt te maken.

Ook vanuit rechtspolitiek oogpunt – en dan met name de wens om duidelijke rechtspraak na te streven die is gebaseerd op de wet en op taal die een betekenis heeft die overeenstemt met de betekenis die deze taal heeft in het maatschappelijk verkeer – is de vraag gerechtvaardigd of de ernstigverwijtmaatstaf dient te blijven bestaan. Toen Kroeze in zijn inaugurele rede uit 2005 de term ‘bange bestuurders’ introduceerde en schreef dat de ernstigverwijtmaatstaf die sinds het door de Hoge Raad in 1997 gewezen arrest *Staleman/Van de Ven*³ geldt voor de beoordeling van interne bestuurdersaansprakelijkheid, recht doet aan de omstandigheid dat een bestuurder moet kunnen ondernemen,⁴ constateerde Kroeze dat het aansprakelijkheidsrecht in het ondernemingsrecht als bijwerking kan hebben dat bestuurders niet meer durven te ondernemen. Hij noemde daarbij als oorzaken onder meer (i) het bestaan van vage of ruime aansprakelijkheidsnormen voor interne en externe aansprakelijkheid en (ii) het feit dat vaag geformuleerde aansprakelijkheidsnormen bijdragen aan onwetendheid bij bestuurders over de eigen aansprakelijkheidspositie. Hoewel Kroeze schreef dat de ernstigverwijtmaatstaf recht doet aan de omstandigheid dat een bestuurder moet kunnen ondernemen, doelde hij op diezelfde ernstigverwijtmaatstaf en pleitte hij (en later andere schrijvers ook) juist voor duidelijkere normen en voor het invoeren van een Nederlandse variant van de zogenoemde ‘*business-judgment rule*’.⁵ Dit pleidooi voor duidelijkere normen neem ik over. De ernstigverwijtmaatstaf biedt die duidelijkheid niet meer dan dat de behoorlijke taakvervullingsnorm deze duidelijkheid biedt. De codificatie van de ernstigverwijtmaatstaf per 1 januari 2013 is mijns inziens dan ook onwenselijk en ik stel voor art. 2:9 BW dusdanig aan te passen dat daarin explicieter wordt rekening

-
2. Hierbij speelt het criterium maatman-bestuurder een central rol. Daarbij geldt dat het criterium niet één man, noch de gemiddelde bestuurder is, maar een categorie bestuurders waarbinnen een ruime variatie en breedte kan gelden. Besturen is mensenwerk en mensen kunnen zich vergissen, abusievelijk iets nalaten of iets over het hoofd zien, daargelaten het feit dat een ‘verkeerde’ beslissing bovendien nog geen ‘foute’ beslissing is. De rechter zal moeten beoordelen of een vergissing of omissie dusdanig is dat de maatman-bestuurder geacht moet worden deze vergissing of omissie niet te hebben gemaakt. Zie par. 3.7.4 en 3.7.8.
 3. HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*).
 4. Kroeze 2005, p. 4 e.v.
 5. Kroeze 2005, p. 16-18. Zie voorts: Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/199; Timmerman 2009a; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/448; Assink 2008; Assink 2007, p. 1-4; Assink 2005.

TUSSENCONCLUSIE: DE REALITEIT VAN DE ERNSTIGVERWIJTMATSTAF

gehouden met het collegialiteitsbeginsel en de toetsingsnormen/toetsingsregels die de rechter bij de beoordeling van de taakvervulling van de bestuurder dient toe te passen. Ik zal daar in het volgende hoofdstuk een voorstel voor doen.

Gelet op het belang dat de ernstigverwijtmaatstaf inmiddels heeft verworven door de literatuur, de rechtspraak en de wetgever, zou men kunnen betogen dat het loslaten van de ernstigverwijtmaatstaf afbreuk kan doen aan de bestendige lijn in de jurisprudentie en aan de recente codificatie. Men zou voorts kunnen betogen dat daardoor juist meer onduidelijkheid en meer rechtsonzekerheid kan ontstaan. Hoewel die gedachte begrijpelijk is, zou deze gedachte impliceren dat men niet meer zou mogen afwijken van het reeds ingeslagen pad en niet meer zou mogen terugkomen op in het verleden gemaakte keuzes, terwijl men inmiddels beter zou weten. Dat lijkt mij een onwenselijke conclusie. Men kan in dat verband niet eraan voorbijgaan dat de in de literatuur en jurisprudentie ontwikkelde ernstigverwijtmaatstaf gebaseerd lijkt te zijn op de (mijns inziens) onjuiste opvattingen dat (i) art. 2:9 BW geen zelfstandige betekenis had, (ii) de vraag naar aansprakelijkheid bezien diende te worden in het licht van een (redelijke) uitleg van een overeenkomst tussen de bestuurder en de rechtspersoon tegen de achtergrond van art. 6:74 BW en art. 6:75 BW en (iii) het handelen van de bestuurder met eenzelfde (subjectieve) toets dient te worden beoordeeld als het handelen van een werknemer. Het feit dat deze opvattingen in de literatuur maar kort hebben bestaan, doet niet af aan het feit dat het deze opvattingen zijn geweest die mede aan de basis hebben gelegen van de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf vanuit het arbeidsrecht in het rechtspersonenrecht. Voor velen is dat thans waarschijnlijk niet meer voorstelbaar, omdat de term ‘ernstig verwijt’ inmiddels uitsluitend aan het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht is verknocht. Desondanks blijft in de doctrine tot de dag van vandaag onduidelijkheid bestaan over de betekenis van de term ‘ernstig verwijt’. Ook als zou worden betoogd dat de ernstigverwijtmaatstaf inmiddels een volledige eigen betekenis in het ondernemingsrecht heeft gekregen, die op zichzelf staat en los kan worden gezien van zijn ontstaansgeschiedenis, geldt dat de ernstigverwijtmaatstaf alles behalve fraai is. Het enkele feit dat de ernstigverwijtmaatstaf nu eenmaal al bestaat en reeds enige tijd in gebruik is, vormt geen reden deze te handhaven. Als het duidelijker en beter kan, dan moet daarvoor worden gekozen, om te beginnen door terug te gaan naar de situatie voordat de ernstigverwijtmaatstaf bestond en door de aandacht te verleggen naar de toetsingsregels die uit de wetsgeschiedenis blijken (zie par. 3.7).

Hoofdstuk 8. Codificatie van de ernstigverwijtmaatstaf en een nieuw voorstel voor art. 2:9 BW

Het per 1 januari 2013 op grond van de Wet bestuur en toezicht¹ ingetreden art. 2:9 BW luidt:

- “1. *Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Tot de taak van de bestuurder behoren alle bestuursstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.*
2. *Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Hij is voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.*”

Toen de wetgever bij de Wet bestuur en toezicht in 2013 tot codificatie van de ernstigverwijtmaatstaf overging, waren de in de vorige hoofdstukken gedane constatering bij mijn weten nog niet in onderlinge samenhang gedaan. De wetgever baseerde zich bij de codificatie van de maatstaf vrij eenvoudig op het arrest *Staleman/Van de Ven*² met het argument aan te sluiten bij de in de rechtspraak gehanteerde terminologie (zie par. 3.2). De wetgever heeft op deze manier een maatstaf gecodificeerd die de wetgever dus ook in 1992 had kunnen codificeren bij de introductie van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, het huidige BW. De ernstigverwijtmaatstaf beoogt duidelijk te maken dat een bestuurder beleidsruimte heeft, moet kunnen ondernemen en dat zijn handelen moet worden beoordeeld naar het moment van handelen waarbij rekening wordt gehouden met het gevaar van hindsight bias. Deze uitgangspunten waren echter reeds lang en breed uiteengezet in de wetsgeschiedenis voor 1992 en gaven reeds lang

1. Wet bestuur en toezicht, Wet van 6 juni 2011, Stb. 2011, 275 (per 1 januari 2013 in werking getreden).

2. HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*).

invulling aan het toetsingskader van art. 2:9 BW. Het lijkt erop dat de literatuur³ en jurisprudentie,⁴ waarin de ernstigverwijtmaatstaf wordt onderbouwd, ertoe hebben geleid dat de wetgever voorbij is gegaan aan deze wetsgeschiedenis en een term heeft gecodificeerd die dezelfde betekenis althans dezelfde consequenties heeft voor het toepasselijke toetsingskader als de wetgever reeds meer dan twee decennia eerder voor ogen had bij de term ‘onbehoorlijke taakvervulling’. Toen de wetgever zich bij de codificatie van de ernstigverwijtmaatstaf in het huidige art. 2:9 BW baseerde op het arrest *Staleman/Van de Ven*, heeft de wetgever zich mijns inziens voorts niet goed gerealiseerd dat de termen ‘tekortkoming’, ‘te wijten aan’ en ‘nalatig’ in art. 2:9 BW (oud) slechts doelden op het schuldbegrip in de zin dat iemand verantwoordelijk wordt gesteld voor de nadelige gevolgen van een bepaalde gebeurtenis, althans in de zin dat de bestuurder het taalkundige verwijt kan worden gemaakt van het tekortkomen in de op hem rustende verbintenissen. De termen doelden niet op een bepaalde schuldgradatie (zie par. 3.8) terwijl de ernstigverwijtmaatstaf dat wel doet, althans dat in ieder geval suggereert (zie par. 5.2.2 en par. 5.6). De codificatie kon dan ook niet anders dan tot nog meer onduidelijkheid leiden.

Dit blijkt ook uit de wijze *waarop* de maatstaf in 2013 is gecodificeerd. Terwijl in de literatuur na *Staleman/Van de Ven* werd aangenomen dat de maatstaf van belang was in het kader van de vraag of sprake is van onbehoorlijk bestuur en een ‘toetsingsnorm’⁵ zou vormen voor het vaststellen van onbehoorlijk bestuur, is de maatstaf niet als een onderdeel van de behoorlijke taakvervullingsnorm opgenomen. De maatstaf is juist opgenomen in het deel van art. 2:9 BW dat volgt na de ‘tenzij’. De ernstigverwijtmaatstaf is onderdeel geworden van de disculpatiemogelijkheid. Dit heeft tot een stevige discussie geleid in de literatuur, waar ik hieronder bij zalilstaan. Ik doe dat wellicht wat uitvoerig met lange citaten, maar dat doe ik omdat de discussie een goed beeld geeft van de problematiek die ik constateer.

Voorafgaande aan de inwerkingtreding van het nieuwe art. 2:9 BW had Huizink reeds kritiek geleverd op het gelijklopende wetsontwerp van de Wet bestuur en toezicht. Huizink schreef onder meer:⁶

-
3. Zie bijvoorbeeld: Huizink 1989, p. 100; Huizink 1994; Van Andel 1992, p. 65; Van Hees 1994, p. 2-3; Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-II 1990/180; Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1991/44; Van der Heijden/Van der Grinten/Honée & Hendriks-Jansen, *Handboek NV/BV* 1992/257; Asser/Maeijer 2-II 1997/44.
 4. HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*) en alle nadien gewezen jurisprudentie die hierop is gebaseerd.
 5. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/448 en Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/200.
 6. Huizink 2011, p. 11-12 zoals herhaald in Huizink 2016, *GS Rechtspersonen*, art. 2:9 BW, aant. 8.2.2.

“Als men dan het huidige art. 2:9 BW met het voorgestelde art. 2:9 BW vergelijkt, dan lijkt het er op dat de ernstige verwijtbaarheid niet langer een rol speelt bij de vraag of onbehoorlijk bestuur tot aansprakelijkheid van het bestuur als college leidt. Kennelijk is daarvoor voldoende dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur. Volgens de tekst van art. 2:9 lid 2 BW (nieuw), tweede volzin, leidt zulks tot hoofdelijke aansprakelijkheid maar kunnen de bestuurders zich disculperen door te stellen en zonodig te bewijzen dat hen geen ernstig verwijt treft. Zie ik het goed, dan treedt onder de nieuwe bepaling dus eerder hoofdelijke aansprakelijkheid in (de vennootschap hoeft geen ernstige verwijtbaarheid te stellen). Tegelijkertijd is het voor de afzonderlijke bestuurders gemakkelijker om zich te disculperen. Zij kunnen volstaan met te stellen dat hen geen ernstig verwijt treft in plaats van, zoals onder het huidige art. 2:9 BW, geen (enkel) verwijt. De MvT laat zich niet uit over deze koerswijziging. Want dat het nieuwe art. 2:9 BW aldus moet worden geïnterpreteerd blijkt onomstotelijk uit de voorgestelde wettekst. Ik zou menen dat wanneer deze koerswijziging werkelijk beoogd is, daar wel wat meer toelichting op had mogen worden gegeven.”

De kritiek van Huizink was echter tevergeefs en het wetsontwerp is ongewijzigd in werking getreden. Op 6 februari 2014 werd vervolgens het in par. 3.2 genoemde Ambtelijk voorontwerp Voorstel van Wet bestuur en toezicht ter internetconsultatie voorgelegd.⁷ De kritiek van Huizink is ook in dat voorontwerp kennelijk niet ter harte genomen. Art. 2:9 BW werd hierin namelijk slechts op een enkel punt gewijzigd, doordat in het eerste lid van art. 2:9 BW na “taak” een zinsnede werd ingevoegd, luidende: “en zich daarbij te richten naar het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie”.⁸

Schild en Timmerman⁹ hebben vervolgens in maart 2014 in reactie op het betoog uit 2011 van Huizink een poging gedaan om het huidige art. 2:9 BW uit te leggen voor ‘gewone bestuurders’ (zij verwezen daarin niet naar voor- noemd ambtelijk voorontwerp). Zij schreven:

7. Conceptwetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen van 6 februari 2014 (Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met het verbeteren van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen alsmede de uniformering van enkele bepalingen daaromtrent voor alle rechtspersonen, <http://www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>).
8. Verder werd een tegenstrijdigbelangregeling opgenomen in art. 2:9 BW en werd een nieuw art. 2:9a BW ingevoegd dat gold voor leden van toezichthoudende organen van rechtspersonen en dat in feite gelijk luidde als het daarin voorgestelde art. 2:9 BW.
9. Schild & Timmerman 2014.

“Aardig is dat het in de jurisprudentie ontwikkelde begrip ernstig verwijt in de wetstekst is opgenomen. Dit is mooi onderling afgestemd gedrag tussen wetgever en rechter. Zo zien we dat graag. (...) Er zijn auteurs [verwezen wordt naar Huizink, toevoeging] die op grond van de letterlijke tekst van het gewijzigde art. 2:9 BW verdedigen dat de NV of BV na 1 januari 2013 in beginsel kan volstaan met aan te tonen dat een bestuurder onbehoorlijk heeft bestuurd zonder iets te stellen en aannemelijk te maken over het ernstig verwijt. Het gevolg is dan dat de andere bestuurders op grond van de hoofdelijkheidsregel in beginsel behoudens disculpatie aansprakelijk zijn. In de fase van het aansprakelijk stellen speelt ernstig verwijt dan geen rol (dat is volgens hen anders in de disculpatiefase). Daarmee zou de wetgever ons inziens op een belangrijk punt zijn teruggekomen op het arrest Staleman/Van de Ven en zou de aansprakelijkheid van bestuurders onder art. 2:9 BW zijn verzwaaard. Ons inziens heeft de wetgever dit niet beoogd. Dit blijkt uit de vele instemmende verwijzingen in de parlementaire geschiedenis naar het arrest Staleman/Van de Ven. Als dat arrest zo vaak wordt aangehaald, dan zou het voor de hand hebben gelegen dat de wetgever, indien hij zou hebben beoogd met het gewijzigde art. 2:9 op een belangrijk punt te hebben willen afwijken van het arrest Staleman/Van de Ven, hij zulks expliciet te kennen gegeven zou hebben. Van een intentie van de wetgever om de aansprakelijkheid van de bestuurders te verzwaren blijkt uit de wetsgeschiedenis helemaal nergens. In de parlementaire geschiedenis is immers te lezen: “De Hoge Raad heeft voor de aansprakelijkheid van bestuurders op grond van artikel 2:9 BW bepaald dat vereist is dat de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt (HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360)” en “Tekstueel is artikel 2:9 BW aangepast aan de invoering van artikel 2:129a/239a BW en de jurisprudentie van de Hoge Raad. Daarmee is de aansprakelijkheidspositie van bestuurders verduidelijkt, maar naar mijn mening niet inhoudelijk gewijzigd.” (...) We hebben het arrest Staleman/Van de Ven altijd zo begrepen dat, als er een taakverdeling geldt en de NV of BV met succes een bestuurder (bijvoorbeeld de inkoop-bestuurder) aanspreekt (er is bij hem sprake van onbehoorlijk bestuur waarvan een ernstig verwijt gemaakt kan worden), de andere bestuurders onder de voor hen geldende hoofdelijke aansprakelijkheid in beginsel kunnen uitkomen door te stellen en aannemelijk te maken dat hen geen ernstig verwijt gemaakt kan worden, omdat de betrokken aangelegenheid (bijvoorbeeld een inkoopkwestie) niet onder hun taak viel. Maar dat is wat het nieuwe art. 2:9 BW ook bepaalt. Zo is ook te meer begrijpelijk dat de wetgever met zoveel instemming naar het arrest Staleman/Van de Ven verwijst.”

Met Schild en Timmerman ben ik het eens dat uit de wetsgeschiedenis zonder meer blijkt dat de wetgever niet heeft willen afwijken van het arrest *Staleman/Van de Ven*. De analyse van Huizink lijkt mij voorts niet juist als men in ogenschouw neemt dat uit de wetsgeschiedenis niet blijkt dat de wetgever heeft

beoogd een wijziging aan te brengen in de wijze waarop onbehoorlijk bestuur en de individuele aansprakelijkheid getoetst moeten worden. De codificatie van de ernstigverwijtmaatstaf is vooral een gevolg van de wens om aan te sluiten bij de sinds *Staleman/Van de Ven* in de jurisprudentie bestaande formulering.¹⁰

Toch had Huizink een goed punt waar hij zich baseerde op de letterlijke tekst van art. 2:9 BW. De reactie van Huizink op Schild en Timmerman was dan ook kort en krachtig:¹¹

“Ik weet niet hoe het de redactie van WPNR vergaat, maar de gemiddelde jurist en de gemiddeld geïnteresseerde leek, zoals menig vennootschapsbestuurder, zal voor de oplossing van een juridische kwestie bij de tekst van de wet te rade gaan. Geen interpretatie, maar gewoon lezen. Zeker als het een nieuw wetsartikel betreft dat belangrijke materie regelt, zoals art. 2:9 BW. Daar staat, zoals Timmerman en Schild in hun artikel “Het nieuwe art. 2:9, uitgelegd voor gewone bestuurders” aangeven, iets anders dan in HR Staleman/Van de Ven. Ik weet ook wel dat het niet de bedoeling van de wetgever was een andere weg in te slaan. Maar schrijf dat dan ook zo op! Kennelijk is de wetgever niet in staat zijn bedoeling ten aanzien van belangrijke juridische onderwerpen goed onder woorden te brengen. Zoals ik elders aangaf zullen we moeten afwachten hoe de rechter de nieuwe bepaling zal interpreteren. Ik vermoed overigens dat het allemaal wel mee zal vallen, gezien de ook in HR Staleman/Van de Ven verwoorde regel dat gelet moet worden op alle omstandigheden van het geval.”

De terechte opmerking van Huizink past bij de in par. 2.2 geciteerde overweging van A-G Langemeijer bij HR 11 november 1960 die ik hier herhaal:¹²

“De burger moet kunnen vertrouwen op wetsvoorschriften die bij onbevanging lezing op zich zelf slechts één uitlegging toelaten en ten aanzien waarvan ook niet daarnaast staande omstandigheden, zoals bijvoorbeeld de onredelijkheid van de uitkomst of de onverklaarbare afwijking van een gevestigde traditie, aan die uitlegging twijfel wekken. Ook al moge de burger-niet-jurist zich zelden bij zijn gedrag aan de wetstekst oriënteren, de mogelijkheid moet toch voor hem blijven openstaan om dit wel te doen.

10. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 8-9. Zie ook par. 3.2.

11. J.B. Huizink, ‘Een reactie naar aanleiding van A.J.P. Schild & L. Timmerman, Het nieuwe art. 2:9 BW, uitgelegd voor gewone bestuurders WPNR 2014/7011’, *WPNR* 2014/7018, p. 437-438.

12. HR 11 november 1960, *NJ* 1961, 35. Zie: Polak 1973, p. 409 onder verwijzing naar HR 4 januari 1949, *NJ* 1949, 286; HR 13 juni 1958, *NJ* 1958, 352; HR 8 januari 1960, *NJ* 1960, 127 m.nt. L.E.H. Rutten; HR 11 november 1960, *NJ* 1961, 35 en HR 24 januari 1964, *NJ* 1964, 465 m.nt. G.J. Scholten.

In ieder geval is het wenselijk dat een jurist hem in de regel omtrent de strekking van de wet kan voorlichten zonder dat dit moeite en dus kosten behoeft mede te brengen van de orde van grootte van die welke met een geding in drie instanties gepaard gaan.”

Huizink deed vervolgens een suggestie om art. 2:9 BW aan te passen en hij zag een kans daarvoor in het voornoemde ambtelijk voorontwerp van 6 februari 2014:

“Toch een suggestie: Indien het bestuur zijn taak ernstig verwijtbaar onbehoorlijk heeft vervuld is elke bestuurder voor het geheel aansprakelijk, tenzij, mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken, de onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem te wijten is en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Zo blijven we ook dicht bij art. 2:138 BW. Het ambtelijk voorstel Wet toezicht en bestuur rechtspersonen biedt een nieuwe kans.”

Vervolgens mengde Assink zich in de discussie. Assink reageerde als volgt op Huizink:¹³

“Ik heb altijd geleerd dat als er geen probleem is, er ter zake ook weinig ‘op te lossen’ valt. Daaraan moest ik denken bij lezing van J.B. Huizink’s prikkelende stelling in WPNR 2014/7018, naar aanleiding van de redactie van art. 2:9 lid 2 slotzin BW zoals dat geldt per 1 januari 2013, dat ‘de wetgever [kennelijk] niet in staat [is] zijn bedoeling ten aanzien van belangrijke juridische onderwerpen goed onder woorden te brengen.’ Hij geeft daarin ook een verbeteruggestie wat betreft die redactie (...).

Maar is er eigenlijk wel een probleem met de huidige redactie van art. 2:9 lid 2 slotzin BW dat zo dringend oplossing behoeft? (...) Het antwoord op die vraag luidt mijns inziens (...) ontkennend; welbeschouwd is er geen echt probleem en bestaat er dus onvoldoende aanleiding om bij wege van ‘oplossing’ daarvan wéér aan de redactie van de in art. 2:9 BW vervatte aansprakelijkheidsregeling te gaan morrelen, ook niet in het kader van het ambtelijk voorstel waarnaar Huizink verwijst. Ik klim daarom maar in de pen, bij wege van gemotiveerde reactie op de reactie van Huizink.

Het mechanisme van art. 2:9 lid 2 slotzin BW werkt uitgaande van een meerhoofdig bestuur kenbaar aldus, dat indien aan één of meer bestuurders vanwege hun gedragslijn jegens de vennootschap een ernstig verwijt te maken valt (wat afhangt van alle omstandigheden van het geval), in

13. B.F. Assink, ‘Reactie op de reactie van prof. mr. J.B. Huizink in WPNR (2014) 7018. If it ain’t broke...’, WPNR 2014/7026, p. 656-658.

beginsel alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn wegens onbehoorlijk bestuur; zo'n ernstig verwijt leidt dus tot dat onbehoorlijk bestuur en daarmee tot bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 lid 2 BW. Dat ernstig verwijt wordt dan immers toegerekend aan alle bestuurders (aan het collectief, zo men wil), ongeacht of de gewraakte gedragslijn alle bestuurders betreft of 'slechts' één of een aantal van hen; er is dan, anders gezegd, via die band van toerekening sprake van een ernstig verwijt dat het bestuur treft en daarmee dus van onbehoorlijk bestuur. Een individuele bestuurder kan zich vervolgens evenwel met succes disculperen en zich zo aan de collectieve aansprakelijkheidsdans onttrekken, indien hij aantoonst (i) dat hem – mede gelet op een eventuele taakverdeling ('de aan anderen toebedeelde taken') – geen ernstig verwijt kan worden gemaakt én (ii) dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van schadebeperkende maatregelen ('maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden'). Is sprake van een eenhoofdig bestuur, dan valt de bestuurder – alle omstandigheden van het geval indachtig – een ernstig verwijt te maken of niet; in het eerste geval ontstaat wel aansprakelijkheid wegens onbehoorlijk bestuur en in het tweede geval niet, in beide gevallen wordt normaliter aan een disculpatieverweer niet toegekomen. Dit komt mij allemaal vrij helder voor; ook voor 'de gemiddelde jurist en de gemiddeld geïnteresseerde leek, zoals menig vennootschapsbestuurder' naar wie Huizink verwijst (waarbij zij aangetekend dat een wettekst, zeker met betrekking tot open normen zoals onbehoorlijk bestuur en ernstig verwijt, altijd een zekere mate van abstractie zal houden en dat leesbaarheid van wetteksten ook een groot goed is).

Ik zeg daarmee niet dat de huidige redactie van art. 2:9 lid 2 slotzin BW niet nóg wat beter had gekund, door iets meer te benadrukken (i) dat 'onbehoorlijk bestuur' volgt uit een ernstig verwijt dat het bestuur treft en (ii) dat voor een succesvol disculpatieberoep mede is vereist, dat de desbetreffende bestuurder persoonlijk (dus: los van voornoemd toerekeningsmechanisme) geen ernstig verwijt te maken valt wat betreft het vastgestelde onbehoorlijk bestuur. Ik zeg daarmee wel dat deze redactie, zeker wanneer art. 2:9 lid 2 slotzin BW als geheel wordt gelezen, echt geen reële twijfel erover laat bestaan:

- a. dat de ernstig verwijt maatstaf reeds toepassing vindt bij beantwoording van de primaire vraag of sprake is van collectieve (hoofdelijke) aansprakelijkheid wegens 'onbehoorlijk bestuur', niet pas in de disculpatiefase zo daaraan wordt toegekomen; en
- b. dat de verwijzing in de wet naar 'ernstig verwijt' ziet op de vraag of de bestuurder die een beroep op disculpatie doet, gelet op zijn gedragslijn ter zake van het vastgestelde onbehoorlijk bestuur, als individu geen ernstig verwijt te maken valt ('hem').

Ik zeg daarmee ook dat de door Huizink als suggestie aangereikte maatstaf van een ‘ernstig verwijtbare onbehoorlijke taakvervulling’ in het door de wetgever beoogde mechanisme van art. 2:9 lid 2 slotzin BW gewoonweg niet past, want in wezen een pleonasme is (een ernstig verwijt leidt immers tot onbehoorlijk bestuur), en daarmee geen verbetering is maar veeleer vertroebelend werkt. De ‘bedoeling’ die Huizink de wetgever toeschrijft, heeft de wetgever immers kenbaar niet; en zijn werkelijke bedoeling heeft de wetgever afdoende onder woorden gebracht in art. 2:9 lid 2 slotzin BW. (...) Er is, kortom, onvoldoende aanleiding voor de wetgever de huidige redactie van art. 2:9 lid 2 slotzin BW wéér ter hand te nemen, laat staan in de richting van Huizink’s suggestie; dus ook niet in het kader van het binnenkort te verwachten wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen. Nog daargelaten dat het weinig zin heeft juridische leerstukken – zoals bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 lid 2 BW – onnodig te compliceren, bijvoorbeeld door zonder aantoonbare meerwaarde te blijven sleutelen aan wettelijke bepalingen, lijkt het me nuttig als de wetgever zich op andere onderwerpen richt dan de redactie van art. 2:9 lid 2 slotzin BW die thans gewoon volstaat; er is tenslotte genoeg werk aan de winkel voor de wetgever, alleen al op het brede terrein van het ondernemingsrecht waarvoor al jaren geldt dat nieuwe wetgeving zich maar blijft aandienen.” (onderstreping toegevoegd)

Voor het geval de wetgever dan toch wilde gaan sleutelen aan art. 2:9 lid 2 slotzin BW, deed Assink echter wel een voorstel om de redactie ervan te optimaliseren. Hij gaf daartoe in overweging om te volstaan met de volgende twee toevoegingen (onderstreept):

“Hij is voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur volgend uit een ernstig verwijt dat het bestuur treft, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.”

De discussie die hierboven is weergegeven, zou in spreekwoordelijke zin aangemerkt kunnen worden als ‘de pot verwijt de ketel dat die zwart ziet’. Hoewel de hiervoor uiteengezette interpretatie van Huizink niet strookt met de wetsgeschiedenis, maakte hij mijns inziens namelijk een belangrijk punt, te weten dat de wet toch wat meer duidelijkheid mag verschaffen en dat de wetgever kennelijk niet in staat is zijn bedoeling goed onder woorden te brengen. Het is mede gelet op het belang van taal voor het recht (zie par. 2.2) toch de verantwoordelijkheid van de wetgever om duidelijke wetten te maken? Het feit dat de wetgever in de parlementaire geschiedenis met herhaling naar *Staleman/Van de Ven* verwijst maakt dit niet anders. De wet is met de introductie van de

ernstigverwijtmaatstaf uit *Staleman/Van de Ven* niet bepaald duidelijker geworden. De stelling van Assink – kort gezegd – dat het mechanisme van art. 2:9 BW ‘kenbaar’ zo werkt dat een ernstig verwijt wordt toegerekend aan het hele bestuur en dat vervolgens een individuele bestuurder zich weer kan disculperen door aan te tonen dat hem géén ernstig verwijt treft, lijkt mij – anders dan Assink stelt – bovendien niet ‘vrij helder’, maar eerder innerlijk tegenstrijdig en bovendien strijdig met het idee van collectieve aansprakelijkheid behoudens de mogelijkheid van disculpatie. Bovendien roept deze benadering weer de vraag op of de ernstigverwijtmaatstaf, die zou worden toegepast om de aansprakelijkheid van het bestuur als collectief vast te stellen (omdat deze aan het bestuur als collectief moet worden toegerekend), eenzelfde of juist een andere betekenis heeft dan de ernstigverwijtmaatstaf die in de disculpatiefase zou moeten worden toegepast om te beoordelen of een individuele bestuurder zich kan disculperen.

Terzijde merk ik op dat het mijns inziens bewijstechnisch op grond van art. 150 Rv bepaald niet vanzelfsprekend is om te verlangen dat een bestuurder *aantoont* dat hem géén ernstig verwijt treft. Hoe zou een bestuurder dat moeten *aantonen* (lees: bewijzen, zie par. 3.2)? Moet hij daartoe zelf benoemen dat hij weliswaar zaken niet goed heeft gedaan, maar dat die niet als ernstig genoeg kwalificeren? Bovendien is de kwalificatie ‘ernstig verwijt’, noch de afwezigheid¹⁴ van die kwalificatie, een *feit* dat bewezen kan worden. Deze kwalificatie – als men die al zou willen hanteren – geeft juist uiting aan een normatief oordeel over het handelen van de bestuurder, welk normatief oordeel is overgelaten aan de rechter. Een bestuurder kan daarentegen wel aantonen dat hem geen *gewoon* verwijt in taalkundige zin valt te maken van het tekortkomen in de op hem rustende verbintenissen voortvloeiende uit de verplichting om zijn (collegiale en inhoudelijke) bestuurstaak behoorlijk te vervullen, zowel in de periode waarin onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur is vastgesteld als in de disculpatiefase (zie par. 3.8). De bestuurder kan namelijk stellen en laten zien (‘aantonen’) hoe hij gehandeld heeft en de rechter kan dan beoordelen of dat handelen moet worden aangemerkt als het hebben voldaan aan voornoemde verbintenissen. Oordeelt de rechter dat zulks niet het geval is, dan wordt daar door de huidige leer door de rechter de kwalificatie ‘ernstig verwijt’ aan gekoppeld, maar nodig of zuiver is dat mijns inziens niet.

14. De parlementaire geschiedenis van art. 150 Rv zegt in dit verband: “*het zou b.v. niet redelijk zijn de eiser behalve met het bewijs van de grondslag zijner vordering tevens te belasten met het bewijs van de onwaarheid van hetgeen de gedaagde daartegen heeft ingebracht, noch de gedaagde, die de vordering van de eiser betwist, de onjuistheid van het door deze gestelde te laten aantonen*” (Kamerstukken II 1969/70, 10 377, nr. 3 (MvT), p. 11).

De stelling van Assink uit 2014 dat het weinig zin heeft om juridische leerstukken onnodig te compliceren, lijkt mij gelet op al het voorgaande dan ook niet zozeer van toepassing op de suggestie van Huizink (zoals Assink stelt), maar juist op de introductie van de term ‘ernstig verwijt’ in 1997 in het arrest *Staleman/Van de Ven*. Het gebruik van die term is nadien in de doctrine met verschillende onnodig complexe theorieën onderbouwd. De reactie van Huizink in zijn vijfregelige naschrift is dan ook treffend: “*Zo veel woorden voor één volzin uit Boek 2 BW, waarin niet meer beoogd wordt dan de codificatie van een niet al te ingewikkeld arrest van de Hoge Raad. De “gewone bestuurder”, waar het Timmerman en Schild om te doen is, zal zijn hoofd schudden*”.¹⁵ Hoewel het arrest (*Staleman/Van de Ven*) inderdaad niet al te ingewikkeld was, past de ernstigverwijtmaatstaf, die daarin is geïntroduceerd, simpelweg niet bij art. 2:9 BW. De oplossing van Huizink om art. 2:9 BW zo te wijzigen dat erin komt te staan dat het bestuur aansprakelijk is indien het bestuur zijn taak “*ernstig verwijtbaar onbehoorlijk heeft vervuld*”, is inderdaad “*in wezen een pleonasme (een ernstig verwijt leidt immers tot onbehoorlijk bestuur)*”, zoals Assink stelt. Met Assink ben ik het daarom eens dat dit vertroebelend zou werken. Maar hetzelfde heeft mijns inziens te gelden voor de suggestie (voor zover de wetgever aan art. 2:9 BW zou willen sleutelen) van Assink, luidende dat aansprakelijkheid ontstaat voor “*onbehoorlijk bestuur volgend uit een ernstig verwijt*”. Als ik de huidige leer goed begrijp, kan onbehoorlijk bestuur namelijk niet uit iets anders volgen. Bovendien moest volgens de wetgever in de term ‘onbehoorlijk’ vooral het element van ‘verwijtbaarheid’ worden gelezen (zie par. 3.7.4).¹⁶ Is de suggestie van Assink dan niet net zo goed dubbelop?

Het lijkt dat de thans door de meerderheid van de auteurs aangenomen benadering evenwel is gebaseerd op een in de doctrine ontwikkelde interpretatie, die beoogt een in deze jurisprudentie op kwestieuze wijze tot stand gekomen ernstigverwijtmaatstaf ‘plaats’ te geven in het wettelijk systeem. Anders gezegd, omdat de Hoge Raad sinds 1997 de term ‘ernstig verwijt’ is gaan hanteren, is dat een gegeven waarmee de doctrine heeft getracht te ‘dealen’. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de eerder in par. 5.6 aangehaalde en deels geciteerde publicatie van Assink en Olden uit 2005.¹⁷ Hoewel Assink en Olden in 2005 kritisch leken op de rechtspraak die begon met *Staleman/Van de Ven*, hebben zij in diezelfde publicatie getracht de ernstigverwijtmaatstaf uit te leggen en een plaats te geven in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Vele anderen deden dat ook, zoals uit de voorgaande hoofdstukken is gebleken. Als Assink en Olden echter in 2005 constateerden dat ‘in het midden blijft wat nu de verhouding is tussen ‘ernstig verwijt’ en onbehoorlijke taakvervulling’ en dat de Hoge Raad

15. Huizink 2014b, zijnde een naschrift op Huizink 2014c.

16. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 3-4.

17. Assink & Olden 2005, p. 9. Zie ook de voetnoten in par. 4.5.1, 5.2.1 en 5.2.2.

ook in alle latere arresten ‘het gehanteerde toetsingsmechanisme niet toelicht’, hoe kan het dan nu ineens volgens Assink “*vrij helder*” zijn? De wetgever heeft die helderheid namelijk niet gegeven en de rechtspraak evenmin. Wel is in de doctrine getracht die helderheid te creëren, maar dat is alles overziend naar mijn mening niet succesvol geweest. Dat de bedoelde helderheid niet is gecreëerd, vindt naar mijn mening zijn oorzaak in het feit dat enerzijds de ernstigverwijtmaatstaf door de doctrine als uitgangspunt is omarmd, en daarom steeds pogingen zijn ondernomen om de maatstaf te ‘plaatsen’ in de systematiek van art. 2:9 BW, terwijl dat uitgangspunt anderzijds rechtstheoretisch nu eenmaal niet te rechtvaardigen is.¹⁸

Ik kan de reactie van Assink op de mijns inziens heldere kritiek van Huizink in 2014 ook niet goed plaatsen tegen de mijns inziens terechte constatering van Assink in het verleden. Zo schreven Assink en Olden in 2005 (zie par. 5.2.2 en par. 5.6):

“Nu de Hoge Raad niet bepaalt dat de toets die het gerechtshof aanlegt ‘dubbelop’ is en op die grond onjuist, blijft in het midden wat nu de verhouding is tussen ‘ernstig verwijt’ en ‘onbehoorlijke taakvervulling’. (...)”

Deze formulering van Assink en Olden in 2005 suggereerde blijkens de bewoordingen mijns inziens impliciet dat zij meenden dat de maatstaf wel dubbelop en onjuist was. Assink schreef voorts in 2010 over het begrip ‘ernstig verwijt’:¹⁹

“Dit begrip, dat sinds 1997 aan een gestage opmars bezig is in het Nederlandse ondernemingsrecht en door de Hoge Raad vereist wordt voor het aannemen van persoonlijke aansprakelijkheid, is notoir onduidelijk. Ik onderken in dit verband ten minste drie knelpunten die aandacht behoeven.”

Hij schreef vervolgens:

“Een eerste knelpunt is dat de anatomie van het begrip ‘ernstig verwijt’, veertien jaar na introductie, nog steeds vrijwel geheel in nevelen is gehuld. De praktijk weet simpelweg niet precies wat het is, hoe het mechaniek werkt. Gedacht kan bijvoorbeeld worden (i) aan een gekwalificeerde normschending, (ii) aan een gekwalificeerde mate van schuld, (iii) aan beide, in de zin van een geïntegreerde benadering of (iv) aan (toerekenbare) schending van een gedragsnorm met een zeker gewicht, dus alleen aan schending

18. Dat dit uitgangspunt werd omarmd, is zoals gezegd wel begrijpelijk omdat de Hoge Raad ons hoogste rechtscollege is.

19. Assink 2010, par. 55 e.v.

van bepaalde normen. Denkbaar is ook (v) dat het begrip op verschillende manieren kan functioneren, soms op de ene wijze en dan weer op de andere; in deze benadering kan het mechaniek morphen, telkens een wisselende gedaante aannemen. Vragen, vragen, vragen; de literatuur is overvloedig en de Hoge Raad geeft het antwoord niet. Duidelijk is eigenlijk alleen dat ‘ernstig verwijt’ een objectief begrip is (geen subjectieve kwade trouw vereist), dat beoogt het aansprakelijkheidsrisico van de bestuurder enigszins te beperken. Dit laatste is wel belangrijk, maar als oogst vrij mager.”

In 2011 en 2013 herhaalde Assink dat in de praktijk onzekerheid bestaat over de invulling van de ernstigverwijtmaatstaf en dat de invulling van de maatstaf ‘notoir onduidelijk’ is. Assink betoogde in dat verband dat vrijtekening van bestuurders mogelijk moet zijn omdat dit de rechtszekerheid voor de bestuurder zou vergroten.²⁰ De reactie van Assink op de kritiek van Huizink kan ik gelet op het voorgaande dus niet goed plaatsen. De stelling van Assink uit 2014 dat de suggestie van Huizink (om te spreken van een “*ernstig verwijtbare onbehoorlijke taakvervulling*”) in wezen een pleonasme is, deel ik overigens wel ten volle. Datzelfde geldt naar mijn mening echter ook voor de suggestie van Assink om art. 2:9 BW eventueel te wijzigen opdat de eerste zin komt te luiden dat een bestuurder voor het geheel aansprakelijk is terzake van “*onbehoorlijk bestuur volgend uit een ernstig verwijt dat het bestuur treft*”, tenzij men zou willen aannemen dat onbehoorlijk bestuur ook kan volgen uit iets anders dan een ernstig verwijt. Dat is blijkens de stellingen van Assink, zoals ik deze tenminste begrijp, echter niet wat hij bedoelt.²¹

Het is mijn overtuiging dat de ernstigverwijtmaatstaf inderdaad dubbelop en onjuist is, zoals Assink en Olden in 2005 suggereerden, en dat daarmee bovendien ten onrechte een schuldgradatie is geïntroduceerd in art. 2:9 BW die nimmer is beoogd door de wetgever (zie par. 3.8) en die niet past bij de uitgangspunten van collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid. Een codificatie van de maatstaf, op welke wijze dan ook, is naar mijn mening dan ook steeds gedoemd te mislukken omdat de ernstigverwijtmaatstaf simpelweg niet past in de ratio en systematiek van art. 2:9 BW. Ondanks de vele pogingen en (felle) discussies in de doctrine om duidelijkheid te creëren over de verhouding tussen de ernstigverwijtmaatstaf en art. 2:9 BW en ondanks de codificatie van de maatstaf per 1 januari 2013, bestaat die duidelijkheid nog steeds niet. Niet in het huidige art. 2:9 BW, zoals dat per 1 januari 2013 luidt,

20. Assink 2011, par. 2.V, Onderwerp 2 en Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 1172.

21. Assink & Olden 2005, p. 16 schreven immers: “*Onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:9 BW laat zich vertalen als en staat dus gelijk aan ernstig verwijtbaar bestuurlijk gedrag*”.

niet in het voornoemde ambtelijk voorontwerp van 6 februari 2014 en ook niet in het Voorstel van Wet bestuur en toezicht rechtspersonen dat op 8 juni 2016 aan de Tweede Kamer is aangeboden (zie par. 3.2).²²

Dat de bedoelde duidelijkheid nog steeds niet wordt geboden, blijkt niet alleen uit de hiervoor uiteengezette discussie, maar bijvoorbeeld ook uit de in art. 2:9 lid 2 BW en de in het thans voorgestelde art. 2:9b lid 1 BW opgenomen zinsnede “*tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden*”.²³ Wordt hiermee bedoeld dat voor mogelijk wordt gehouden dat ondanks dat het onbehoorlijk bestuur betrekking had op de taken van de betrokken bestuurder, hij toch niet aansprakelijk is omdat hem geen ernstig verwijt treft? En wat voor situatie zou dat betreffen, anders dan een situatie van belet, in welk geval betoogd kan worden dat een bestuurder *de facto* geen deel uitmaakt van dat bestuur zodat hij per definitie geen aansprakelijkheid zou moeten vrezen (zie par. 3.5 en 3.6.4)? Of wordt hiermee bedoeld dat omdat het onbehoorlijk bestuur geen betrekking had op de taken van de betrokken bestuurder, de bestuurder geen ernstig verwijt treft, waardoor hij niet aansprakelijk is? Maar hoe verhoudt zich dat met de tweede (cumulatieve) voorwaarde van de zinsnede, waar de ernstigverwijtmaatstaf blijkens de tekst van de wet geen rol speelt? Is het niet immers zo dat wanneer de bestuurder nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden, hij juist wel aansprakelijk is en hem dus wel een ‘ernstig verwijt’ treft (zou men de term willen blijven hanteren)?

Men komt ook pas toe aan de zinsnede die begint na de ‘tenzij’ (de disculpatie-vraag) als men onbehoorlijk bestuur heeft vastgesteld. Oftewel, als men op basis van een redelijk en billijk oordeel, rekening houdend met hindsight bias, de beleidsruimte en, in voorkomend geval, de ondernemersgeest met de daarmee noodzakelijk gepaard gaande risico’s, tot de conclusie is gekomen dat het bestuur *als orgaan*, al dan niet door toedoen van één bestuurder als onderdeel daarvan, zakelijke risico’s heeft genomen die ook gezien vanuit het tijdstip van de beslissing als onverantwoordelijk moeten worden aangemerkt.²⁴ Dan is de bestuurder voorbij de “grijze zone” gegaan en heeft hij verwijtbaar (wat ingelezen moet worden in onbehoorlijk)²⁵ gehandeld (zie par. 3.7). Als dat eenmaal is vastgesteld, dan is het uitgangspunt collectieve aansprakelijkheid. In dat geval zou de individuele bestuurder toch alleen nog maar aan aansprakelijkheid moeten kunnen ontkomen door allereerst aan te tonen dat hij als

22. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 2 (Voorstel van Wet).

23. De vraag welke taken de betrokken aangesproken bestuurder had gelet op zijn taakverdeling, is namelijk vrij objectief te beantwoorden.

24. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 14.

25. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 3-4.

zelfstandig rechtssubject, die de verantwoordelijkheid heeft genomen om deel uit te maken van dat *collegiale* bestuur, geen aandeel heeft gehad in de *inhoudelijk onbehoorlijke taakvervulling*? Zal hij voorts niet moeten aantonen dat hij voor het overige zijn taken *collegiaal* behoorlijk heeft vervuld (zie par. 3.6.3) en niet nalatig is geweest om de gevolgen van de inhoudelijk onbehoorlijke taakvervulling af te wenden? Was dat niet de systematiek van het huidige art. 2:9 BW? En is het niet zo dat in al die jaren sinds het eerste art. 2:9 BW is ingevoerd, de wetgever niet kenbaar heeft gemaakt van deze systematiek te willen afwijken? Er bestaat in dit model geen rechtvaardiging om bij de beoordeling van die disculpatiemogelijkheid opnieuw een ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’ te hanteren in de vorm van de ernstigverwijtmaatstaf, die wordt onderbouwd met argumenten die reeds worden meegenomen bij de vraag of sprake is van onbehoorlijk bestuur. Dat zou de collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid een lege huls maken. Hoewel de wetgever de ernstigverwijtmaatstaf op 1 januari 2013 heeft gecodificeerd, komt de maatstaf in art. 2:9 BW (en in het voorgestelde art. 2:9b lid 1 BW), gelet op het voorgaande, naar mijn mening (nog steeds) geen zelfstandige betekenis toe. Zou men de term ‘ernstig verwijt’ willen blijven hanteren, dan is deze inderdaad om in de woorden van Assink te spreken ‘dubbelop’²⁶ en vormt deze een ‘pleonasme’.

Met het op 8 juni 2016 ingediende wetsvoorstel, dat overigens in grote mate afwijkt van het voorontwerp van 6 februari 2014 (ik kom daar hierna nog op terug), heeft de wetgever opnieuw een kans om duidelijkheid te verschaffen. Net zoals ten tijde van de inwerkingtreding van het huidige art. 2:9 BW het geval was, waren ten tijde van het indienen van dit wetsvoorstel de hiervoor en de in de vorige hoofdstukken gedane constatering bij mijn weten nog niet in onderlinge samenhang gedaan. Ik denk dat deze constatering een aantal aanpassingen van het wetsvoorstel rechtvaardigen. Het lijkt mij de verantwoordelijkheid van de wetgever om in het belang van de rechtszekerheid de onduidelijkheid rondom art. 2:9 BW, die leidt tot verschillende theorieën en toepassingen in de literatuur respectievelijk rechtspraak, weg te nemen. Verdient de bestuurder ten opzichte van de rechtspersoon eenzelfde bescherming als de werknemer ten opzichte van de werkgever, of niet? Hoe verhouden het collegialiteitsbeginsel en de daaruit voortvloeiende collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid zich tot de disculpatiemogelijkheid en de mogelijkheid om taken te verdelen? Wenst de wetgever vast te houden aan de aan het collegialiteitsbeginsel klevende gevolgen van collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid en zijn daar uitzonderingen op mogelijk? Ik ga ervan uit dat het collegialiteitsbeginsel zijn waarde moet

26. Assink & Olden 2005, p. 9 en 16.

behouden, maar dat uitzonderingen mogelijk moeten zijn (zie par. 3.6.5). Ik stel gelet op al het voorgaande voor om een aantal bepalingen uit het wetsvoorstel van 8 juni 2016 als volgt te wijzigen (de onderstrepingen en de doorstrepingen laten de voorgestelde wijzigingen zien), waarbij ik mij beperk tot (i) de bepalingen die de interne bestuurdersaansprakelijkheid regelen, en (ii) een korte opmerking over art. 2:9c BW, welk artikel betrekking heeft op aansprakelijkheid voor het tekort in de boedel in geval van faillissement.

Art. 2:9 BW

Ik stel voor lid 2 te schrappen en lid 3 (dat dient te worden vernummerd naar lid 2) als volgt te laten luiden:

“Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn ~~taak~~ eigen bestuurstaken. Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de behoorlijke vervulling van de bestuurstaken van zijn medebestuurder. De bestuurders richten zich bij de vervulling van hun taak naar het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie.”

Ter toelichting merk ik op dat het collegialiteitsbeginsel en de daaraan verbonden collectieve verantwoordelijkheid met zich brengen dat iedere bestuurder in beginsel verantwoordelijk en aansprakelijk is voor de bestuurstaken van zijn medebestuurders. Het is dan niet nodig om in art. 2:9 BW (zoals lid 2 van het huidige voorstel wel doet) melding te maken van een formele (statutaire) of informele taakverdeling binnen het bestuur of om expliciet te maken dat de algemene gang van zaken en het financiële beleid behoren tot de verantwoordelijkheid van alle bestuurders. Zowel in het geval dat taken statutair (formeel) zijn verdeeld als in het geval dat in de praktijk (informeel) specifieke aangelegenheden bestaan waarover binnen het bestuur is afgesproken dat een specifieke bestuurder zich daarmee bezig zal houden, geldt dat elke bestuurder zich kan disculperen (ook voor het algemene en financiële beleid) op grond van (het eveneens te wijzigen) art. 2:9b lid 1 BW.

Ik stel voor een nieuw lid 3 in te voegen dat als volgt luidt:

“Het behoorlijk vervullen van de eigen bestuurstaken houdt in dat de bestuurder handelt met het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bekwaam en redelijk handelend bestuurder van de rechtspersoon in kwestie, en die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. De beoordeling van de vraag of een bestuurder heeft gehandeld zoals in de vorige volzin bedoeld, geschiedt naar het moment waarop de bestuurder zijn bestuurstaken diende te vervullen.”

Ter toelichting merk ik op dat geen reden bestaat om de inmiddels lang en breed geaccepteerde objectieve beoordelingsmaatstaf, waarin rekening wordt gehouden met de beleidsruimte van de bestuurder, niet te codificeren. Datzelfde geldt voor het vanzelfsprekende uitgangspunt dat de beoordeling van het handelen of nalaten door een bestuurder dient te geschieden naar het peilmoment waarop het handelen of nalaten heeft plaatsgevonden. Dit biedt duidelijkheid aan de bestuurder, de rechtspersoon en de rechter.

Art. 2:9b BW

Ik stel voor lid 1 als volgt te wijzigen:

“Elke bestuurder is jegens de rechtspersoon ~~voor het geheel aansprakelijk~~ ~~terzake van onbehoorlijk bestuur~~ ~~tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt~~ ~~aansprakelijk~~ ~~terzake van zijn eigen onbehoorlijke taakvervulling~~. Elke bestuurder is voor het geheel hoofdelijk aansprakelijk met zijn medebestuurder voor onbehoorlijke taakvervulling door zijn medebestuurder. De bestuurder is echter niet aansprakelijk indien hij zijn eigen bestuurstaken, daaronder begrepen de collegiale bestuurstaak, behoorlijk heeft vervuld en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van ~~onbehoorlijk bestuur~~ onbehoorlijke taakvervulling door zijn medebestuurder af te wenden.”

Ter toelichting merk ik het volgende op. De onduidelijkheid over het verschil tussen de termen ‘(on)behoorlijke taakvervulling’ en ‘(on)behoorlijk bestuur’ wordt weggenomen door consequent te spreken van (on)behoorlijke taakvervulling. Er bestaat namelijk geen verschil tussen deze termen. Gelet op het belang van taal in ons recht is deze wijziging dus wenselijk. De woorden “*voor het geheel*” in de eerste zinsnede dienen te worden verwijderd, omdat de eerste zin in mijn voorstel slechts betrekking heeft op de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van de eigen onbehoorlijke taakvervulling. De woorden “*voor het geheel*” voegen dan niets toe. De formulering “*tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt*” dient te worden verwijderd. De term ‘ernstig verwijt’ past namelijk niet bij de objectieve beoordelingsmaatstaf die in mijn voorstel wordt gecodificeerd in art. 2:9 lid 3 BW en de aan anderen toebedeelde taken zijn in beginsel niet relevant, gelet op het collegialiteitsbeginsel en het daarmee samenhangende uitgangspunt van collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid. Die hoofdelijke aansprakelijkheid wordt expliciet gemaakt in de tweede zin. Het gebruik van de term ‘hoofdelijk’ is hier van belang om duidelijk te maken

dat de verhouding tussen de bestuurders onderling wordt geregeld door art. 6:10 BW (zie par. 3.3). In de derde zin wordt in het kader van de disculpatiemogelijkheid expliciet benoemd dat de bestuurder zijn taken wel steeds ook collegiaal behoorlijk dient te hebben vervuld. Bij de vraag wat die collegiale behoorlijke taakvervulling inhoudt, kan de rechter rekening houden met het onderscheid tussen een uitvoerende en een niet-uitvoerende bestuurder. Die laatste zal ter uitoefening van zijn collegiale taakvervulling immers meer afhankelijk zijn van de informatie die hem wordt aangereikt door mede (niet-uitvoerende) bestuurders. Ook kan de rechter bij de vraag wat die collegiaal behoorlijke taakvervulling inhoudt, rekening houden met de diversiteit tussen rechtspersonen, die bijvoorbeeld geen kapitaalvennootschap zijn of geen onderneming drijven, en overwegen dat het collegialiteitsbeginsel in de praktische werkelijkheid bij de voorliggende rechtspersoon een minder grote rol speelt (de stichting die een schoolkrant uitgeeft, de voetbalvereniging etc., zie par. 3.6.5).

Art. 2:9c BW

Ik stel voor lid 1, 2 en 3 als volgt te wijzigen:

- “1. *In geval van faillissement van een rechtspersoon is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort, zijnde het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak ~~kennelijk~~ onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.*
2. *Indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 10 of 394, heeft het zijn taak ~~kennelijk~~ onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Hetzelfde geldt indien de rechtspersoon volledig aansprakelijk vennoot is van een vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap en niet is voldaan aan de verplichtingen uit artikel 15i van Boek 3. Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen. ~~Dit lid is niet van toepassing op een onbezoldigd bestuurder van een vereniging of stichting die niet aan de heffing van de vennootschapsbelasting is onderworpen en op een onbezoldigd bestuurder van een vereniging waarvan de statuten niet zijn opgenomen in een notariële akte.~~*
3. *Niet aansprakelijk is de bestuurder die bewijst dat hij zijn eigen bestuurstaken, daaronder begrepen de collegiale bestuurstaak, behoorlijk heeft vervuld en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur af te wenden.”*

Ter toelichting merk ik het volgende op. Uit het wetsvoorstel blijkt dat in art. 2:9c lid 1 BW nog steeds wordt gesproken over ‘kennelijk onbehoorlijke taakvervulling’ en dat die term in het voorstel thans ook is opgenomen in de eerste volzin van art. 2:9c lid 2 BW. In de overige leden van het artikel wordt nog steeds gesproken over ‘onbehoorlijke taakvervulling’ (zonder de toevoeging ‘kennelijk’). Gelet op hetgeen ik in par. 3.7.4 heb uiteengezet over de redenen waarom de term ‘kennelijk’ is ingevoerd, zou men in overweging moeten nemen om de term ‘kennelijk’ los te laten. De onduidelijkheid over het verschil tussen de termen ‘onbehoorlijke taakvervulling’ en ‘kennelijk onbehoorlijke taakvervulling’ wordt hiermee weggenomen en duidelijk wordt gemaakt dat de normen die op de bestuurder rusten ex art. 2:9 BW niet verschillen met de normen die op hem rusten ex art. 2:138/248 BW (art. 2:9c BW). Uitsluitend de gevolgen van een normschending (bewijsvermoedens en schadeplichtigheid) kunnen in het geval van faillissement verschillen. Er bestaat voorts geen reden de formulering van de disculpatiegrond in art. 2:9c BW niet gelijk te trekken met art. 2:9b BW, aangezien de normen die op de bestuurder rusten op basis van beide bepalingen niet verschillen. De Minister heeft in zijn voorstel rekening gehouden met de diversiteit tussen rechtspersonen door in de laatste zin van lid 2 op te nemen dat lid 2 niet van toepassing is op (i) een onbezoldigd bestuurder van een vereniging of stichting die niet aan de heffing van de vennootschapsbelasting is onderworpen en (ii) een onbezoldigd bestuurder van een vereniging waarvan de statuten niet zijn opgenomen in een notariële akte. Hoewel ik dat ondersteun, meen ik dat de oplossing niet gelegen is in het niet van toepassing laten zijn van de bewijsvermoedens (zoals thans het idee lijkt) en dat deze zin moet worden geschrapt. Ik vraag me ook af of het doel van de Minister bij deze zin, namelijk om zoveel mogelijk te voorkomen dat men zich ten onrechte door de regeling laat weerhouden om zich als vrijwilliger in te zetten als bijvoorbeeld bestuurder van een buurtvereniging of sportclub,²⁷ met zijn voorstel wordt bereikt, omdat het voorstel niets afdoet aan de nog immer aanwezige hoofdelijke aansprakelijkheid van lid 1 BW. Daarnaast is een gelijksoortige uitzondering ook niet in art. 2:9b BW opgenomen voor interne bestuurdersaansprakelijkheid, terwijl dit doel daar net zo goed geldt. Het voorstel van de Minister leidt, in het geval een bestuur bestaat uit zowel bezoldigd als onbezoldigd bestuurders van de bedoelde rechtspersonen, bovendien tot de merkwaardige situatie dat in een dezelfde aansprakelijkheidsprocedure tegen beide soorten bestuurders van verschillende (causale) bewijsvermoedens moet worden uitgegaan. Net zoals bij de door mij voorgestelde wijziging van art. 2:9b BW, zou naar mijn mening de oplossing gevonden moeten worden in de door de rechter in het kader van een disculpatieberoep te beantwoorden vraag hoe ver de plicht van een collegiaal behoorlijke taakvervulling reikt in het specifieke geval van de aangesproken bestuurder, rekening houdend met de soort rechtspersoon en de rol die de (onbezoldigd of minimaal bezoldigd) bestuurder daarin had.

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

Ook wanneer het bestuur zijn verplichtingen uit hoofde van art. 2:10 BW of 2:394 BW niet is nagekomen, blijft een beroep op disculpatie (waarin de eigen bestuurstaak en de collegiale bestuurstaak een rol spelen) namelijk mogelijk.²⁸

Alternatief

Tot slot, zoals ik eerder opmerkte wijkt het wetsvoorstel van 8 juni 2016 in grote mate af van het ambtelijk voorontwerp van 6 februari 2014. Toen ik van dit conceptwetsvoorstel kennis had genomen, wilde ik voorstellen om art. 2:9 BW als volgt te laten luiden:

- “1. *Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn bestuurstaken en elke bestuurder is jegens de rechtspersoon aansprakelijk voor de onbehoorlijke vervulling daarvan.*
2. *Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de behoorlijke vervulling van de bestuurstaken van zijn medebestuurder en elke bestuurder is voor het geheel hoofdelijk aansprakelijk met de medebestuurder voor onbehoorlijke vervulling daarvan door zijn medebestuurder.*
3. *De bestuurder is niet aansprakelijk indien hij zijn eigen bestuurstaken, daaronder begrepen de collegiale bestuurstaak, behoorlijk heeft vervuld en niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijke vervulling van de bestuurstaak door zijn medebestuurder af te wenden.*
4. *Het behoorlijk vervullen van de eigen bestuurstaken houdt in dat de bestuurder handelt met het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder van de rechtspersoon in kwestie en die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. De beoordeling van de vraag of een bestuurder heeft gehandeld zoals in de vorige volzin bedoeld, geschiedt naar het moment waarop de bestuurder zijn bestuurstaken diende te vervullen.”*

Ik ben inmiddels bijna ingehaald door de tijd. Voor zover de politiek het echter wenselijk mocht achten (i) art. 2:9 BW niet dusdanig uit elkaar te trekken zoals de Minister dat heeft gedaan in de voorgestelde artt. 2:9 lid 2, 2:9 lid 3 en 2:9b lid 1 BW van zijn wetsvoorstel van 8 juni 2016 en/of (ii) thans niet

28. *Kamerstukken II 1980/81, 16 631, nr. 3 (MvT), p. 5.* Zoals eerder in dit proefschrift is opgemerkt (par. 5.3.6), zal de rechtspersoon of de curator die een concreet beeld hebben over de vraag aan welke bestuurder het onbehoorlijk bestuur daadwerkelijk is te wijten, gelet op hun inschatting van de slagingskans van een disculpatieberoep door individuele bestuurders, ervoor kunnen kiezen om die bestuurders niet aan te spreken. In de praktijk gebeurt dat veelal ook.

HOOFDSTUK 8

over te gaan tot de overige wijzigingen die het wetsvoorstel en mijn wijzigingsvoorstellen met zich brengen, zou op het voorgaande tekstvoorstel kunnen worden teruggevallen.

Ik merk bij dit alles nog op dat art. 2:9 BW, zoals dat nu luidt, nog steeds is gebaseerd op het in 1925 ingevoerde art. 31 Wet op de Coöperatieve Vereeniging²⁹ en het in 1929 ingevoerde art. 47c WvK (oud).³⁰ Ook de voorgestelde artt. 2:9 lid 2, 2:9 lid 3 en 2:9b lid 1 BW van het wetsvoorstel van 8 juni 2016 zijn daarop terug te voeren. Daarmee gaan de bepalingen al meer dan 90 jaar terug. Art. 2:9 BW is in de loop der tijd stukje bij beetje veranderd (en wordt met de artt. 2:9 lid 2, 2:9 lid 3 en 2:9b lid 1 BW van het wetsvoorstel in feite alleen uit elkaar getrokken). Het kan soms geen kwaad om iets helemaal opnieuw op te bouwen in plaats van het steeds maar weer een beetje aan te passen. Daarmee kan het duidelijker, mooier en meer van deze tijd worden en kan de door Kamerleden gevraagde³¹ “*nadere duiding van de meerwaarde van het wetsvoorstel*”, dat “*vooral een verduidelijking van het reeds geldende juridische kader*” zou moeten beogen, ook daadwerkelijk gegeven worden.

29. Wet van den 28sten Mei 1925, Stb. Nr. 204, houdende nieuwe wettelijke regeling van de Coöperatieve Vereeniging.

30. Wet van den 2 den Juli 1928, Stb. Nr. 216, tot wijziging en aanvulling van de bepalingen omtrent de naamloze vennootschap en regeling van de aansprakelijkheid voor het prospectus, in werking getreden op 1 april 1929.

31. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 5 (Verslag), p. 2.

Hoofdstuk 9. Externe bestuurdersaansprakelijkheid en de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf

9.1 Art. 6:162 BW

De basis voor externe bestuurdersaansprakelijkheid is art. 6:162 BW, dat als volgt luidt:

- “1. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.*
- 2. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.*
- 3. Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.”*

De in art. 6:162 BW geformuleerde gedragsnorm is, net zoals bij art. 2:9 BW, zonder twijfel een open norm: de bestuurder handelt onrechtmatig wanneer hij *zelf* (dus niet de rechtspersoon waarvan hij bestuurder is) inbreuk maakt op een recht of doet of nalaat in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De door de wetgever in art. 6:162 BW opgenomen beslissingsregel (zie over deze term par. 2.3.7) luidt dat als een rechtssubject, zoals een bestuurder, *zelf* onrechtmatig heeft gehandeld, hetgeen hem kan worden toegerekend, hij verplicht is de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.

De door de wetgever gestelde open norm is in de rechtspraak ingevuld en verfijnd, ook op het gebied van externe bestuurdersaansprakelijkheid. Als men kijkt naar de geschiedenis van de jurisprudentie over externe bestuurdersaansprakelijkheid, dan blijkt dat deze jurisprudentie in de periode tussen 1927 en 1997 steeds was gebaseerd op de ongeclausuleerde toepassing van dit art. 6:162 BW en dat een aantal duidelijk rechtsverfijnende arresten is geweest. Kenmerkend voor deze jurisprudentie is dat deze normscheppend was en dat

maatschappelijke betamelijkheidsnormen zijn geconcretiseerd. De Hoge Raad heeft toen duidelijk aan rechtsvormende rechtsvinding gedaan door rechtsverfijning (zie over deze term par. 2.4.9). De maatschappelijke betamelijkheidstoets van art. 6:162 BW werd ingekleurd aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval. In de periode tussen 1997 en 2005 heeft de Hoge Raad vervolgens een aantal arresten gewezen waarin de voornoemde jurisprudentie terugkomt. De Hoge Raad heeft daarbij echter een aantal keer (in wisselende samenstelling) gebruikgemaakt van de termen ‘voldoende’, ‘ernstig’, ‘persoonlijk’ en ‘verwijt’. Het gebruik van deze terminologie lijkt een rol te hebben gespeeld bij de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in het leerstuk van externe bestuurdersaansprakelijkheid in het arrest *Ontvanger/Roelofsen*¹ uit 2006. In de periode tussen 2006 en heden heeft de Hoge Raad een aantal arresten gewezen waarin deze introductie nader werd onderbouwd. Om een goed beeld te krijgen van de hiervoor bedoelde rechtspraak en de wijze waarop de ernstigverwijtmaatstaf in 2006 in het leerstuk van externe bestuurdersaansprakelijkheid is geïntroduceerd, zal ik in dit hoofdstuk uitsluitend ingaan op de relevante overwegingen uit deze arresten zonder deze uitvoerig te commentariseren.² Ik zal deze arresten in hoofdstuk 10 vervolgens aan een rechtstheoretische analyse onderwerpen.

9.2 Standaardjurisprudentie 1927 – 1997

9.2.1 *Kretzschmar/Mendes de Leon*

In 1927 overwoog de Hoge Raad in het arrest *Kretzschmar/Mendes de Leon*³ dat bestuurders voor hun handelen namens de vennootschap zelf aansprakelijk kunnen zijn op grond van onrechtmatige daad, wanneer zij tegen beter weten in een “geheel scheeve voorstelling” van zaken geven:

“bestuurders [zijn] persoonlijk aansprakelijk wanneer hetgeen zij als bestuurders hebben verricht van dien aard is, dat zij daardoor persoonlijk een onrechtmatige daad hebben gepleegd. Dit is het geval, wanneer een bestuurder tegen betere weten in een geheel scheeve voorstelling geeft van den staat van zaken in de N.V. en daardoor een derde beweegt om daarin a pari aandelen te nemen, die ten hoogste 15% waard waren.”

1. HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*), r.o. 3.5.

2. Zie ook: Westenbroek 2015b.

3. HR 25 november 1927, *NJ* 1928, 364 m.nt. Scholten (*Kretzschmar/Mendes de Leon*).

In de loop der jaren zijn in de jurisprudentie van de Hoge Raad verschillende verschijningsvormen van onrechtmatig handelen door een bestuurder aan de orde gekomen. Twee hiervan zijn het meest bekend, namelijk de zogenoemde ‘*nakomingsfrustratie*’ en schending van de ‘*Beklamel-norm*’.

9.2.2 *Van Dullemen/Sala* (nakomingsfrustratie)

De Hoge Raad overwoog in het in 1958 gewezen arrest *Van Dullemen/Sala*⁴ dat de weigering van een natuurlijk persoon als orgaan van een vennootschap om een verbintenis van die vennootschap na te komen, onder omstandigheden als een onrechtmatige daad van die natuurlijk persoon jegens een derde kan worden aangemerkt. De Hoge Raad overwoog:

“dat in het bijzonder in de te dezen door het Hof vastgestelde omstandigheden moet worden geoordeeld dat de zorgvuldigheid welke [V]an Dullemen persoonlijk naar verkeersnormen t.a.v. Sala c.s. had in acht te nemen medebracht dat hij zijn volle medewerking gaf aan de ontruiming per 31 Dec. van het door de naaml. venn. van Sala c.s. gehuurde, zodat het tegenwerken van die ontruiming [door] [V]an Dullemen als een onrechtmatige daad jegens Sala c.s. is aan te rekenen.”

De Hoge Raad heeft in deze zaak, aan de hand van concrete door het hof vastgestelde omstandigheden, een maatschappelijke betamelijkheidsnorm (of zorgvuldigheidsnorm) geconcretiseerd (hetgeen ik als rechtsverfijning aanmerk), die persoonlijk op de bestuurder rustte. In deze casus luidde deze norm – kort gezegd – ‘indien de vennootschap waarvan gij bestuurder bent het verhuurde dient te ontruimen, bent u als bestuurder onder deze omstandigheden persoonlijk jegens de huurder gehouden om daar volle medewerking aan te verlenen’. Er zijn hierna vergelijkbare normen in de jurisprudentie ontwikkeld als gevolg waarvan een bestuurder aansprakelijk is indien hij de nakoming van verplichtingen van de vennootschap frustreert, dan wel indien hij feitelijke betalingsonmacht creëert met voorzienbare benadeling van haar crediteur(en) tot gevolg (verhaalsfrustratie/betalingsonwil).⁵ Ik zal daar hierna niet verder op ingaan. In het kader van dit proefschrift vat ik deze normen samen als de ‘*nakomingsfrustratie-norm*’.

4. HR 31 januari 1958, *NJ* 1958, 251 (*Van Dullemen/Sala*).

5. Bijvoorbeeld door nagenoeg alle vermogensbestanddelen te onttrekken (‘leegtrekken’), door bepaalde vermogensbestanddelen buiten de vennootschap te houden, door middel van uitkeringen op aandelen en/of het selectief verrichten van onverplichte betalingen. Zie o.a.: HR 26 maart 2010, *NJ* 2010, 189 (*Zandvliet/ING Bank*), HR 11 september 2009, *NJ* 2009, 565 m.nt. H.J. Snijders en P. van Schilfgaarde (*Comsystems/Van den End q.q.*), HR 17 juni 2005, *JOR* 2005/234 m.nt. S.M. Bartman (*De Berghorst/Maas*), HR 3 april 1992, *NJ* 1992, 411 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Van Waning/Van der Vliet*), Hof ‘s-Hertogenbosch 16 maart 2010, *RN* 2013/17 (*X./Etesmi*), Hof Amsterdam 27 maart

HOOFDSTUK 9

9.2.3 *Beklamel*

In het in 1989 gewezen arrest *Beklamel*⁶ heeft de Hoge Raad opnieuw geconcludeerd dat een bestuurder van een vennootschap op grond van onrechtmatige daad persoonlijk jegens een derde aansprakelijk kan zijn voor zijn handelen als bestuurder van de vennootschap:

“Stimulan heeft (...) aan haar vordering in de eerste plaats ten grondslag gelegd dat Klaas persoonlijk aansprakelijk is voor de door haar tot dat bedrag geleden schade daar deze veroorzaakt is door zijn onrechtmatig handelen, “(...) het gaat om de vraag ‘of Klaas bij het aangaan van de overeenkomst als directeur van Beklamel wist, of er niet aan behoefde te twijfelen, dat Beklamel niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die Stimulan ten gevolge van die wanprestatie zou lijden’. Blijkens r.o. 13 heeft het hof met de zinsnede ‘er niet aan behoefde te twijfelen’ bedoeld: ‘redelijkerwijze behoorde te begrijpen’. Aldus heeft het hof de voor een geval als het onderhavige juiste maatstaf aangelegd.”

Ook in *Beklamel* werd een maatschappelijke betamelijkheidsnorm geconcretiseerd die persoonlijk op de bestuurder rustte. Deze norm luidde kort gezegd: ‘als bestuurder van een vennootschap zult gij geen overeenkomst aangaan met een derde waarvan u weet of redelijkerwijs behoort te begrijpen dat de vennootschap die overeenkomst niet kan nakomen en geen verhaal zal bieden’. Of korter: ‘gij zult niet iemand voor de gek houden’. Door dat wel te doen, handelde de bestuurder onrechtmatig. In feite is dit dezelfde norm als reeds geconcretiseerd in het hiervoor genoemde arrest *Kretschmar/Mendes de Leon*. Gemakshalve noem ik deze hierna de ‘*Beklamel*-norm’.

9.3 Introductie terminologie in 1997-2005 die lijkt op ernstigverwijtmaatstaf uit interne aansprakelijkheid

De hiervoor uiteengezette jurisprudentie vormt de inhoudelijke basis van het leerstuk van externe bestuurdersaansprakelijkheid. Na 1997 heeft de Hoge Raad een aantal arresten gewezen waarin voornoemde jurisprudentie terugkomt. In deze arresten maakt de Hoge Raad, zoals gezegd, een aantal keer (in wisselende samenstelling) gebruik van de termen ‘voldoende’, ‘ernstig’, ‘persoonlijk’ en ‘verwijt’. Het gebruik van deze terminologie lijkt een rol te hebben gespeeld bij

2012, *RN* 2012/96, Hof Arnhem 27 november 2012, *JIN* 2013/9 m.nt. F.M. van Peski en P.J. Peters, Rb. Utrecht 7 november 2012, *RO* 2013/12 (*DAM Invest/X.*) en Rb. Arnhem 14 december 2011, *ECLI:NL:RBARN:2011:BV0508* (*Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*).

6. HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Beklamel*).

de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in het leerstuk van externe bestuurdersaansprakelijkheid in 2006. Dit wordt het beste geïllustreerd door de relevante overwegingen uit de relevante arresten onder elkaar te citeren.

9.3.1 *Henkel/JMG*

Het eerste arrest is het in 1997 (hetzelfde jaar als *Staleman/Van de Ven* dat betrekking had op interne aansprakelijkheid, zie par. 4.4) gewezen arrest *Henkel/JMG*.⁷ Daarin herhaalde de Hoge Raad de *Beklamel*-norm en overwoog de Hoge Raad – kort gezegd – dat een ‘wanprestatie van een rechtspersoon’ kan meebrengen dat een bestuurder een onrechtmatige daad kan worden verweten “indien hem te dier zake een persoonlijk verwijt treft”. Rechtsoverweging 3.5 van de Hoge Raad duidde dat als volgt:

“Naar aanleiding daarvan heeft het Hof (...) bij zijn beoordeling tot uitgangspunt genomen dat wanprestatie van een rechtspersoon onder omstandigheden kan meebrengen dat de bestuurder op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk is ten aanzien van de benadeelde, indien hem te dier zake een persoonlijk verwijt treft. Dit kan zich, aldus het Hof, in het licht van de omstandigheden van het geval, onder meer voordoen indien de bestuurder bij het aangaan van de overeenkomst door de rechtspersoon wist, althans redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de rechtspersoon niet in staat zou zijn die overeenkomst na te komen en geen verhaal zou bieden voor de ten gevolge van de wanprestatie te lijden schade, of als hij zich intensief met de bedrijfsvoering bezig houdt en in feite de (volledige) zeggenschap heeft over de (andere) rechtspersoon. (...). De door het Hof blijkens het voorgaande gebezigde maatstaf is juist.”

9.3.2 *New Holland Belgium/Oosterhof*

Het tweede arrest is het in 2000 gewezen arrest *New Holland Belgium/Oosterhof*.⁸ In dat arrest verwees de Hoge Raad naar *Van Dullemen/Sala* en *Beklamel* en herhaalde de Hoge Raad de daarin geformuleerde normen. De Hoge Raad voegde daaraan toe dat:

- (i) in een ‘*Beklamel*-geval’ “*behoudens (...) rechtvaardigende of verontschuldigende omstandigheden moet worden aangenomen dat de bestuurder een zodanig verwijt treft dat hij persoonlijk jegens de wederpartij van de vennootschap aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad*”; en

7. HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 270 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Henkel/JMG*), r.o. 3.5.

8. HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 295 m.nt. J.M.M. Maeijer (*New Holland Belgium/Oosterhof*).

HOOFDSTUK 9

- (ii) in een ‘*Van Dullemen/Sala-geval*’ aansprakelijkheid kan bestaan, maar dat het van “*de concrete omstandigheden van het geval [zal] afhangen of het aan de bestuurder te maken verwijt voldoende ernstig is om hem persoonlijk aansprakelijk te houden*”.

De Hoge Raad overwoog letterlijk:

“In de rechtspraak zijn gevallen aan de orde geweest, waarin aan een bestuurder van een vennootschap werd verweten dat hij in naam van de vennootschap verplichtingen was aangegaan terwijl hij wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de als gevolg van die niet-nakoming door de wederpartij te lijden schade. In een dergelijk geval zal in het algemeen – behoudens door de bestuurder aan te voeren, zijn handelwijze rechtvaardigende of verontschuldigende omstandigheden – moeten worden aangenomen dat de bestuurder een zodanig verwijt treft dat hij persoonlijk jegens de wederpartij van de vennootschap aansprakelijk is op grond van onrechtmatig handelen (vgl. onder meer HR 6 oktober 1989, nr. 13 618, NJ 1990, 286). Klaarblijkelijk heeft het Hof deze regel op het oog gehad en geoordeeld dat hij te dezen toepassing mist bij gebreke van de vereiste wetenschap aan de zijde van Oosterhof.”

en:

“In deze zaak doet zich evenwel een andere situatie voor, namelijk de situatie dat aan Oosterhof als bestuurder wordt verweten te hebben bewerkstelligd of toegelaten dat de door hem bestuurde vennootschap een eerder door haar aangegane overeenkomst niet nakomt en daardoor aan de wederpartij van de vennootschap schade berokkent. Ook in een dergelijk geval kan weliswaar sprake zijn van persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder op grond van onrechtmatig handelen (vgl. HR 31 januari 1958, NJ 1958, 251), maar zal het van de concrete omstandigheden van het geval afhangen of het aan de bestuurder te maken verwijt voldoende ernstig is om hem persoonlijk aansprakelijk te houden.”

9.3.3 *Textile Company APS/Steins*

In het in 2002 gewezen arrest *Textile Company APS/Steins*⁹ overwoog de Hoge Raad (mijns inziens terecht) dat de bestuurder (Steins) van een vennootschap (Romanel) persoonlijk aansprakelijk was op grond van onrechtmatige daad jegens een andere vennootschap (Textile Company APS), in het kader van schade die Textile Company APS had geleden. Die schade had Textile Company

9. HR 18 januari 2002, NJ 2002, 96 (*Textile Company APS/Steins*), r.o. 3.4.2.

APS geleden doordat Textile Company APS namens een andere rechtspersoon aan Romanel trainingspakken had geleverd, terwijl Steins wist dat deze niet werden betaald noch werden teruggeleverd door Romanel. De Hoge Raad overwoog:

“In hetgeen het Hof heeft vastgesteld ligt het volgende besloten. Steins, de enige bestuurder van Romanel, heeft zich persoonlijk actief beziggehouden met de onderhavige transactie, (...). Steins wist dat de afgeleverde trainingspakken niet werden betaald noch teruggegeven terwijl hij in de positie was de trainingspakken terug te geven. Het Hof heeft voorts kennelijk, en gelet op de omstandigheid dat Romanel in 1996 in staat van faillissement is verklaard, niet onbegrijpelijk, geoordeeld dat Steins wist dat onwaarschijnlijk was dat de voor de trainingspakken verschuldigde koopprijs zou worden voldaan. Daarvan uitgaande heeft het Hof geoordeeld dat Steins, gelet op de omstandigheden van het geval, ter zake van het niet teruggeven van de trainingspakken persoonlijk een verwijt treft en dat hij aldus een hem persoonlijk toerekenbare onrechtmatige daad jegens Textile heeft gepleegd. Opgevat als zoeven is weergegeven, geeft 's Hofs oordeel niet van een onjuiste rechtsopvatting blijk.”

De uitspraak van de Hoge Raad was conform de conclusie van A-G Spier die, onder vermelding in de voetnoot van de afwijkende mening zoals verwoord door Van Schilfgaarde in de toen bestaande uitgave *Van de BV en de NV*,¹⁰ mijns inziens volkomen terecht overwoog:

*“De klacht stuit op dit een en ander af. Hierbij verdient nog opmerking dat, anders dan het onderdeel mogelijk veronderstelt, voor persoonlijke aansprakelijkheid geen vereiste is dat het gaat om een ernstig verwijt.”*¹¹

9.3.4 Pontecceen/Van Straten

In het in 2004 gewezen arrest *Pontecceen/Van Straten*¹² overwoog de Hoge Raad (mijns inziens terecht) dat de bestuurder (Van Straten) van een vennootschap (Stratex) die haar 100% belang in twee vennootschappen (Tectomat) had verkocht aan een andere vennootschap (Pontecceen), persoonlijk aansprakelijk was op grond van onrechtmatige daad als gevolg van bewust onjuiste informatieverstrekking door Stratex aan Pontecceen. Dat was volgens de Hoge Raad zo omdat de bestuurder:

10. Van Schilfgaarde 1998, *Van de BV en de NV*, nr. 48.

11. HR 18 januari 2002, *NJ* 2002, 96 (*Textile Company APS/Steins*), r.o. 3.14 en r.o. 3.13 van de conclusie van A-G Spier.

12. HR 23 januari 2004, *NJ* 2005, 510 en *Ondernemingsrecht* 2004/81 m.nt. P. Van Uchelen (*Pontecceen/Van Straten*), r.o. 4.9.

“enig aandeelhouder en statutair directeur was van Stratex en bij de voorbereiding en het sluiten van de onderhavige transactie, blijkens de tussen partijen gewisselde stukken, ten nauwste betrokken was”

Hieraan voorafgaand had de rechtbank overwogen:¹³

“Ten aanzien van de positie van Van Straten geldt het volgende. Door gedaagden is niet betwist dat de onderhandelingen over de overname namens Stratex steeds zijn gevoerd door Van Straten en dat het Van Straten is geweest die de informatie aan Ponteeceen heeft verstrekt. Van Straten was (indirect) enig aandeelhouder en bestuurder van de vennootschappen. De tekortkoming van Stratex kan onder omstandigheden meebrengen dat Van Straten als bestuurder op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk is, indien hem een persoonlijk verwijt treft. In casu kan Van Straten een dergelijk verwijt gemaakt worden, nu hij immers nauw was betrokken bij de totstandkoming van de overeenkomst, hij in feite de volledige zeggenschap had over de vennootschappen en hij, gezien hetgeen hiervoor is overwogen, wist of redelijkerwijs had moeten weten dat de door hem in april 1997 verstrekte gegevens geen getrouw beeld gaven van de werkelijke financiële situatie van de vennootschappen. De door gedaagden gestelde (doch door Ponteeceen betwiste) omstandigheid dat Van Straten zich niet meer met de dagelijkse gang van zaken binnen de vennootschappen bezighield kan, indien al juist, hem niet van persoonlijke aansprakelijkheid ontslaan, gezien zijn formele positie van enig aandeelhouder en bestuurder van de vennootschappen en zijn nauwe betrokkenheid bij de onderhandelingen. Dit betekent dat Van Straten (naast Stratex) aansprakelijk is voor de door Ponteeceen ten gevolge van zijn onrechtmatig handelen geleden schade.”

9.3.5 Ontvanger/S

In het in 2005 gewezen arrest *Ontvanger/S*¹⁴ overwoog de Hoge Raad (mijns inziens terecht) dat de ‘juiste maatstaf’ om te beoordelen of een bestuurder persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt, is of de bestuurder heeft gehandeld in strijd met hetgeen in de gegeven omstandigheden krachtens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt:

13. Rechtsoverweging 7.6 van het vonnis, kenbaar uit HR 23 januari 2004, *NJ* 2005, 510 en *Ondernemingsrecht* 2004/81 m.nt. P. Van Uchelen (*Ponteeceen/Van Straten*). Het hof had dit vonnis vernietigd, doch de Hoge Raad had het arrest van het hof weer vernietigd en had blijkens voormelde overweging aansluiting gezocht bij het vonnis van de rechtbank.

14. HR 30 september 2005, *NJ* 2006, 312 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Ontvanger/S.*), r.o. 3.4.3.

“Zou het hof, anders dan hiervoor in 3.4.2 is verondersteld, de juiste maatstaf – te weten of S. heeft gehandeld in strijd met hetgeen in de gegeven omstandigheden krachtens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt – voor ogen hebben gehad, dan heeft het zijn oordeel dat S. niet persoonlijk een verwijt ervan kan worden gemaakt dat hij namens BV X. de huurovereenkomst met de Rabobank is aangegaan, in het licht van de hiervoor weergegeven omstandigheden ontoereikend gemotiveerd.”

9.4 Introductie en onderbouwing ernstigverwijtmaatstaf 2006-2014

9.4.1 Ontvanger/Roelofsen

In het in 2006 gewezen arrest *Ontvanger/Roelofsen*¹⁵ overwoog de Hoge Raad plots (en anders dan in de hiervoor behandelde eveneens door de Hoge Raad gewezen arresten *Textile Company APS/Steins*, *Pontecceen/Van Straten* en *Ontvanger/S*) in verband met de *Beklamel*-norm en de *nakomingsfrustratie*-norm, dat in beide gevallen alleen sprake kan zijn van een onrechtmatige daad van de bestuurder als hem *“mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt (vgl. HR 18 februari 2000, nr. C98/208, NJ 2000, 295).”*¹⁶ De Hoge Raad overwoog:

“3.5 Bij de beoordeling van het middel moet het volgende worden vooropgesteld. Het gaat in een geval als het onderhavige om benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering. Ter zake van deze benadeling zal naast de aansprakelijkheid van de vennootschap mogelijk ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt (vgl. HR 18 februari 2000, nr. C98/208, NJ 2000, 295).

15. HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*), r.o. 3.5.

16. De Hoge Raad spreekt in diezelfde overweging overigens ook van ‘persoonlijk verwijt’, ‘persoonlijk een ernstig verwijt’ en ‘een ernstig persoonlijk verwijt’.

Voor de onder (i) bedoelde gevallen is in de rechtspraak de maatstaf aanvaard dat persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de vennootschap kan worden aangenomen wanneer deze bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem ter zake van de benadeling geen persoonlijk verwijt gemaakt kan worden. In de onder (ii) bedoelde gevallen kan de betrokken bestuurder voor schade van de schuldeiser aansprakelijk worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. 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. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen.”

Het lijkt erop dat de Hoge Raad hiermee de normen voor interne aansprakelijkheid en externe aansprakelijkheid heeft willen uniformeren/integreren. Mogelijk deed de Hoge Raad dat om te komen tot een zogenoemde normatieve convergentie (lees: om de normen voor interne bestuurdersaansprakelijkheid gelijk te trekken met de normen voor externe bestuurdersaansprakelijkheid, zie verder par. 10.2.3 t/m 10.2.4 en par. 10.7), maar de Hoge Raad liet zich daar niet verder over uit.

9.4.2 Spaanse Villa

De Hoge Raad overwoog in het in 2012 gewezen arrest *Spaanse Villa*¹⁷ dat een bestuurder aansprakelijk was jegens een derde op grond van onrechtmatige daad, zonder dat vereist was dat deze bestuurder een ernstig verwijt trof in de context van art. 2:9 BW. De bestuurder had volgens de Hoge Raad namelijk gehandeld in strijd “met een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting” waarvoor “de gewone regels van onrechtmatige daad” gelden:

17. HR 23 november 2012, NJ 2013, 302 m.nt. P. van Schilfgaarde en JOR 2013/40 m.nt. W.J.M. van Andel en K. Rutten (*Spaanse Villa*).

“3.4.1 Mede blijkens de schriftelijke toelichting beroept het middel zich ter ondersteuning van voormelde klachten op de in de rechtspraak van de Hoge Raad – in het bijzonder wordt vermeld HR 8 december 2006, LJN AZ0758, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen) – ontwikkelde criteria voor de aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen jegens derden. (...)

3.4.2 In het onderhavige geval is Van de Riet evenwel niet aansprakelijk gehouden voor een tekortkoming of onrechtmatig handelen van de vennootschap.

Blijkens rov. 4.7.2-4.7.4 heeft het hof immers Van de Riet aansprakelijk geoordeeld op de grond dat hij in strijd heeft gehandeld met een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting jegens Hoffmann c.s., en niet op de grond dat hem als bestuurder het verwijt wordt gemaakt dat door zijn onbehoorlijke taakuitoefening de vennootschap in strijd heeft gehandeld met een op haar rustende zorgvuldigheidsverplichting jegens Hoffmann c.s.

Voor een dergelijke aansprakelijkheid van een bestuurder – die niet een tekortschietende of onbehoorlijke taakuitoefening als bestuurder betreft, maar berust op een daarvan losstaande zorgvuldigheidsnorm – gelden de gewone regels van onrechtmatige daad. In het bijzonder is dan niet vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt van zijn handelen kan worden gemaakt. Dat geldt ook in een geval als het onderhavige, waarin de onrechtmatige gedragingen van de bestuurder in het maatschappelijk verkeer (tevens) als gedragingen van de vennootschap kunnen worden aangemerkt, zodat ook de vennootschap uit eigen hoofde op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk gehouden kan worden.”

9.4.3 *Hezemans Air en RCI/Kastrop*

In de arresten *Hezemans Air*¹⁸ en *RCI/Kastrop*¹⁹ heeft de Hoge Raad alsnog een onderbouwing gegeven voor de toepassing van de ernstigverwijtmaatstaf bij externe bestuurdersaansprakelijkheid, zoals geïntroduceerd in het arrest *Ontvanger/Roelofsen* (zie par 9.4.1). In het arrest *Spaanse Villa* had de Hoge Raad reeds het onderscheid gemaakt tussen de regels van de ‘gewone onrechtmatige daad’ en de regels van externe bestuurdersaansprakelijkheid. In de arresten *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop* overwoog de Hoge Raad vervolgens dat voor

18. HR 5 september 2014, NJ 2015, 21 m.nt. P. van Schilfgaarde en JOR 2014/296 m.nt. M.J. Kroeze (*Hezemans Air*).

19. HR 5 september 2014, NJ 2015, 22 m.nt. P. van Schilfgaarde en JOR 2014/325 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*RCI/Kastrop*).

de ‘ongewone’ onrechtmatige daad van externe bestuurdersaansprakelijkheid een hoge drempel voor aansprakelijkheid in de vorm van de ernstigverwijtmaatstaf geldt, die onder meer wordt gerechtvaardigd “*door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de rechtspersoon en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.*” In *Hezemans Air* overwoog de Hoge Raad het volgende:²⁰

“3.5.2 Indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, is uitgangspunt dat alleen de vennootschap aansprakelijk is voor daaruit voortvloeiende schade. Onder bijzondere omstandigheden is evenwel, naast aansprakelijkheid van die vennootschap, ook ruimte voor aansprakelijkheid van een bestuurder van de vennootschap. Voor het aannemen van zodanige aansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Aldus gelden voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder naast de vennootschap hogere eisen dan in het algemeen het geval is. Een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen (vgl. HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, NJ 2009/21).

3.5.3 Bestuurdersaansprakelijkheid is evenwel niet aan de orde in een geval als zich voordeed in het arrest HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, NJ 2013/302 (*Spaanse Villa*). Dat arrest had niet betrekking op het handelen van de betrokkene bij zijn taakvervulling als bestuurder van een vennootschap, maar op de vraag of de betrokkene, optredend als deskundig bemiddelaar (dienstverlener), had gehandeld in strijd met een op hem in die hoedanigheid van deskundig bemiddelaar rustende zorgvuldigheidsnorm. Zoals vermeld in rov. 3.2.2 van genoemd arrest had het hof immers (in cassatie onbestreden) geoordeeld dat niet de vennootschap waarvan de betrokkene bestuurder was, maar de betrokkene zelf als bemiddelaar optrad. Voor toepassing van de verzwaarde maatstaf als hiervoor in 3.5.2 bedoeld, bestaan in een zodanig geval niet de aan het slot van 3.5.2 omschreven gronden. (...)

20. Onder verwijzing door A-G Wesseling-van Gent in haar conclusie bij *Hezemans Air* naar de door A-G Timmerman gegeven motivering over primaire en secundaire aansprakelijkheid in zijn conclusie bij HR 23 november 2012, NJ 2013, 302 m.nt. P. van Schilfgaarde en JOR 2013/40 m.nt. W.J.M. van Andel en K. Rutten (*Spaanse Villa*). A-G Timmerman verwijst op zijn beurt weer naar S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevend* (diss. Groningen; Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 63), Deventer: Kluwer 2009, p. 88 e.v.

3.5.4 Indien echter sprake is van handelen van de betrokkene bij zijn taakvervulling als bestuurder van een vennootschap, dient de vraag of hij ook persoonlijk aansprakelijk is voor de schade die de wederpartij lijdt ten gevolge van wanprestatie of een onrechtmatige daad van de vennootschap, steeds overeenkomstig de hiervoor in 3.5.2 bedoelde verzwaarde maatstaf te worden beantwoord.”

In het arrest *RCI/Kastrop* overwoog de Hoge Raad exact hetzelfde als in de hiervoor geciteerde rechtsoverweging 3.5.2 uit *Hezemans Air*. In aanvulling daarop overwoog de Hoge Raad in *RCI/Kastrop*:

“4.3. Het antwoord op de vraag of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt als zojuist bedoeld kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. Indien de bestuurder namens de vennootschap een verbintenis is aangegaan en de vordering van de schuldeiser onbetaald blijft en onverhaalbaar blijkt, kan persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder worden aangenomen indien deze bij het aangaan van die verbintenis wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem persoonlijk ter zake van de benadeling geen ernstig verwijt kan worden gemaakt (zie onder meer HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, NJ 1990/286 (Beklamel) en HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen), geval (i)). In de kern houdt dit zogenoemde “Beklamelcriterium” de eis in dat de bestuurder bij het aangaan van de verbintenis wist of behoorde te begrijpen dat de schuldeiser van de vennootschap als gevolg van zijn handelen schade zou lijden.”

De Hoge Raad borduurde dus voort op het onderscheid dat werd gemaakt in *Spaanse Villa*, waarschijnlijk mede gelet op alle commotie die was ontstaan na *Spaanse Villa*. Kroeze schreef in zijn noot bij *Hezemans Air* dan ook dat de Hoge Raad de zorg en onzekerheid die waren ontstaan als gevolg van *Spaanse Villa* heeft weggenomen. Toegegeven moet worden dat de Hoge Raad de lijn die was ingezet vóór *Spaanse Villa* bevestigde, in die zin dat volgens de Hoge Raad een ‘persoonlijk ernstig verwijt’ was vereist voor (de Hoge Raad bedoelde in r.o. 3.5.2 en 3.5.3 van *Hezemans Air*: externe) bestuurdersaansprakelijkheid. Anders dan in *Ontvanger/Roelofsen*, verwees de Hoge Raad echter niet opnieuw expliciet naar art. 2:9 BW. In de literatuur werd desondanks opgelucht gereageerd, kennelijk omdat men vond dat de Hoge Raad hiermee toch voldoende duidelijk had gemaakt.

Hoofdstuk 10. Analyse van de introductie en onderbouwing van de ernstigverwijtmaatstaf

10.1 Inleiding

In het arrest *Ontvanger/Roelofsen*¹ (zie par. 9.4.1) werd door de Hoge Raad niet op rechtstheoretische of rechtspolitieke wijze toegelicht op grond waarvan hij meende dat van aansprakelijkheid van een bestuurder jegens een derde op grond van art. 6:162 BW pas sprake kan zijn als hem een zogenoemd ‘ernstig verwijt’ treft. Dat heeft de Hoge Raad in het midden gelaten, net zoals de Hoge Raad dat deed in het arrest *Staleman/Van de Ven* (zie par. 4.5.1).² Anders dan bij het arrest *Staleman/Van de Ven*,³ blijkt uit het arrest *Ontvanger/Roelofsen* echter wel waar de Hoge Raad zich op heeft gebaseerd bij de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf. De Hoge Raad verwees namelijk expliciet naar het arrest *New Holland Belgium/Oosterhof*⁴ (zie par. 9.3.2) en naar art. 2:9 BW. De rechtstheoretische en rechtspolitieke onderbouwing van de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in *Ontvanger/Roelofsen* werd later alsnog gegeven in de arresten *Hezemans Air*⁵ en *RCI/Kastrop*⁶ (zie par. 9.4.3).⁷ Beschouwt men deze arresten in onderlinge samenhang, dan zou men kunnen zeggen dat de Hoge Raad in zijn motivering/redenering geen stappen heeft overgeslagen zodat een rationeel-rechtswetenschappelijke analyse van deze rechtspraak kan worden gemaakt, zonder eerst een rationale reconstructie (zie over dit begrip, par.

1. HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*), r.o. 3.5.

2. Zo ook Assink, Bröring, Timmerman & De Valk 2011, p. 25.

3. HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*).

4. HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 295 m.nt. J.M.M. Maeijer (*New Holland Belgium/Oosterhof*).

5. HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 21 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2014/296 m.nt. M.J. Kroeze (*Hezemans Air*).

6. HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 22 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2014/325 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*RCI/Kastrop*).

7. Men zou kunnen betogen dat een deel van die onderbouwing ook al werd gegeven in HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (*Willemsen/NOM*), zij het dat het in dat arrest ging om de aansprakelijkheid jegens een aandeelhouder.

2.4) hiervan te maken. In dit hoofdstuk zal ik de introductie en de onderbouwing van de ernstigverwijtmaatstaf in voornoemde jurisprudentie analyseren met toepassing van de rechtstheoretische interpretatie- en redeneermethoden die ik in hoofdstuk 2 heb uiteengezet en door de jurisprudentie te toetsen aan de rechtstheoretische rede en de rationaliteit. Ik pas daarmee dezelfde methodologie toe als de rechter zou moeten doen bij het proces van rechtsvinding.⁸ Aangezien ook in de literatuur het nodige is gezegd over de introductie en onderbouwing van de ernstigverwijtmaatstaf bij externe bestuurdersaansprakelijkheid, zal ik deze literatuur zo nodig in mijn analyse betrekken.⁹

Ik zal in par. 10.2 en par. 10.3 eerst ingaan op de introductie en het gebruik van de ernstigverwijtmaatstaf in de arresten *Ontvanger/Roelofsen en Spaanse Villa*. In par. 10.4 t/m par. 10.6 zal ik vervolgens ingaan op de twee rechtvaardigingsgronden die de Hoge Raad in de arresten *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop* heeft gegeven voor het gebruik van de ernstigverwijtmaatstaf, namelijk dat (i) ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap (en niet van de bestuurder) en (ii) een maatschappelijk belang bestaat dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen. Vooruitlopend daarop citeer ik hieronder de kritiek die Bartman op deze rechtvaardigingsgronden gaf:

“Beide argumenten lijken op het eerste gezicht voldoende dragend te zijn. Het eerste gebruikt de Hoge Raad hier voor het eerst vanuit de idee van de rechtspersoon als primaire dader, achter wiens rug de bestuurder als secundaire dader zich tot op zekere hoogte kan verschuilen. Het tweede argument voert terug tot het duo Smith-Kroeze en de hypothese dat onze gezamenlijke welvaart uiteindelijk het meest gediend is met individuele ondernemers die risico’s durven nemen. Director’s liability protection by invisible hand.

8. J.B.M. Vranken zegt hierover in Asser/Vranken Algemeen deel**** 2014/9: “In de gangbare opvatting is geen behoefte aan een afzonderlijke methodologie (conventies, informele praktijken, eisen en spelregels) voor rechtswetenschappelijk onderzoek. De juridische onderzoeker kan prima uit de voeten met de methodologie van de rechter, zoals die van oudsher uitvoerig uiteengezet wordt in de rechtsvindingsliteratuur. Hij doet immers niet anders. Beiden moeten hun argumenten zien te putten uit hetzelfde materiaal, het geldende positieve recht, zoals ik dat hierboven omschreven heb. Beiden moeten daarbij volgens dezelfde regels van de kunst te werk gaan. Net als de rechter zoekt de rechtswetenschappelijke onderzoeker met behulp van vooral tekstanalytische methoden, praktische argumenten en redeneerwijzen naar de beste oplossingen voor rechtsvragen die in bestaande of bedachte rechtsgeschillen rijzen.”

9. Deze analyse is eerder op hoofdlijnen naar voren gebracht in Westenbroek 2015b; Westenbroek 2016b; Westenbroek 2017.

Fair enough, maar toch knaagt er nog wat bij mij. Met het eerste argument werpt de Hoge Raad de derde eigenlijk voor: “Sorry, had u maar niet moeten handelen met een rechtspersoon!”. Dat is nogal straf. Natuurlijk, de rechtspersoon is primair aanspreekpunt wanneer men met hem contracteert, maar dat zegt toch niets over bestuurdersfatsoen? Rechtvaardigt het gebruik van een rechtspersoon dat zijn bestuurder zich onzorgvuldiger tegenover derden mag gedragen dan wanneer hij een eenmanszaak of vof zou bestieren? En wat betreft het tweede argument, is de maatschappelijke welvaart niet evenzeer gebaat met niet al te bange ondernemers zonder rechtspersoonlijkheid? Is rechtspersoonlijkheid niet zelf al bedoeld als een schild tegen persoonlijke aansprakelijkheid met het oog op de bevordering van de maatschappelijke welvaart? Is het werkelijk nodig daar ook nog een hoge drempel-voorrecht voor bestuurders aan toe te voegen bij de beoordeling van hun persoonlijk doen en laten?”¹⁰

Het citaat geeft op een beknopte wijze de bezwaren weer tegen de rechtvaardigingsgronden die in *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop* zijn aangevoerd voor het gebruik van de ernstigverwijtmaatstaf. In par. 10.4 t/m par. 10.6 zal ik deze bezwaren rechtstheoretisch onderbouwen.

10.2 Analyse van de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in *Ontvanger/Roelofsen*

10.2.1 Grammaticale analyse: introductie een gevolg van terminologiekeuze?

Als een bepaalde herformulering of interpretatie van een wettelijke regel wordt gerechtvaardigd met een beroep op de betekenis die gebruikte woorden of zinsdelen naar gewoon spraakgebruik hebben, is sprake van een grammaticale interpretatie. Deze analyse kan analoog worden toegepast op de interpretatie van een regel of formulering die in jurisprudentie is tot stand gekomen in het kader van de (rechtsvormende) rechtsvindende taak van de rechter (zie over de term ‘rechtsvormende rechtsvinding’, par. 2.3.3). Deze analyse is daarom ook toepasbaar op (i) de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in *Ontvanger/Roelofsen*¹¹ (par. 9.4.1), (ii) de verwijzing van de Hoge Raad in *Ontvanger/Roelofsen* naar art. 2:9 BW en naar *New Holland Belgium/Oosterhof*¹²

10. Bartman 2014.

11. HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*), r.o. 3.5.

12. HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 295 m.nt. J.M.M. Maeijer (*New Holland Belgium/Oosterhof*).

(par. 9.3.2) en (iii) de arresten *Henkel/JMG*¹³ (par. 9.3.1), *Textile Company APS/Steins*¹⁴ (par. 9.3.3), *Pontecceen/Van Straten*¹⁵ (par. 9.3.4) en *Ontvanger/S*¹⁶ (par. 9.3.5).

Ik herhaal hier de twee methodologische regels die Loth heeft geformuleerd (zie par. 2.4.2):

“Gebruik woorden en zinnen zoveel mogelijk overeenkomstig de in de desbetreffende context gangbare betekenis, en expliciteer afwijkende betekenisgeving.”

En:

*“Interpreteer woorden en zinnen zoveel mogelijk overeenkomstig de in de desbetreffende context gangbare betekenis, tenzij de taalgebruiker afwijkende betekenisgeving heeft geëxpliciteerd.”*¹⁷

Een eerste rationeel-rechtswetenschappelijke vaststelling die in dit verband moet worden gedaan, is dat in de arresten *Henkel/JMG*, *Textile Company APS/Steins*, *Pontecceen/Van Straten* en *Ontvanger/S* weliswaar gebruik werd gemaakt van de term ‘persoonlijk verwijt’, maar dat de betekenis daarvan in de desbetreffende context niet gevonden moet worden in de ernstigverwijtmaatstaf. Beschouwt men het arrest *New Holland Belgium/Oosterhof* in samenhang met het arrest *Henkel/JMG* en de nadien gewezen arresten *Textile Company APS/Steins*, *Pontecceen/Van Straten* en *Ontvanger/S*, dan is daaruit op te maken dat vooral beoogd werd te onderstrepen dat sprake moet zijn van een ‘persoonlijk verwijt’ van de bestuurder, omdat hij pas op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk kan zijn indien hij op een bepaalde, hem te verwijten, wijze *persoonlijk* betrokken is geweest bij een tekortkoming van de vennootschap jegens een derde. Oftewel, een bestuurder die niet op deze wijze persoonlijk daarbij betrokken is geweest, zal dat niet zijn. Aan het begrip ‘verwijt’ werd in *Henkel/JMG*, *Textile Company APS/Steins*, *Pontecceen/Van Straten* en *Ontvanger/S* geen verdere kwalificatie of een van het gangbare taalgebruik afwijkende betekenis gegeven.

13. HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 270 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Henkel/JMG*), r.o. 3.5.

14. HR 18 januari 2002, *NJ* 2002, 96 (*Textile Company APS/Steins*), r.o. 3.4.2 en r.o. 3.13 van de conclusie van A-G Spier.

15. HR 23 januari 2004, *NJ* 2005, 510 en *Ondernemingsrecht* 2004/81 m.nt. P. Van Uchelen (*Pontecceen/Van Straten*), r.o. 4.9.

16. HR 30 september 2005, *NJ* 2006, 312 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Ontvanger/S*), r.o. 3.4.3.

17. Loth 1991, p. 82.

De terminologische toevoeging ‘ernstig verwijt’, die de Hoge Raad na het arrest *Henkel/JMG* deed in *New Holland Belgium/Oosterhof*, bood voorts – rationeel gezien – niets nieuws.¹⁸ Dat ‘persoonlijke’ aansprakelijkheid wegens een ‘voldoende ernstig verwijt’ zal afhangen van de concrete omstandigheden van het geval, zoals werd overwogen in *New Holland Belgium/Oosterhof*, was namelijk al in *Van Dullemen/Sala* bepaald. Dat geen aansprakelijkheid zal bestaan als de bestuurder een beroep toekomt op een rechtvaardigingsgrond of schulditsluitingsgrond, zoals eveneens overwogen in *New Holland Belgium/Oosterhof*, volgde bovendien al uit de wet, zie art. 6:162 lid 2 BW (rechtvaardigingsgrond)¹⁹ en art. 6:162 lid 3 BW (schulditsluitingsgrond). Hieruit mag worden opgemaakt dat (i) de context waarbinnen de term ‘voldoende ernstig verwijt’ in het arrest *New Holland Belgium/Oosterhof* werd gehanteerd, een gelijke is als de context van art. 6:162 BW, (ii) de term beoogde duidelijk te maken dat aan de vereisten van art. 6:162 BW moet zijn voldaan en (iii) met de term geen afwijkende betekenis werd beoogd als de betekenis van de onrechtmatige daad uit art. 6:162 BW.

Hoewel de terminologie in de arresten *Henkel/JMG* en *New Holland Belgium/Oosterhof* gelijkenissen vertoonde met de ernstigverwijtmaatstaf uit het op art. 2:9 BW gebaseerde *Staleman/Van de Ven*²⁰ dat betrekking had op interne bestuurdersaansprakelijkheid (zie par. 4.4), legde de Hoge Raad dat verband in deze arresten niet. Er werd niet verwezen naar *Staleman/Van de Ven* of naar art. 2:9 BW. De gehanteerde terminologie werd niet verder toegelicht, leek weinig zelfstandige betekenis te hebben en leek ook niets te maken te hebben met de ernstigverwijtmaatstaf van art. 2:9 BW. In het arrest *New Holland Belgium/Oosterhof* werd ook niet verwezen naar art. 2:9 BW, in ieder geval niet expliciet. Zo lijkt het arrest destijds in de literatuur voorts ook niet te zijn geïnterpreteerd. Timmerman²¹ ging in zijn noot bij *New Holland Belgium/Oosterhof* bijvoorbeeld niet in op de vraag wat in dat arrest werd bedoeld met de term ‘voldoende ernstig verwijt’. De term ‘ernstig verwijt’ werd dus niet gebruikt in de context van art. 2:9 BW. Dat de term in *New Holland Belgium/Oosterhof* ook door de Hoge Raad in die periode niet een specifieke aanvullende betekenis werd gegeven, blijkt uit de drie nadien gewezen arresten van de Hoge Raad in

18. Karapetian 2015a, p. 209-220 doet deze constatering ook ten aanzien van een vergelijkbare overweging in het (later) in 2006 gewezen arrest *Ontvanger/Roelofsen*.

19. Een dergelijke rechtvaardigingsgrond kan bijvoorbeeld ook zijn het in het belang van de vennootschap met voorrang betalen van bepaalde ‘dwangcrediteuren’ ten koste van crediteuren die onbetaald blijven.

20. HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*).

21. L. Timmerman bij HR 18 februari 2000 (*New Holland Belgium/Oosterhof*) in *Ondernemingsrecht* 2000, 19.

de zaken *Textile Company APS/Steins*, *Pontecceen/Van Straten* en *Ontvanger/S*.²² In het arrest *Textile Company APS/Steins* dat conform de conclusie van de A-G luidde, had de A-G zoals hiervoor in par. 9.3.3 geciteerd, bovendien nog expliciet overwogen dat voor persoonlijke aansprakelijkheid geen vereiste is dat het gaat om een ernstig verwijt.

Daar waar de Hoge Raad in *Ontvanger/Roelofsen* de ernstigverwijtmaatstaf introduceerde, verwijst hij niet naar voormelde arresten *Textile Company APS/Steins*, *Pontecceen/Van Straten* en *Ontvanger/S* uit 2002, 2004 respectievelijk 2005. Waarom de Hoge Raad dat niet deed, is niet duidelijk. De Hoge Raad verwees wel naar het daarvoor gewezen arrest *New Holland Belgium/Oosterhof* uit 2000 en naar art. 2:9 BW. Er bestaan daarnaast gelijkenissen met de terminologie gehanteerd in *Staleman/Van de Ven* dat betrekking had op art. 2:9 BW en dat wel een afwijkende betekenis had. Het is daarom niet uitgesloten dat de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in *Ontvanger/Roelofsen* een gevolg lijkt te zijn van een grammaticale interpretatie van de in *New Holland Belgium/Oosterhof* geïntroduceerde terminologie.²³ Deze grammaticale interpretatie is in dat geval onzuiver te noemen omdat de in *New Holland Belgium/Oosterhof* gehanteerde terminologie daarmee in een andere context is geplaatst dan oorspronkelijk bedoeld was, zonder dat die andere context is toegelicht. Dit blijkt ook duidelijk uit de arresten *Textile Company APS/Steins*, *Pontecceen/Van Straten* en *Ontvanger/S* die na *New Holland Belgium/Oosterhof* zijn gewezen en waarin (terecht) uitdrukkelijk geen ernstigverwijtmaatstaf werd toegepast. Daarmee lijkt de interpretatie door de Hoge Raad rechtstheoretisch niet goed te verdedigen.²⁴

In zijn noot bij *Ontvanger/Roelofsen* achtte Wezeman het door de Hoge Raad plots gelegde verband met art. 2:9 BW opmerkelijk en schreef hij (terecht) dat niet is verklaard waarom voor aansprakelijkheid van bestuurders jegens derden op grond van onrechtmatige daad dezelfde eis moet worden gesteld.²⁵ Wezeman zocht in zijn noot bij *Ontvanger/Roelofsen* een verklaring voor de verwijzing naar art. 2:9 BW, door de verwijzing zo te begrijpen dat de Hoge Raad met de eis van ernstige verwijtbaarheid, ook voor de externe bestuurdersaansprakelijkheid van art. 6:162 BW recht wilde doen aan de zwaarte van de bestuurstaak en

22. HR 18 januari 2002, *NJ* 2002, 96 (*Textile Company APS/Steins*), r.o. 3.4.2 en r.o. 3.13 van de conclusie van A-G Spier; HR 23 januari 2004, *NJ* 2005, 510 en *Ondernemingsrecht* 2004/81 m.nt. P. Van Uchelen (*Pontecceen/Van Straten*), r.o. 4.9; HR 30 september 2005, *NJ* 2006, 312 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Ontvanger/S*), r.o. 3.4.3.

23. A-G Timmerman overweegt in r.o. 5.6 van zijn conclusie bij *Ontvanger/Roelofsen* ook: “Voor de beoordeling (...) is het arrest *New Holland* van belang. (...) Blijkens dit arrest is een bestuurder persoonlijk aansprakelijk indien hem ernstig verwijt valt te maken voor het ontstaan van de schade jegens de wederpartij van de vennootschap”.

24. In Westenbroek 2015b stel ik in dit verband dat de totstandkoming van de maatstaf eerder ‘toevallig’ dan doordacht lijkt.

25. Wezeman 2007.

bestuurders de nodige manoeuvreerruimte – het recht op het maken van enige fouten – gunde. Wezeman bleek een goede toekomstvoorspeller, want in de in par. 9.4.3 besproken arresten *Hezemans Air*²⁶ en *RCI/Kastrop*²⁷ bleek dat inderdaad een van de twee pijlers te zijn die de Hoge Raad in 2014 hanteerde om de ernstigverwijtmaatstaf te onderbouwen. Ik kom daar hierna op terug in par. 10.6.

10.2.2 Analyse van de analogie tussen de bestuurder en de werknemer in het licht van de artt. 6:170-172 BW

Maeijer ging in zijn noot bij *New Holland Belgium/Oosterhof* (summier) in op de term ‘voldoende ernstig verwijt’ en merkte daarover op dat persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder jegens een derde, afhangt van de vraag of aan hem een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Dit hing weer af van de concrete omstandigheden van het geval (wat een herhaling is van de redenering van de Hoge Raad). Dit laatste duidt erop dat Maeijer waarschijnlijk niet doelde op art. 2:9 BW. Dan zou Maeijer namelijk wel hebben verwezen naar *Staleman/Van de Ven*, maar zeker is dat niet. Volgens Maeijer suggereerde het bezigen van het woord ‘ernstig’ dat steeds sprake moet zijn van ernstige verwijtbaarheid.²⁸

Maeijer verwees in dit verband naar de toen bestaande uitgave van Van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, nr. 48. Van Schilfgaarde maakte daarin duidelijk dat niet iedere in hoedanigheid van bestuurder gemaakte fout tot persoonlijke aansprakelijkheid jegens een derde leidt, maar dat men daaraan pas toekomt indien aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt “*c.q. indien hem persoonlijk opzet of bewuste roekeloosheid kan worden verweten*”.²⁹ Ook Kortmann meende dat alleen opzet of bewuste roekeloosheid tot persoonlijke aansprakelijkheid jegens een derde kon leiden.³⁰

De voormelde stellingen van Van Schilfgaarde en Kortmann, die betrekking hadden op de externe bestuurdersaansprakelijkheid, lijken te zijn gebaseerd op het in 1990 door Kortmann gevoerde betoog dat art. 6.3.2.2 lid 3 BW (thans

26. HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 21 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2014/296 m.nt. M.J. Kroeze (*Hezemans Air*).

27. HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 22 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2014/325 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*RCI/Kastrop*).

28. HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 295 m.nt. J.M.M. Maeijer (*New Holland Belgium/Oosterhof*).

29. Van Schilfgaarde 1998, *Van de BV en de NV*, nr. 48. Deze opvatting werd in 2002 door A-G Spier in zijn conclusie bij HR 18 januari 2002, *NJ* 2002, 96 (*Textile Company APS/Steins*), r.o. 3.14 echter expliciet verworpen en de uitspraak van de Hoge Raad was conform deze conclusie van A-G Spier, zodat daaruit afgeleid zou kunnen worden dat de Hoge Raad deze opvatting van Van Schilfgaarde toen in ieder geval (nog) niet deelde.

30. S.C.J.J. Kortmann, *Aansprakelijkheid en draagplicht van bestuurders, commissarissen en accountants; verzekeringsaspecten* (Serie Van der Heijden Instituut, nr. 37), Deventer: Kluwer 1991, p. 62.

art. 6:170 lid 3 BW) naar analogie toepassing diende te vinden in de relatie tussen een vennootschap en diens bestuurder die een onrechtmatige daad pleegt waardoor een derde schade lijdt. Oftewel, in de onderlinge regresverhouding zou de bestuurder eerst aansprakelijk jegens de rechtspersoon moeten zijn wanneer sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid (zie par. 5.2.2).³¹ Omdat art. 6:170 BW is geredigeerd voor de hoofdelijke aansprakelijkheid van de werkgever en voor de regresverhouding tussen de werknemer en de werkgever, in het geval de werkgever wordt aangesproken door een derde voor de schade toegebracht aan die derde door de werknemer, mag worden aangenomen dat een analogie werd getrokken tussen de werknemer en de bestuurder.

Verondersteld mag worden dat voormelde analogie op zijn beurt was gebaseerd op het in 1986/1987 door Eykman³² en Van Schilfgaarde³³ gevoerde betoog dat (interne) bestuurdersaansprakelijkheid niet anders moet worden beoordeeld dan (interne) werknemersaansprakelijkheid (par. 4.3). Een andere reden waarom Van Schilfgaarde en Kortmann hebben aangenomen dat een rechtssubject (de bestuurder van de rechtspersoon) pas op grond van onrechtmatige daad jegens een ander rechtssubject (de derde) aansprakelijk kan zijn wanneer sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid, heb ik in mijn onderzoek niet gevonden.

Aangenomen dat Van Schilfgaarde en Kortmann, en daarmee ook Maeijer, zich inderdaad baseerden op het hiervoor bedoelde betoog van Van der Grinten (dat op zijn beurt moet zijn gebaseerd op Eykman en Van Schilfgaarde in 1986/1987, zie par. 4.3), ben ik van mening dat deze op een gedachtestfout berust. De stelling van Van der Grinten, dat art. 6:3.2.2 lid 3 BW (thans art. 6:170 lid 3 BW) naar analogie toepassing diende te vinden in de relatie tussen de bestuurder en de rechtspersoon, had immers betrekking op de *interne* bestuurdersaansprakelijkheid. Als men dat betoog zou willen volgen, hetgeen mijns inziens niet juist zou zijn op basis van hetgeen ik hiervoor in par. 5.2.2, 5.3 en 5.3.3 t/m 5.3.5 heb uiteengezet, dan biedt dat betoog nog geen grond om te stellen dat *externe* bestuurdersaansprakelijkheid eerst kan bestaan als sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. Dat zou ook niet logisch zijn. Het door Eykman en Van Schilfgaarde in 1986 ingezette betoog kwam in de basis erop neer dat de aansprakelijkheid van de werknemer en de bestuurder *ten opzichte van de werkgever respectievelijk de rechtspersoon* op gelijke gronden beoordeeld dient te worden, omdat op beide personen een inspanningsverbintenis rust (par. 4.3). De bescherming die de werknemer geniet op grond van art. 6:170 lid 3 BW beschermde hem echter toen en nu nog steeds niet tegen directe aanspraken van de derde jegens wie hij onrechtmatig heeft gehandeld. Met andere woorden, het criterium opzet of bewuste roekeloosheid geldt niet in de verhouding

31. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-II 1990/180.

32. Eykman 1986, p. 87 e.v.

33. Van Schilfgaarde 1986, p. 17 en Van Schilfgaarde 1987, p. 273-274.

tussen de werknemer en de derde. In dit verband is het goed stil te staan bij de op 1 januari 1992 in werking getreden artt. 6:170-6:172 BW.³⁴ Art. 6:170 BW (art. 6.3.2.2, zie par. 5.2.2) luidt:

- “1. Voor schade, aan een derde toegebracht door een fout van een ondergeschikte, is degene in wiens dienst de ondergeschikte zijn taak vervult aansprakelijk, indien de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van deze taak is vergroot en degene in wiens dienst hij stond, uit hoofde van hun desbetreffende rechtsbetrekking zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen.
2. Stond de ondergeschikte in dienst van een natuurlijke persoon en was hij niet werkzaam voor een beroep of bedrijf van deze persoon, dan is deze slechts aansprakelijk, indien de ondergeschikte bij het begaan van de fout handelde ter vervulling van de hem opgedragen taak.
3. Zijn de ondergeschikte en degene in wiens dienst hij stond, beiden voor de schade aansprakelijk, dan behoeft de ondergeschikte in hun onderlinge verhouding niet in de schadevergoeding bij te dragen, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. Uit de omstandigheden van het geval, mede gelet op de aard van hun verhouding, kan anders voortvloeien dan in de vorige zin is bepaald.”

Art. 6:171 BW luidt:

“Indien een niet ondergeschikte die in opdracht van een ander werkzaamheden ter uitoefening van diens bedrijf verricht, jegens een derde aansprakelijk is voor een bij die werkzaamheden begane fout, is ook die ander jegens de derde aansprakelijk.”

34. Wet van 22 november 1991, Stb. 600. De bepalingen zijn een uitwerking van het tot 1 januari 1992 geldende art. 1403 BW (oud) dat gold sinds de Wet van 6 februari 1901, Stb. 62. Die bepaling luidde als volgt: “Men is niet alleen verantwoordelijk voor de schade, welke men door zijne eigene daad veroorzaakt, maar ook voor die welke veroorzaakt is door de daad van personen voor welke men aansprakelijk is, of door zaken welke men onder zijn opzicht heeft. De ouders of voogden zijn verantwoordelijk voor de schade, veroorzaakt door de minderjarige kinderen, die bij hen inwonon en over wie zij de ouderlijke magt of de voogdij uitoefenen. De meesters en degenen, die anderen aanstellen tot de waarneming hunner zaken zijn verantwoordelijk voor de schade, door hunne dienstboden en ondergeschikten veroorzaakt in de werkzaamheden waartoe zij dezelve gebruikt hebben. De schoolonderwijzers en werkmeesters zijn verantwoordelijk voor die schade door hunne leerlingen en knechts veroorzaakt, gedurende den tijd dat dezelve onder hun toezigt staan. De hierboven vermelde verantwoordelijkheid houdt op, indien de ouders, de voogden, de schoolonderwijzers en werkmeesters bewijzen, dat zij de daad voor welke zij aansprakelijk zouden zijn, niet hebben kunnen beletten.”

HOOFDSTUK 10

Art. 6:172 BW luidt:

“Indien een gedraging van een vertegenwoordiger ter uitoefening van de hem als zodanig toekomende bevoegdheden een fout jegens een derde inhoudt, is ook de vertegenwoordigde jegens de derde aansprakelijk.”

Bij de behandeling van vragen over artt. 6:170-172 BW in de Tweede Kamer bij de invoering van het huidige BW is geoordeeld dat het bestaan van een dienstverband, vertegenwoordigingsverband of ondergeschiktheid (en de daarmee gepaard gaande bescherming van de werknemer die erin bestaat dat de hoofdelijk aangesproken werkgever ex art. 6:170 lid 3 BW geen regres kan nemen tenzij sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid bij de werknemer), geen rechtvaardiging oplevert om af te wijken van de hoofdregel dat de dader persoonlijk aansprakelijk jegens derden blijft voor zijn onrechtmatig gedrag.³⁵ Er is daarom sprake van hoofdelijke aansprakelijkheid van enerzijds de werknemer, vertegenwoordiger en opdrachtnemer en anderzijds de werkgever, vertegenwoordigde respectievelijk opdrachtgever.

De *ondergeschikte* blijft dus hoofdelijk aansprakelijk jegens de derde, en art. 6:170 lid 3 BW regelt alleen de situatie dat (i) *degene in wiens dienst hij stond* (ook) wordt aangesproken, (ii) deze werkgever de schade van de derde heeft vergoed en (iii) deze werkgever verhaal wenst te nemen op zijn ondergeschikte. Dit blijkt ook uit de parlementaire geschiedenis van het eerder besproken art. 7A:1639da BW (thans art. 7:661 BW) (zie par. 5.2.2). Daarin wordt het volgende gezegd over art. 6:170 lid 3 BW:

*“Art. 6.3.2.2 lid 3 is alleen van toepassing, wanneer schade voor de werkgever is ontstaan, doordat hij door de daar bedoelde derde uit hoofde van het eerste of het tweede lid van dat art. wordt aangesproken. Voor dat geval bevat art. 6.3.2.2 lid 3 een regel die de mogelijkheid dat de werkgever verhaal neemt op de werknemer sterk beperkt.”*³⁶

De ratio achter de hoofdelijke aansprakelijkheid is dat het voor de benadeelde in beginsel geen verschil mag uitmaken wat de exacte verhouding is tussen de (niet-)ondergeschikte en de opdrachtgever. De parlementaire geschiedenis van Boek 6 BW zegt hierover het volgende:

“Het feit dat de dader de schade blijkt te hebben toegebracht handelend in dienst van een ander, behoort de benadeelde nimmer in een slechtere positie te brengen, hoogstens in een betere. De dader-ondergeschikte – in

35. Oldenhuis 2016, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:170 BW, aant. 10.1.

36. *Kamerstukken II* 1987/88, 17 896, nr. 8 (MvA), p. 27-28.

*de huidige maatschappij lang niet altijd insolvabel – mag dan ook tegenover de benadeelde geen verweer ontleen aan het feit dat hij als ondergeschikte van een ander de onrechtmatige daad beging.”*³⁷

Voor zover de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf dus was gebaseerd op de door Van Schilfgaarde betoogde analogie tussen een werknemer en een bestuurder, is die analogie niet zuiver doorgetrokken. Niet is in te zien waarom de bestuurder van een rechtspersoon bescherming zou moeten genieten voor aanspraken van derden, terwijl de werknemer deze bescherming niet heeft.³⁸

10.2.3 Wetsystematische en wetshistorische analyse van normatieve convergentie in het licht van art. 6:170-172 BW

In zijn noot bij het hiervoor besproken arrest *Ontvanger/S*³⁹ uit 2006 (zie par. 9.3.5) schreef Van Schilfgaarde: “*persoonlijk verwijt, bewuste roekeloosheid, ernstig verwijt, voldoende ernstig verwijt. Het is niet zo makkelijk om een duidelijke lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad te ontdekken.*” Hij was het echter die in 1986 aan de basis heeft gestaan van de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf uit het arbeidsrecht in het rechtspersonenrecht (zie par. 4.3).

Hoewel de Hoge Raad zich daar in het arrest *Ontvanger/Roelofsen* uit 2006 niet over heeft uitgelaten, lijkt het niet onwaarschijnlijk dat de Hoge Raad deze opmerking van Van Schilfgaarde in dit arrest ter harte heeft genomen. Dat is evenwel het geheim van de raadkamer. Als het echter wel zo is, dan is de Hoge Raad (mogelijk onbedoeld) voorbijgegaan aan een duidelijke en rechtstheoretisch juiste lijn die was ingezet in de in par. 9.3.3, 9.3.4 en 9.3.5 behandelde arresten *Textile Company APS/Steins*, *Pontecceen/Van Straten* en *Ontvanger/S*.⁴⁰ Een lijn waarin door A-G Spier in het arrest *Textile Company APS/Steins* overigens nog – onder uitdrukkelijke vermelding van het afwijkende standpunt van Van Schilfgaarde in de toen bestaande uitgave *Van de BV en de NV* – werd overwogen dat voor persoonlijke aansprakelijkheid geen vereiste is dat het gaat om een ernstig verwijt. (zie par. 9.3.3).

De Hoge Raad lijkt daarmee een (andere) lijn in de rechtspraak te hebben gecreëerd aan de hand waarvan interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid volgens een uniforme maatstaf kon worden beoordeeld. Dit uniformeren/integreren van de normen voor interne bestuurdersaansprakelijkheid met die

37. Van Zeben, Pon & Olthoff 1981, *PG Boek 6 BW*, p. 717.

38. Zie over het voorgaande ook: Westenbroek 2017a.

39. HR 30 september 2005, *NJ* 2006, 312 m.nt. P. van Schilfgaarde, (*Ontvanger/S*), r.o. 3.4.3.

40. HR 18 januari 2002, *NJ* 2002, 96 (*Textile Company APS/Steins*), r.o. 3.4.2 en r.o. 3.13 van de conclusie van A-G Spier; HR 23 januari 2004, *NJ* 2005, 510 en *Ondernemingsrecht* 2004/81 m.nt. P. Van Uchelen (*Pontecceen/Van Straten*), r.o. 4.9; HR 30 september 2005, *NJ* 2006, 312 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Ontvanger/S*), r.o. 3.4.3.

van externe bestuurdersaansprakelijkheid, de zogenoemde normatieve convergentie, werd in de literatuur reeds voor *Ontvanger/Roelofsen* aangemoedigd⁴¹ en is nadien positief ontvangen.⁴²

Het wettelijk uitgangspunt, zoals blijkt uit de wetsgeschiedenis van art. 6:170-172 BW,⁴³ is tot die tijd evenwel steeds geweest dat de werknemer (en de niet-ondergeschikte of vertegenwoordiger) op basis van de gewone regels van onrechtmatige daad aansprakelijk blijft jegens een derde, los van de vraag wat zijn verhouding is met de werkgever (en opdrachtgever of vertegenwoordigde) (zie par. 10.2.2 hiervoor). Houdt men de normatieve convergentie tegen het licht van dit uitgangspunt, dan is deze specifiek op de bestuurder geënte normatieve convergentie wetsystematisch en wetshistorisch naar mijn mening niet goed te rechtvaardigen. De werknemer wordt op grond van art. 6:170 BW namelijk in zijn verhouding tot de werkgever beschermd, maar niet in zijn verhouding tot de derde. Met andere woorden: de normen voor ‘interne werknemersaansprakelijkheid’ zijn anders dan de normen voor ‘externe werknemersaansprakelijkheid’ (zie ook par. 10.5.4 hierna). De wetgever heeft, blijkens hetgeen ik hiervoor heb uiteengezet, uitdrukkelijk overwogen dat geen sprake is van normatieve convergentie tussen de normen voor ‘interne’ en ‘externe’ ‘werknemersaansprakelijkheid’.

Nu heeft de werknemer vanzelfsprekend uitsluitend een arbeidsrechtelijke relatie met de werkgever-rechtspersoon, terwijl de bestuurder (tevens) een ‘rechtspersoonrechtelijke’⁴⁴ relatie heeft met de rechtspersoon. Dat zou een andere benadering kunnen rechtvaardigen. Wetsystematisch en wetshistorisch zie ik daar echter geen aanleiding voor.

Die aanleiding zie ik ten eerste niet omdat in de literatuur juist de stelling was ingenomen dat art. 6:170 lid 3 BW naar analogie zou hebben te gelden voor bestuurders, welke stelling heeft bijgedragen aan de introductie van de ernstig-verwijtmaatstaf voor *interne* bestuurdersaansprakelijkheid (zie par. 4.3).⁴⁵ Het zou dan niet consequent zijn af te wijken van het aan art. 6:170 lid 3 BW ten

41. Borrius 2003, p. 79-102.

42. Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 1124 en 1133, die overigens een verdergaande convergentie niet mogelijk achten; Assink, Bröring, Timmerman & De Valk 2011, p. 35; Timmerman 2009b; Wezeman 2010, p. 106.

43. Oldenhuis 2016, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:170 BW, aant. 10.1.

44. Ik acht dit een meer zuivere term dan de term ‘ondernemingsrechtelijke relatie’ nu niet alle rechtspersonen een onderneming drijven, terwijl art. 2:9 BW voor alle rechtspersonen geldt.

45. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-II 1990/180. Deze opvatting in de literatuur moet dus als uitgangspunt hebben genomen dat de bestuurder net als een werknemer altijd persoonlijk aansprakelijk is jegens de derde als hij zelf een onrechtmatige daad pleegt en dat de rechtspersoon hoofdelijk aansprakelijk is op grond van kwalitatieve aansprakelijkheid.

grondslag liggende uitgangspunt dat de werknemer zelf hoofdelijk aansprakelijk blijft jegens de derde. In zijn noot bij het arrest *Ontvanger/Roelofsen* schreef Wezeman dan ook terecht: “*De Hoge Raad heeft in de afgelopen tien jaren een aantal keren beslist dat ook de interne aansprakelijkheid van art. 2:9 BW alleen kan intreden indien de bestuurder een ernstig verwijt treft. (...) De Hoge Raad trekt daarmee als het ware een voor werknemers jegens hun werkgevers in het algemeen geldende aansprakelijkheidsregel (vgl. art. 7:661 BW) door naar bestuurders van rechtspersonen. Daarmee is strikt genomen nog niet verklaard waarom ook voor de onrechtmatige daadsaansprakelijkheid van bestuurders jegens derden dezelfde eis moet worden gesteld.*”⁴⁶

Ten tweede geldt dat de Hoge Raad onder het oude recht, in het *Shell-Van Doorn*-arrest, heeft overwogen dat een bestuurder als een ondergeschikte in de zin van art. 1403 lid 3 BW (thans art. 6:170 BW) moet worden aangemerkt.⁴⁷ Dat is in lijn met de praktijk, omdat een bestuurder veelal ook daadwerkelijk een arbeidsovereenkomst heeft met de rechtspersoon en derhalve reeds om die reden als een werknemer van de rechtspersoon is aan te merken.⁴⁸ Toen het *Shell-Van Doorn*-arrest werd gewezen, bestond evenwel al geruime tijd een wetsontwerp voor het huidige art. 6:170 lid 3 BW, namelijk art. 6.3.2.2 lid 3 BW,⁴⁹ waarvan de laatste zin luidt “*uit de omstandigheden van het geval kan, mede gelet op de aard van de betreffende overeenkomst, anders voortvloeien dan in de vorige zin is bepaald.*” In de wetsgeschiedenis is in dit verband expliciet het voorbeeld genoemd “*dat het gaat om een ondergeschikte die als directeur in dienst was van de aangesproken N.V.*”⁵⁰ Dit duidt erop dat de wetgever de bepaling ook van toepassing heeft geacht op de bestuurder (met dien verstande dat de wetgever opmerkte dat regres van de werkgever op de bestuurder ook mogelijk is, zonder dat sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid, hetgeen relevant is voor de interne bestuurdersaansprakelijkheid, zie par. 5.2.2 en par. 5.3.5).

Artt. 6:170-172 BW zijn namelijk uitsluitend van toepassing indien de werknemer, niet-ondergeschikte of vertegenwoordiger zelf ook aansprakelijk zijn. De opvatting dat lid 3 van art. 6:170 BW naar analogie zou hebben te gelden voor de bestuurder was overigens in weerwil van Van Zeben, Pon & Olthoff 1981, *PG Boek 6 BW*, p. 717 en 728 en *Kamerstukken II* 1975/76, 7729, nr. 6 (MvA), p. 169 waarin juist als voorbeeld werd genoemd om af te wijken van de regresmogelijkheid als bedoeld in art. 6:170 lid 3: “*het geval van een “ondergeschikte die als directeur in dienst was van de aangesproken N.V.”*”

46. Wezeman 2007.

47. HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 244 m.nt. M.M. Mendel (*Shell-Van Doorn*).

48. Slagter 2005, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 321.

49. Na een eerste Ontwerp van Wet uit 1963/1964 (*Kamerstukken II* 1963/64, 7729, nr. 2, p. 22), waarin een voorstel voor het huidige art. 6:170 BW was opgenomen, was de tekst van het bij Gewijzigd Ontwerp van Wet uit 1974/1975 gedane voorstel voor art. 6.3.2.2 BW (*Kamerstukken II* 1975/76, 7729, nr. 8, p. 28) reeds vrijwel gelijklopend als het huidige art. 6:170 BW.

50. Van Zeben, Pon & Olthoff 1981, *PG Boek 6 BW*, p. 728 en *Kamerstukken II* 1975/76, 7729, nr. 6 (MvA), p. 169.

Ten derde kan gesteld worden dat sinds de invoering van art. 6:171 BW en art. 6:172 BW, de bestuurder die niet in dienst is van de rechtspersoon, nog steeds ook kan worden aangemerkt als een niet-ondergeschikte in de zin van art. 6:171 BW of een vertegenwoordiger in de zin van art. 6:172 BW.⁵¹ Het bestuur is op grond van de wet de vertegenwoordiger van de rechtspersoon. Indien de bestuurder niet tevens op grond van een arbeidsovereenkomst is aangesteld als bestuurder, dan is hij dat veelal op basis van een overeenkomst van opdracht.⁵² Wij hebben hiervoor gezien dat zijn relatie met de rechtspersoon voorts kan worden aangemerkt als een rechtsverhouding tot lastgeving. Dit is eveneens een overeenkomst van opdracht (zie par. 5.3.4).⁵³ De art. 6:171-172 BW bevatten echter niet de bescherming van de vertegenwoordiger en opdrachtnemer jegens de vertegenwoordigde respectievelijk opdrachtgever, die art. 6:170 lid 3 BW juist wel bevat voor de werknemer jegens de werkgever (zie par. 5.2.2). Opzet of bewuste roekeloosheid is daar niet relevant. Terwijl geen van de artt. 6:170-172 BW een bescherming jegens de derde bevatten, vermag ik ook om de voorgaande reden niet in te zien waarom een bestuurder, anders dan een werknemer, wel beschermd zou worden tegen rechtstreekse aanspraken van een derde.

Kort en goed, in het systeem van de wet is de bestuurder ten opzichte van de derde aan te merken als een werknemer, niet-ondergeschikte of vertegenwoordiger. De derde kan de werkgever, opdrachtgever of vertegenwoordigde hoofdelijk aanspreken voor een door de bestuurder gepleegde onrechtmatige daad. Deze hoofdelijkheid en de wetsgeschiedenis brengen met zich dat de aansprakelijkheidsmaatstaf die geldt tussen beiden niet terzake doet in de verhouding tot de derde, zodat de eerdergenoemde normatieve convergentie wetsystematisch en wetshistorisch niet goed te rechtvaardigen lijkt. Nu de wetgever de normen voor ‘interne werknemersaansprakelijkheid’ niet gelijk heeft gesteld met de normen voor ‘externe werknemersaansprakelijkheid’, en de werknemer dus niet beschermt tegen aanspraken van derden, is het wetsystematisch logisch aan te nemen dat hetzelfde heeft te gelden voor interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid.⁵⁴

51. Van Schilfgaarde, Winter & Wezeman 2013, *Van de BV en de NV*, nr. 61. Zie ook: Huizink 2016, *GS Rechtspersonen*, art. 2:240 BW, aant. 16.2.

52. Slagter 2005, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 321.

53. Er is in de literatuur overigens gesteld dat voor bestuurders praktisch weinig betekenis zou toekomen aan art. 6:170-172 BW. Zie: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011/333; P.D. Olden in ‘Koester de maatstaf “ernstig verwijt”: beter hebben we niet’, *Ondernemingsrecht* 2015/70, afl. 11, p. 367. Een duidelijke grond voor deze stelling wordt evenwel niet aangevoerd.

54. Zie over het voorgaande ook: Westenbroek 2017a.

10.2.4 *Teleologische analyse van normatieve convergentie in het licht van art. 6:170-172 BW*

Hier past het stil te staan bij de vraag (i) welke gevolgen een aanspraak van een derde op grond van onrechtmatige daad jegens een werknemer of bestuurder heeft voor de rechtsverhouding van deze werknemer en bestuurder ten opzichte van de werkgever respectievelijk rechtspersoon, en (ii) wat er gebeurt als de rechtspersoon faillieert. Dit is met name van belang omdat externe bestuurdersaansprakelijkheid zich in de praktijk vaak zal voordoen in een situatie van faillissement van de rechtspersoon, als gevolg waarvan de derde geen (afdoende) verhaal meer heeft op de rechtspersoon.

Indien een werknemer rechtstreeks wordt aangesproken op grond van art. 6:162 BW in de uitoefening van zijn dienstverband (en de werkgever al dan niet op grond van art. 6:170 BW), zonder dat sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid, kan de werknemer regres halen op de werkgever. De wet bepaalt in art. 6:170 lid 3 BW en art. 7:661 BW namelijk dat hij in de verhouding tot de werkgever alleen aansprakelijk is voor schade van derden indien de werknemer opzet of bewuste roekeloosheid kan worden verweten. Is daar geen sprake van dan kan hij, gelet op het bepaalde in art. 6:10 lid 2 BW, de door hem gedelde schuld verhalen op de werkgever. Indien de werkgever rechtstreeks op grond van art. 6:170 BW wordt aangesproken, wordt zijn mogelijkheid om verhaal op de werknemer te nemen op grond van art. 7:661 BW “sterk beperkt”⁵⁵ doordat de werkgever geen regres kan nemen op de werknemer. Dit is anders indien de werknemer opzet of bewuste roekeloosheid kan worden verweten.

Wat nu als de rechtspersoon op grond van artt. 6:170-6:172 BW wordt aangesproken door de derde, maar daarnaast ook de bestuurder rechtstreeks wordt aangesproken door de derde op grond van art. 6:162 BW. Stel voorts dat de bestuurder heeft gehandeld in de uitoefening van zijn functie, zonder dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling. Ik zou menen dat de bestuurder in dit geval jegens de rechtspersoon een beroep kan doen op (i) de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW, (ii) de norm gesteld in art. 2:9 BW en (iii) de algemene regel van art. 6:10 lid 2 BW. De bestuurder die de schuld delgt, kan in dit geval deze schuld verhalen op de rechtspersoon omdat deze – in de onderlinge verhouding tussen de bestuurder en de rechtspersoon – volledig de rechtspersoon aangaat. Dit is niet anders indien de bestuurder tevens een werknemer is. Art. 2:9 BW derogeert namelijk aan art. 6:170 lid 3 BW (zie par. 5.3.5 hiervoor) en aan art. 7:661 BW. Een logisch gevolg daarvan is echter ook dat de mogelijkheid van regres uitsluitend bestaat wanneer de bestuurder geen onbehoorlijke taakvervulling kan worden verweten. De stelling dat hem weliswaar onbehoorlijke

55. *Kamerstukken II* 1987/88, 17 896, nr. 8 (MvA), p. 27-28.

taakvervulling zou kunnen worden verweten maar geen opzet of bewuste roekeloosheid, zal de bestuurder in dat verband dus niet kunnen baten.

De uit de hoofdelijke aansprakelijkheid voortvloeiende onderlinge regresverhouding, die normaliter wordt bepaald door art. 6:10 BW, wordt dus nader ingevuld door art. 6:170 BW en art. 7:661 BW, respectievelijk art. 2:8 BW en art. 2:9 BW ten gunste van de werknemer en de bestuurder. Het feit dat de werknemer of bestuurder in de uitoefening van zijn functie onrechtmatig heeft gehandeld jegens een derde, hoeft immers niet steeds in te houden dat hem opzet, bewuste roekeloosheid, respectievelijk onbehoorlijk bestuur kan worden verweten. De bestuurder kan in de onderlinge regresverhouding met de rechtspersoon dus nog wel bescherming genieten.

Dat geldt echter niet in de verhouding tussen enerzijds de werknemer, niet-ondergeschikte en/of vertegenwoordiger (zoals een bestuurder) en anderzijds de derde die schade lijdt, zoals wij hiervoor in par. 10.2.2 en 10.2.3 hebben gezien. Dat in de interne regresverhouding tussen de werknemer, niet-ondergeschikte en/of vertegenwoordiger (zoals een bestuurder) enerzijds en de rechtspersoon anderzijds nog bepaald moet worden op wie in welke mate de draagplicht rust (waarbij opzet of bewuste roekeloosheid respectievelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke rol spelen),⁵⁶ maakt dat niet anders.

Een logisch gevolg van (de ratio van) de kwalitatieve aansprakelijkheidsbepalingen is dat wanneer de werkgever respectievelijk de rechtspersoon failleren, althans geen verhaal bieden, de werknemer en de bestuurder die “*in de huidige maatschappij lang niet altijd insolabel*” zijn (zie par. 10.2.2),⁵⁷ daarvan de ‘dupe’ zullen zijn in verhouding tot de derde. Dat is een gevolg van de hoofdelijkheid zoals dat in artt. 6:170-172 BW is bepaald. Zou men voor de aansprakelijkheid van een bestuurder ex art. 6:162 BW, in het streven naar normatieve convergentie, evenwel de zwaardere ernstigverwijtmaatstaf hanteren, dan zou dat ertoe leiden dat de bestuurder in een dergelijk geval beter wordt beschermd dan de werknemer. Vanuit een teleologische analyse zou dat dan te rechtvaardigen moeten zijn omdat de betekenisgeving, die art. 6:162 BW heeft in het kader van de beoordeling van bestuurdersaansprakelijkheid, niet (meer) in overeenstemming zou zijn met de eisen en de behoefte die in het maatschappelijk verkeer worden gesteld voor de toepassing van deze bepaling. Anders gezegd, men zou dan moeten vinden dat een bestuurder beter beschermd dient te worden dan een werknemer.⁵⁸ Ik zie echter geen aanleiding te veronderstellen dat de eisen en de behoefte die in het maatschappelijk verkeer worden gesteld met zich brengen dat een bestuurder een betere bescherming verdient

56. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011/190.

57. Van Zeben, Pon & Olthoff 1981, *PG Boek 6 BW*, p. 717.

58. Dit lijkt Olden 2015 impliciet te betogen wanneer hij ingaat op de positie van de bestuurder ten opzichte van de werknemer.

dan een werknemer, ondergeschikte of vertegenwoordiger (op het in dit verband gevoerde argument van de Hoge Raad in *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop*, kom ik hierna terug in par. 10.4 en par. 10.5).

10.2.5 Analyse in het licht van rechtsverfijning en betekenis art. 6:162 BW

De vraag resteert of met de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in het externe bestuurdersaansprakelijkheidsrecht gesproken kan worden van rechtsverfijning. De aanleiding daarvoor zou zijn dat de norm van art. 6:162 BW een betrekkelijk vage term is die invulling behoeft. Laat ik daarbij voorop stellen dat de Hoge Raad met de arresten *Kretzschmar/Mendes de Leon*,⁵⁹ *Van Dullemen/Sala*⁶⁰ en *Beklamel*⁶¹ het recht zonder enige twijfel heeft verfijnd. De Hoge Raad heeft in die arresten de algemene regel van art. 6:162 BW verbijzonderd en concrete gedragsnormen geformuleerd. Daarbij heeft de Hoge Raad relevante feiten en omstandigheden opgesomd, op grond waarvan hij tot zijn beslissing is gekomen en waarin de regel besloten ligt dat wanneer die feiten en omstandigheden zich weer zullen voordoen, eenzelfde beslissing zal volgen. Deze arresten, waarin de Hoge Raad aan rechtsvormende rechtsvinding heeft gedaan, hebben een onmiskenbaar belangrijke precedentwerking gehad in het leerstuk van externe bestuurdersaansprakelijkheid. Om die reden worden de arresten *Van Dullemen/Sala* en *Beklamel* ook genoemd in de arresten *New Holland Belgium/Oosterhof*⁶² en *Ontvanger/Roelofsen*.⁶³

Het arrest *Ontvanger/Roelofsen*, dat anno 2017 nog steeds geldt als het standaardarrest voor externe bestuurdersaansprakelijkheid, is in feite niet meer dan een samenvatting⁶⁴ van de bovengenoemde rechtsverfijnende arresten. De Hoge Raad heeft in dat laatste arrest de feiten en omstandigheden, die in de eerdere arresten relevant werden geacht om externe bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW vast te stellen, alleen maar de kwalificatie ‘ernstig verwijt’ gegeven. Is het recht hiermee verfijnd? Ik zou menen van niet. Het citaat van Assink uit 2010, dat ik in par. 5.6 aanhaalde, is hier evengoed van toepassing.⁶⁵

“Dit begrip, dat sinds 1997 aan een gestage opmars bezig is in het Nederlandse ondernemingsrecht en door de Hoge Raad vereist wordt voor het aannemen van persoonlijke aansprakelijkheid, is notoir onduidelijk. Ik onderken in dit verband ten minste drie knelpunten die aandacht behoeven.”

59. HR 25 november 1927, *NJ* 1928, 364 m.nt. Scholten (*Kretzschmar/Mendes de Leon*).

60. HR 31 januari 1958, *NJ* 1958, 251 (*Van Dullemen/Sala*).

61. HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Beklamel*).

62. HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 295 m.nt. J.M.M. Maeijer (*New Holland Belgium/Oosterhof*).

63. HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*), r.o. 3.5.

64. Timmerman 2009c, p. 33.

65. Assink 2010, par. 55 e.v.

Hij schreef vervolgens:

“Een eerste knelpunt is dat de anatomie van het begrip ‘ernstig verwijt’, veertien jaar na introductie, nog steeds vrijwel geheel in nevelen is gehuld. De praktijk weet simpelweg niet precies wat het is, hoe het mechaniek werkt. Gedacht kan bijvoorbeeld worden (i) aan een gekwalificeerde normschen-ding, (ii) aan een gekwalificeerde mate van schuld, (iii) aan beide, in de zin van een geïntegreerde benadering of (iv) aan (toerekenbare) schending van een gedragsnorm met een zeker gewicht, dus alleen aan schending van bepaalde normen. Denkbaar is ook (v) dat het begrip op verschillende manieren kan functioneren, soms op de ene wijze en dan weer op de andere; in deze benadering kan het mechaniek morphen, telkens een wisselende gedaante aannemen. Vragen, vragen, vragen; de literatuur is overvloedig en de Hoge Raad geeft het antwoord niet. Duidelijk is eigenlijk alleen dat ‘ernstig verwijt’ een objectief begrip is (geen subjectieve kwade trouw vereist), dat beoogt het aansprakelijkheidsrisico van de bestuurder enigszins te beperken. Dit laatste is wel belangrijk, maar als oogst vrij mager.”

Tussen 2002 en 2005 (dus ná *New Holland Belgium/Oosterhof*,⁶⁶ maar vóór *Ontvanger/Roelofsen*) heeft de Hoge Raad de hiervoor in par. 9.3.3, 9.3.4 en 9.3.5 behandelde drie rechtsverfijnende arresten *Textile Company APS/Steins*, *Pontecceen/Van Straten* en *Ontvanger/S*⁶⁷ gewezen. De ernstigverwijtmaatstaf kwam hier niet aan te pas en terecht stond de vraag centraal of de bestuurder *persoonlijk* betrokken was bij de normschennende gedragingen van de vennootschap. In de laatste zaak constateerde de Hoge Raad mijns inziens nog terecht dat de ‘juiste maatstaf’ om te beoordelen of een bestuurder persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt, is of de bestuurder heeft gehandeld in strijd met hetgeen in de gegeven omstandigheden krachtens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Nog vollediger zou zijn om te stellen dat de ‘juiste maatstaf’ om te beoordelen of een bestuurder persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt, is of hij persoonlijk inbreuk heeft gemaakt op een recht dan wel heeft gehandeld of nagelaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De vraag of een bestuurder een ernstig verwijt treft, is juist abstracter

66. HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 295 m.nt. J.M.M. Maeijer (*New Holland Belgium/Oosterhof*), r.o. 3.4.1.

67. HR 18 januari 2002, *NJ* 2002, 96 (*Textile Company APS/Steins*), r.o. 3.4.2 en r.o. 3.13 van de conclusie van A-G Spier; HR 23 januari 2004, *NJ* 2005, 510 en *Ondernemingsrecht* 2004/81 m.nt. P. Van Uchelen (*Pontecceen/Van Straten*), r.o. 4.9; HR 30 september 2005, *NJ* 2006, 312 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Ontvanger/S.*), r.o. 3.4.3.

(en niet concreter) dan deze in art. 6:162 BW geformuleerde maatstaf. De ernstigverwijtmaatstaf leidt in dit verband in een aantal gevallen ook tot bizarre rechtspraak. Dit blijkt uit het arrest van de Hoge Raad van 10 oktober 2014 (*Pommé*) waarin de Hoge Raad overwoog:⁶⁸

“4.5.3. Nu het hof in rov. 4.3.2 kennelijk ervan is uitgegaan dat de onrechtmatige daad is gepleegd door Pommé bij zijn taakvervulling als bestuurder van Kameleon, had het hof de vraag moeten beantwoorden of Pommé ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt (vgl. HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628 (Hezemans/Van der Meer), onder 3.5.4). Het onderdeel klaagt terecht dat het hof niet heeft vastgesteld of sprake is van een zodanig ernstig verwijt.

4.5.4. Niettemin kan het onderdeel niet tot cassatie leiden. De door het hof in rov. 4.2.5 genoemde omstandigheden waarop het zijn in rov. 4.2.8 gegeven oordeel baseert, komen erop neer dat Pommé niet alleen in privé (met betrekking tot het huis te Voerendaal), maar ook in hoedanigheid van bestuurder van Kameleon (met betrekking tot het studentenhuus) doelbewust met Hahnraaths heeft samengespannen om een gedeelte van de overeengekomen koopprijzen aan het zicht van crediteuren van Hahnraaths te onttrekken. Dit laat geen andere conclusie toe dan dat Pommé persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt van de door Kameleon gepleegde onrechtmatige daad.”

In deze zaak had het hof vastgesteld dat de bestuurder doelbewust had “samengespannen” om vermogen aan het zicht van crediteuren te onttrekken, en werd geoordeeld dat de bestuurder onrechtmatig had gehandeld. Het hof had echter nagelaten te overwegen dat de bestuurder een ernstig verwijt trof. De Hoge Raad stelde in cassatie alsnog vast dat dit samenspannen geen andere conclusie toelaat dan dat de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt treft, en kwam vanzelfsprekend tot dezelfde conclusie als het hof. Maar die conclusie had naar mijn mening gewoon gebaseerd kunnen worden op de eenvoudige vaststelling dat dergelijke gedragingen een onrechtmatige daad van de bestuurder zelf vormen.⁶⁹ Daar is geen ernstigverwijtmaatstaf voor nodig. Het laat

68. HR 10 oktober 2014, *JOR* 2014/297 (*Pommé*).

69. A-G Wissink meende overigens dat het cassatieberoep afgewezen diende te worden omdat de bestuurder kennelijk werd aangesproken op grond van een persoonlijk op hem rustende zorgvuldigheidsplicht als bedoeld in het arrest *Spaanse Villa*, zodat de ernstigverwijtmaatstaf niet vereist was. Zie r.o. 3.30.3. Het verschil van inzicht tussen de Hoge Raad en de A-G in deze betrekkelijk eenvoudige kwestie laat mijns inziens zien dat het onderscheid tussen bestuurdersaansprakelijkheid en schending van een persoonlijke zorgvuldigheidsverplichting kunstmatig is (zie par. 10.3 hierna).

bovendien zien dat de ernstigverwijtmaatstaf niet als een rechtsverfijning kan worden aangemerkt. In de zaak *Kok/Maas q.q.* gebeurde in feite hetzelfde.⁷⁰

“3.3.6. In het hiervoor in 3.2.2 weergegeven oordeel dat Kok aansprakelijk is uit onrechtmatige daad (rov. 18) heeft het hof de in rov. 14 en 15 vermelde feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, (...). Aldus ligt in het bestreden oordeel besloten dat Kok (...) persoonlijk een ernstig verwijt valt te maken. Derhalve geeft het door de klacht bestreden oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.”

In deze zaak had het hof vastgesteld dat de bestuurder aansprakelijk is uit hoofde van onrechtmatige daad. Het hof had echter nagelaten te overwegen dat de bestuurder een ernstig verwijt trof. De Hoge Raad stelde in cassatie alsnog vast dat in het bestreden oordeel besloten ligt dat de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt valt te maken. Die vaststelling is naar mijn mening echter helemaal niet meer nodig als men reeds heeft vastgesteld dat de bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld. De ernstigverwijtmaatstaf is in deze optiek niet een rechtsverfijning, maar is eerder als rechtscomplicerend⁷¹ aan te merken.

10.2.6 Analyse in het licht van rechtsverfijning en systematisch toetsingsmodel – RCI/Kastrop

In de literatuur is betoogd dat de Hoge Raad in *Ontvanger/Roelofsen* een zogenoemd ‘systematisch toetsingsmodel’⁷² heeft voorgeschreven aan de hand waarvan externe bestuurdersaansprakelijkheid dient te worden getoetst. Dit toetsingsmodel stelt allereerst de vraag of een schuldeiser van de rechtspersoon is benadeeld door het onbetaald blijven van diens vordering op de rechtspersoon. Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of er grond bestaat voor aansprakelijkheid van de bestuurder, omdat deze in verband met die benadeling (i) namens de rechtspersoon heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de rechtspersoon zijn wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. De vraag of die grond bestaat, dient voor het onder (i) respectievelijk (ii) genoemde geval, blijkens de verwijzing in *Ontvanger/Roelofsen* naar het arrest *New Holland Belgium/Oosterhof*,⁷³ te worden beantwoord aan de

70. HR 23 mei 2014, *JOR* 2014/229 m.nt. J. Van Bakkum (*Kok/Maas q.q.*), r.o. 3.3.6.

71. Vgl. Huizink 2013.

72. Vgl. Olden 2015. Timmerman 2009b, p. 481 sprak in dit verband van een beslissingsregel die aanduidt hoe de rechter tot zijn beslissing dient te komen.

73. HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 295 m.nt. J.M.M. Maeijer (*New Holland Belgium/Oosterhof*), r.o. 3.4.1.

hand van criteria die in eerdere jurisprudentie zijn ontwikkeld, namelijk de arresten *Beklamel*⁷⁴ en *Van Dullemen/Sala*.⁷⁵ In beide gevallen mag volgens de Hoge Raad in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.

De vraag is of dit toetsingsmodel als een rechtsverfijning kan worden aangemerkt. Ik meen dat dit niet het geval is. Toepassing van het toetsingsmodel staat rechtsverfijning juist in de weg. Het toetsingsmodel, zo is in de praktijk gebleken, wekt namelijk de suggestie dat slechts twee stereotype gevallen bestaan op grond waarvan art. 6:162 BW betekenis heeft in de relatie tussen een bestuurder die handelt namens een rechtspersoon en een derde die door toedoen van die bestuurder met die rechtspersoon van doen heeft gehad. Daarmee is het toetsingsmodel te gesloten om recht te doen aan het casuïstische karakter van de onrechtmatige daad. Ik refereer in dit verband aan wat Assink opmerkte in het kader van aandeelhoudersaansprakelijkheid, namelijk dat: “gelet op de sterk contextuele aard van de analyse (...) het minder in de rede [ligt] om deze analyse een al te rigide geschematiseerd karakter (zoals een ‘stap-penplan’) te geven”⁷⁶ (zie hierna par. 10.3). Dat is toch niet anders bij bestuurdersaansprakelijkheid?

Dit blijkt bijvoorbeeld uit het hiervoor in par. 9.4.3 besproken arrest *RCI/Kastrop*.⁷⁷ In deze zaak had een bestuurder een financier voorgehouden dat deze een eerste pandrecht had verkregen, terwijl dat niet zo was. Aangenomen mocht worden dat de bestuurder dat wist. Toen de vennootschap failliet ging, bleek het pandrecht waardeloos. De rechtbank, het hof en de Hoge Raad overwogen echter dat de bestuurder niet onrechtmatig had gehandeld, omdat de schade op het moment van het verstrekken van het pandrecht niet voorzienbaar was. Zij kwamen tot dit oordeel door binnen voormeld ‘systematisch toetsingsmodel’ te toetsen of het handelen van de bestuurder was aan te merken als een schending van één van de twee in *Ontvanger/Roelofsen* omschreven (doch al veel langer geleden geconcretiseerde) normen over externe bestuurdersaansprakelijkheid, in dit geval de *Beklamel*-norm. Zij kwamen tot de conclusie dat de feiten in *RCI/Kastrop* niet leidden tot een schending van de *Beklamel*-norm:

74. HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Beklamel*).

75. HR 31 januari 1958, *NJ* 1958, 251 (*Van Dullemen/Sala*) en HR 3 april 1992, *NJ* 1992, 411 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Van Waning/Van der Vliet*).

76. Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 2261.

77. HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 22 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2014/325 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*RCI/Kastrop*).

“In de kern houdt dit zogenoemde ‘Beklamelcriterium’ de eis in dat de bestuurder bij het aangaan van de verbintenis wist of behoorde te begrijpen dat de schuldeiser van de vennootschap als gevolg van zijn handelen schade zou lijden.(...) De enkele omstandigheid dat de schuldeiser, anders dan was overeengekomen, geen eerste maar een tweede pandrecht heeft verkregen, brengt evenwel nog niet mee dat hij dientengevolge schade lijdt.”⁷⁸

De bestuurder werd niet aansprakelijk geacht. Ik vraag me af of dit een wenselijke uitkomst is en ben het met Van Veen eens dat hier sprake is van een nogal ongenueanceerd resultaat.⁷⁹ Dat de bestuurder in het arrest *RCI/Kastrop* persoonlijk een zorgvuldigheidsnorm jegens de derde had geschonden, is mijns inziens moeilijk te ontkennen. Als de Hoge Raad de gewone regels van onrechtmatige daad had toegepast, dan lijkt mij aannemelijk dat de Hoge Raad tot de conclusie zou zijn gekomen dat de bestuurder maatschappelijk onbetamelijk had gehandeld. Iemand misleiden over de rangorde van een zekerheidsrecht kan, blijkens de wetsgeschiedenis van art. 3:237 BW, nota bene een strafbaar feit opleveren.⁸⁰ Karapetian stelde in verband met het *RCI/Kastrop*-arrest dan ook de retorische vraag:

“Hoort echter handelen dat strafbaar kwalificeert en strafwaardig is, niet uit de aard der zaak ook maatschappelijk onzorgvuldig te zijn? Nu levert strafbaar handelen volgens de systematiek van art. 6:162 BW altijd een onrechtmatigheid op, omdat gehandeld is in strijd met een wettelijke plicht, maar ik meen dat ook afgezien daarvan hierbij de maatschappelijke zorgvuldigheid in het geding is.”⁸¹

Zij merkte voorts op dat niet elke schending van de vereiste maatschappelijke zorgvuldigheid kan worden benaderd vanuit het kader van *Ontvanger/Roelofsen*, omdat dat kader uitsluitend ziet op situaties waarin door het schenden van de *Beklamel*-norm of door het bewerkstelligen van wanprestatie van de vennootschap de schuldeiser met een onverhaalbare vordering achterblijft (de *nakomingsfrustratie*-norm, zie par. 9.2.2). Een verzwijging daar waar gesproken had moeten worden en het doen van onjuiste mededelingen kunnen moeilijk, zonder enige vorm van gekunsteld redeneren, in een van die categorieën worden ingepast. Dit terwijl ook die gedragingen (handelen en nalaten) in

78. R.o. 4.3-4.4.

79. Van Veen 2016, par. 3.4.

80. *Kamerstukken II* 1970/71, 3770, nr. 5 (MvA), p. 254. Zie ook: Reehuis, Slob & Van Zeven 1990, *PG Boek 3 BW*, p. 749 en de verwijzing naar art. 326 Sr. (oplichting). Zie ook: J.H.L. Beckers, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid en het vestigen van een ‘tweederangs’ pandrecht’, *Bb* 2015/6.

81. Karapetian 2015b, par. 4.

zichzelf in strijd kunnen zijn met de maatschappelijke zorgvuldigheid die de bestuurder jegens de betrokken derde in acht moet nemen.⁸²

Nu is het natuurlijk altijd gevaarlijk een arrest te bekritisieren, niet wetende hoe de procedure door de betrokken partijen is gevoerd en welke stellingen partijen exact hebben ingenomen. Het is daarom goed het arrest van de Hoge Raad nader te beschouwen. De Hoge Raad overwoog onder meer als volgt:

“3.2. Voor zover in cassatie van belang gaat het in dit geding om het volgende. RCI stelt dat Kastrop jegens haar onzorgvuldig heeft gehandeld door namens de Kastrop-vennootschappen verplichtingen tot verlening van eerste pandrechten aan te gaan terwijl hij wist of behoorde te begrijpen dat de Kastrop-vennootschappen daaraan niet of niet binnen een redelijke termijn zouden kunnen voldoen en geen verhaal zouden bieden voor de voorzienbare schade die RCI dientengevolge zou lijden. RCI vordert in dit verband een bedrag van € 1.907.611,30 in hoofdsom. Kastrop heeft onder meer het verweer gevoerd dat hij ervan mocht uitgaan dat de door de bank verkregen pandrechten geen betrekking hadden op door derden gefinancierde auto's. De rechtbank heeft dit verweer gehonoreerd en de vordering van RCI afgewezen.

3.3. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Daartoe heeft het voor zover van belang het volgende overwogen.

RCI baseert haar vordering erop – kort gezegd – dat de Kastrop-vennootschappen RCI een pandrecht eerste in rang hadden moeten verstrekken maar dat een pandrecht van lagere rang is verstrekt. De vraag waarom het in deze zaak draait is of dit verwijt persoonlijke aansprakelijkheid van Kastrop meebrengt. In deze zaak moeten twee verbintenissen worden onderscheiden. In de eerste plaats de verbintenis waarbij de Kastrop-vennootschappen zich jegens RCI hebben verbonden tot het verlenen aan laatstgenoemde van een pandrecht eerste in rang. In de tweede plaats de daarmee te securiseren verbintenis op grond waarvan de Kastrop-vennootschappen gehouden waren het hen door RCI verleende krediet terug te betalen. (rov. 10)

Het nadeel voor RCI bestaat er in dat als gevolg van het gewraakte handelen (het aangaan van de verbintenis tot vestiging van een eerste pandrecht) een andere verbintenis (die tot terugbetaling van het krediet) niet werd nageleefd. Van dat handelen treft Kastrop een ernstig verwijt als hij wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de Kastrop-vennootschappen tot gevolg zou hebben dat deze hun verplichtingen niet zouden nakomen en ook geen

82. Karapetian 2015b, par 4.

verhaal zouden bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Het komt er dus op aan of Kastrop bij het namens de vennootschappen aangaan van de verplichting tot het verlenen van een pandrecht dat eerste in rang was heeft voorzien of heeft behoren te voorzien dat de Kastrop-vennootschappen hun verplichting tot terugbetaling niet zouden nakomen en dat verhaal van de daaruit voortvloeiende schade niet mogelijk zou zijn. (rov. 12 en 13)

In de onderbouwing van haar grondslag lijkt RCI te steunen op de omstandigheid dat Kastrop door het aangaan van de verplichting tot verlening van een eerste pandrecht onrechtmatig heeft gehandeld. Het hof zal deze grondslag welwillend lezen en ervan uitgaan dat daarmee is bedoeld dat Kastrop namens de door hem bestuurde vennootschappen een verplichting is aangegaan waarvan hij van meet af aan wist, dan wel behoorde te weten dat die vennootschappen geen eerste pandrecht zouden (kunnen) verlenen. Zelfs indien dit zou komen vast te staan, geldt het volgende. Zoals gezegd onder 13 is sprake van een cumulatief vereiste. RCI heeft echter geen feiten en omstandigheden gesteld waaruit volgt dat voor Kastrop, op het moment dat hij namens de door hem bestuurde vennootschappen op 6 januari 2005 de verplichting aanging tot het verlenen van een pandrecht dat “eerste in rang is”, voorzienbaar was dan wel behoorde te zijn dat die vennootschappen geen verhaal zouden bieden voor de schade van RCI. (rov. 14 en 15)

(...)

4. Beoordeling van het middel in het principale beroep

4.1. Onderdeel 1 van het middel klaagt dat het hof de grondslag van de vordering van RCI heeft miskend. Volgens het onderdeel gaat het in deze zaak niet om de benadeling van RCI wegens niet aflossen van het verleende krediet, maar om haar benadeling doordat haar geen eerste pandrechten zijn verleend. RCI heeft aan haar vordering ten grondslag gelegd dat Kastrop wist of behoorde te weten dat aan RCI geen eerste pandrecht kon worden verleend. Onderdeel 2 voert onder meer aan dat het antwoord op de vraag of de bestuurder een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt steeds afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval en dat het misleiden van een financier omtrent diens verhaalspositie een voldoende ernstig persoonlijk verwijt kan opleveren. Onderdeel 3 verwijt het hof een onjuiste dan wel onbegrijpelijke invulling van de stelplicht van RCI. Onderdeel 4 bevat een voortbouwende klacht.” (onderstreeping toegevoegd)

Uit het procesverloop, zoals blijkt uit het arrest van de Hoge Raad, volgt dat de derde uitdrukkelijk de stelling had ingenomen dat de bestuurder onrechtmatig had gehandeld door hem verkeerd te informeren over het (niet) kunnen verlenen van een eerste recht van pand (zie r.o. 3.2). De vordering van de derde was (vanzelfsprekend) gebaseerd op de wettelijke norm van art. 6:162 BW, en de door de derde in dat verband aangedragen feiten spraken voor zich. Uit het feitenrelaas blijkt dat de derde meende schade te hebben geleden omdat zijn vordering achteraf gezien niet was verzekerd tegen het risico dat de door hem verstrekte financiering niet zou worden terugbetaald. Het is juist dit risico waartegen een pandrecht, waar de derde op vertrouwde (en waarin hij was misleid), bescherming beoogt te bieden. De voorzienbare schade, die ontstaat door het geven van een verkeerde voorstelling van zaken, is daarmee gelijk aan de schade die de derde lijdt bij de verwezenlijking van het risico. Dat wist en behoorde de bestuurder te begrijpen bij het verkrijgen van de financiering. Het feit dat op dat moment niet zeker was dat het risico zou intreden, doet niet terzake. Daarvoor zijn partijen juist het recht van eerste pand overeengekomen: om het risico van die onzekerheid af te dekken. Dat de bestuurder persoonlijk onzorgvuldig had gehandeld jegens de derde, door hem in de waan te laten dat de derde een recht van eerste pand zou krijgen, staat volgens mij bepaald niet ter discussie. De bestuurder heeft de derde daarover een “*geheel scheeve voorstelling*”⁸³ van zaken gegeven. Of de bestuurder dat bewust heeft gedaan of niet, is overigens niet relevant, gelet op het feit dat de voor hem geldende maatstaf, zijnde “*het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult*” vanzelfsprekend ook betekenis heeft in de externe betrekkingen die de bestuurder namens de rechtspersoon onderhoudt met derden (zie par. 10.8).⁸⁴

Het hof had er kennelijk moeite mee de grondslag van de vordering van de derde te plaatsen in het licht van het door de Hoge Raad in *Ontvanger/Roelofsen* voorgeschreven (gesloten) ‘systematisch toetsingsmodel’.⁸⁵ Het hof overwoog daarom dat hij de door de derde aangevoerde grondslag van aansprakelijkheid ‘welwillend’ zal lezen en herformuleerde de grondslag, zodat deze wel past in dit toetsingsmodel en het daarin opgenomen *Beklamel*-criterium. Het hof wees

83. Vgl. HR 25 november 1927, *NJ* 1928, 364 m.nt. Scholten (*Kretzschmar/Mendes de Leon*).

84. Dit blijkt ook uit de door HR 23 januari 2004, *NJ* 2005, 510 en *Ondernemingsrecht* 2004/81 m.nt. P. Van Uchelen (*Pontecoen/Van Straten*) in stand gelaten overweging van de rechtbank in deze zaak (zie r.o. 7.6 van het arrest van de Hoge Raad) zoals hiervoor in par. 9.3.4 geciteerd.

85. Ik bedoel hiermee het toetsingsmodel van HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*) dat in feite slechts twee varianten omschrijft van bestuurdersaansprakelijkheid en daarmee te gesloten is om goed te kunnen worden toegepast op de complexe casuïstiek die zich in bestuurdersaansprakelijkheidszaken kan voordoen.

de vordering vervolgens af omdat niet aan alle vereisten van het *Beklamel*-criterium was voldaan. De derde klaagde hier uitdrukkelijk over in cassatie, maar ook de Hoge Raad hield zich vast aan de wijze waarop de vordering werd getoetst.

Het hof en de Hoge Raad zijn in *RCI/Kastrop* mijns inziens voorbij gegaan aan het feit dat de rechter de verantwoordelijkheid heeft de aan hem voorliggende feiten en de in dat verband ingenomen stellingen te toetsen aan het recht, en zo nodig over te gaan tot verdere rechtsverfijning door rechtsvormende rechtsvinding (zie par. 2.3.3). Voor zover eerder in de rechtspraak tot stand gekomen rechtsverfijnende regels bestaan (zoals de *nakomingsfrustratie*-norm en de *Beklamel*-norm die zijn samengevat in het bedoelde ‘systematisch toetsingsmodel’), dient de rechter die toe te passen, tenzij er andere relevante omstandigheden bijkomen die in de eerste zaak ontbraken.⁸⁶ Dat hebben het hof en de Hoge Raad hier naar mijn mening uit het oog verloren. De derde deed blijken de bewoordingen van het arrest een beroep op art. 6:162 BW en niet op de *nakomingsfrustratie*-norm of de *Beklamel*-norm. Het hof en de Hoge Raad hadden de feiten derhalve aan de algemene gedragsnorm van art. 6:162 BW moeten toetsen. Overigens, zelfs al zou een procespartij in een externe bestuurdersaansprakelijkheidszaak aansluiting zoeken bij het toetsingsmodel van *Ontvanger/Roelofsen*, dan betekent dat niet dat de feiten en stellingen die hij naar voren brengt ook door de rechter uitsluitend binnen dat toetsingsmodel moeten worden getoetst. Uit art. 25 Rv volgt dat de rechter de *wettelijke verplichting* heeft ambtshalve rechtsgronden aan te vullen. Uit art. 25 Rv volgt voorts dat de rechter, onafhankelijk van hetgeen partijen daaromtrent hebben aangevoerd, dient na te gaan of, en zo ja, op basis van welke juridische grondslag (i.e. de rechtsregels) de ten processe vastgestelde feiten de vordering kunnen dragen. Dit geldt ook indien partijen zelf deze rechtsregels niet, of de verkeerde rechtsregels naar voren hebben gebracht.⁸⁷ Gelet op het gewicht dat *Ontvanger/Roelofsen* in de literatuur en jurisprudentie heeft gekregen, zou het overigens bijna gek zijn als een procespartij daar in een externe bestuurdersaansprakelijkheidszaak niet naar verwijst. Dat neemt echter niet weg dat de grondslag van zijn vordering steeds zal zijn gebaseerd op art. 6:162 BW. De rechter zal aan die grondslag moeten toetsen.

De samenvoeging van de normen uit *Beklamel* en *Van Dullemen/Sala* in een ‘gesloten toetsingsmodel’, zoals dat sinds *Ontvanger/Roelofsen* bestaat en zoals dat nadien is onderbouwd, leidt blijkens *RCI/Kastrop* tot het gevaar dat uit het oog wordt verloren dat de vraag of een bestuurder persoonlijk aansprakelijk is

86. Drion 1973, p. 53 en 54.

87. HR 15 mei 1998, *NJ* 1998, 625 (*Van Rooij/Erven Van der Sluijs*).

jegens een derde, nog immer afhankelijk is van de vraag of hij persoonlijk onrechtmatig heeft gehandeld jegens een derde. Oftewel, heeft hij persoonlijk een zorgvuldigheidsnorm jegens de derde geschonden? Die vraag, die los moet kunnen worden gezien van de vraag of een derde is benadeeld door het onbetaald blijven van een vordering op de rechtspersoon, is dusdanig casuïstisch dat deze zich niet steeds laat beantwoorden door het bestaande gesloten toetsingsmodel.

Toepassing van dit toetsingsmodel, met daarin de ernstigverwijtmaatstaf als ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’ centraal, leidt tot het ongewenste effect dat derden terughoudend kunnen worden om met de rechtspersoon te willen handelen. Tuil betoogt in dit verband terecht dat het arrest *RCI/Kastrop* voor een financier, die overweegt aan de vennootschap krediet te verschaffen, tot ongewenste resultaten leidt. Het ligt volgens hem voor de hand dat financiers naar aanleiding van dit arrest in de toekomst eerder zullen bedingen dat de bestuurder naast de vennootschap instaat voor de juistheid van de door de vennootschap verstrekte informatie en dat de bestuurder zich naast de vennootschap hoofdelijk medeschuldenaar of als borg stelt.⁸⁸ Dit ondermijnt vanzelfsprekend de ratio achter rechtspersoonlijkheid. Namelijk dat het wenselijk is dat rechtspersonen als door de wetgever gecreëerde (abstracte) rechts-subjecten zelfstandig aan het maatschappelijk (economisch) verkeer kunnen deelnemen (zie par. 10.8), zonder dat de betrokkenen daarbij steeds persoonlijk verplichtingen moeten aangaan.

10.3 Wetsystematische analyse van het verschil tussen een ‘gewone’ onrechtmatige daad en bestuurdersaansprakelijkheid

In *Spaanse Villa*⁸⁹ (zie par. 9.4.2) achtte de Hoge Raad een bestuurder aansprakelijk wegens het handelen in strijd met een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting, die niet een tekortschietende of onbehoorlijke taakuitoefening als bestuurder betrof. Het zou gaan om een daarvan losstaande zorgvuldigheidsnorm, waarvoor de gewone regels van onrechtmatige daad golden en waarvoor niet vereist was dat de bestuurder een ernstig verwijt van zijn handelen kon worden gemaakt.

Omdat men vanaf 2006 tevreden was met de uniforme ernstigverwijtmaatstaf die in *Ontvanger/Roelofsen* werd geïntroduceerd, werd *Spaanse Villa* in de literatuur niet warm ontvangen. Volgens velen zou het arrest afbreuk doen

88. Zie Tuil 2015, p. 66.

89. HR 23 november 2012, *NJ* 2013, 302 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2013/40 m.nt. W.J.M. van Andel en K. Rutten (*Spaanse Villa*).

aan de verzwaarde drempel die zou moeten gelden voor aansprakelijkheid van bestuurders. Dit leidde tot de nodige commotie.⁹⁰ Ter onderbouwing van de stelling dat *Spaanse Villa* geen afbreuk had gedaan aan de inmiddels als ‘standaard’ te bestempelen jurisprudentie gebaseerd op *Ontvanger/Roelofsen*, werd daarom in de literatuur betoogd dat de aan de betrokken gedaagde verweten gedragingen niet in verband stonden met zijn taakvervulling als bestuurder, maar wel met zijn taakvervulling als deskundige ter zake Spaans vastgoed. Het zou hier gaan om een op de bestuurder *persoonlijk* (namelijk in zijn hoedanigheid van deskundige) rustende zorgvuldigheidsnorm die zou zijn geschonden. Het zou gaan om een soort ‘beroepsaansprakelijkheid’, die volledig losstaat van het feit dat de betrokken persoon tevens bestuurder was van de vennootschap. Daarom was het een ‘gewone onrechtmatige daad’, waarvoor het vereiste van een ernstig verwijt niet geldt en waarvoor de (in de woorden van de Hoge Raad) ‘gewone regels van onrechtmatige daad’ gelden.⁹¹ Deze redenering past ook in de relativisering van Willems, te weten dat *Spaanse Villa* in het geheel geen afbreuk had gedaan aan de verzwaarde drempel. Het arrest zou een gevolg zijn van het feit dat de procedure nu eenmaal ‘als een commune onrechtmatige daadprocedure tegen een natuurlijk persoon was opgezet’ en dat er ‘over bestuurdersaansprakelijkheid niet is gedebatteerd’. Dat zo zijnde had de Hoge Raad, aldus Willems, niet meer gedaan dan de steller van de cassatiemiddelen voorhouden hetgeen allang bekend was: of een persoon een onrechtmatige daad pleegt, hangt af van de vraag of aan de eisen van art. 6:162 BW wordt voldaan.⁹²

Ook bij bestuurdersaansprakelijkheid had de Hoge Raad in *Spaanse Villa*, om in de woorden van Willems te spreken, de steller van de cassatiemiddelen echter moeten voorhouden dat het antwoord op de vraag of een persoon een onrechtmatige daad heeft gepleegd, afhangt van de vraag of aan de eisen van art. 6:162 BW is voldaan. De wettelijke grondslag voor externe bestuurdersaansprakelijkheid is namelijk een gewone onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW en externe bestuurdersaansprakelijkheid ontstaat uitsluitend indien een bestuurder een *persoonlijk* op hem rustende zorgvuldigheidsverplichting heeft geschonden (vgl. de *Beklamel*-norm en de *nakomingsfrustratie*-norm, zie par. 9.2.2).⁹³ Eerst dan heeft hij een *gewone* onrechtmatige daad gepleegd. Anders gezegd, er bestaat geen verschil tussen enerzijds een ‘commune onrechtmatige

90. Het arrest wordt onder meer besproken door Stolp 2013; Kroeze 2013; Van Wechem 2013; De Kluiver 2013, onder punt 8; Timmerman 2013, p. 247, voetnoot 12; Verstijlen 2013; Sinninghe Damsté 2013; Raaijmakers 2013; Olden 2013a; De Meij 2013; Huizink 2013; Olden 2013b; Willems 2013; Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 1099 e.v. en p. 2841 e.v.

91. Zie bijvoorbeeld: Stolp 2013 en Sinninghe Damsté 2013.

92. Willems 2013, par. 18.

93. Kist & Visser 1929, p. 247 spreken in dit verband van een handeling “in strijd met eigen persoonlijke rechtsplichten.”

daad' en anderzijds een 'niet-commune onrechtmatige daad'. Er bestaat geen bijzondere 'externe bestuurdersaansprakelijkheid-onrechtmatige daad'.

In het in 1991 gewezen arrest van de Hoge Raad *Staat en Van Hilten/M*,⁹⁴ dat weliswaar niet betrof de aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon, maar wel de aansprakelijkheid van een overheidsfunctionaris, kwam dit duidelijk naar voren. In zijn conclusie bij dit arrest merkte A-G Koopmans overigens terecht op dat aangenomen moet worden dat voor de persoonlijke aansprakelijkheid van ambtenaren geen andere regels gelden dan voor de aansprakelijkheid van vertegenwoordigers van rechtspersonen in het algemeen.⁹⁵ In deze zaak werden zowel de Staat als de betrokken officier van justitie persoonlijk tot schadevergoeding aangesproken op grond van onrechtmatige daad wegens een door deze officier van justitie bevolen maatregel ter beperking van de communicatie tussen een preventief gedetineerde en zijn advocaat. Die beperking werd later namelijk in strijd met de wet geoordeeld. De rechtbank wees de vordering toe. De Staat en de officier van justitie gingen in cassatie en stelden dat wanneer een natuurlijk persoon (de officier) handelt in hoedanigheid van orgaan van de rechtspersoon (de Staat), deze natuurlijk persoon slechts dan, naast de Staat, ook persoonlijk aansprakelijk kan zijn indien:

*“[hij] ook persoonlijk een rechtsnorm jegens een benadeelde heeft geschonden. Daarvan is eerst sprake indien [hij] redelijkerwijs niet kon menen zijn plicht te doen, althans [hij] bij afweging van alle betrokken belangen, waaronder begrepen de belangen die hij behoort te behartigen, onder de zich voordoende omstandigheden redelijkerwijs niet tot de betrokken gedraging had kunnen komen, althans indien [hij] lichtvaardig tot de betrokken gedraging is gekomen.”*⁹⁶ (onderstreping toegevoegd)

De Hoge Raad casseerde en overwoog:⁹⁷

“Wanneer een orgaan van de overheid zich bij de uitoefening van de hem als zodanig opgedragen taak onrechtmatig gedraagt door zijn wettelijke bevoegdheden te overschrijden, zal deze gedraging slechts aan hem persoonlijk kunnen worden toegerekend indien zij aan zijn schuld is te wijten, dat wil zeggen: wanneer, gelet op de omstandigheden van het geval, hem persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt. (...) Naar in cassatie mag worden aangenomen, heeft mr. Van Hilten zich tot het geven van dat bevel

94. HR 11 oktober 1991, NJ 1993, 165 m.nt. C.J.H. Brunner en G.J.M. Corstens (*Staat en Van Hilten/M*).

95. Rechtsoverweging 11 van de conclusie van de A-G. Zie ook: Klaassen 2000, p. 15: “Ik zie evenwel geen goede grond om de werkingsfeer van dit arrest te beperken tot organen van de overheid.”

96. Cassatiemiddel 3.2.

97. Rechtsoverweging 3.3 en 3.4.

laten leiden door de in dit geding door de Staat en door hem verdedigde – hiervoor onder 3.2 onjuist bevonden – rechtsopvatting. Gezien de stand van rechtspraak en rechtsliteratuur dienaangaande kan niet worden gezegd dat deze rechtsopvatting ten tijde waarop mr. Van Hilten het gewraakte bevel gaf, zo onaannemelijk was dat hem een verwijt ervan kan worden gemaakt dat hij, uitgaande van die rechtsopvatting, dat bevel heeft gegeven. Ook blijkt niet uit de stukken van het geding dat M. heeft gesteld dat mr. Van Hilten zich niet alleen heeft laten leiden door voormelde – onjuist bevonden – opvatting omtrent zijn bevoegdheden, maar ook door motieven waarvan hem een verwijt zou kunnen worden gemaakt.” (onderstreping toegevoegd)

Het bekende *Beklamel*-arrest⁹⁸ is eveneens een goed voorbeeld van het persoonlijk schenden van een rechtsnorm. Er bestaat dus geen onderscheid tussen externe bestuurdersaansprakelijkheid en de schending van een persoonlijk op de bestuurder rustende zorgvuldigheidsverplichting. Integendeel: het een kan niet zonder het ander.

In de arresten *Hezemans Air*⁹⁹ en *RCI/Kastrop*¹⁰⁰ (zie par. 9.4.3) maakt de Hoge Raad evenwel opnieuw expliciet het onderscheid tussen enerzijds (i) (externe) ‘bestuurdersaansprakelijkheid’, waarvoor ‘hogere eisen dan in het algemeen het geval is’ gelden en waarvoor een ‘verzwaarde maatstaf’ geldt, en anderzijds (ii) het handelen ‘in strijd met een in hoedanigheid van deskundig bemiddelaar rustende zorgvuldigheidsnorm.’ Bij *Spaanse Villa* zou van dit laatste sprake zijn geweest. De uitleg van *Spaanse Villa* in *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop* is naar mijn mening niet heel overtuigend.¹⁰¹ In dat verband moet worden opgemerkt dat de veronderstelde deskundigheid, waar de Hoge Raad op doelde, blijkens de feitenomschrijving in het arrest van het hof in *Spaanse Villa* voornamelijk beweerd werd aanwezig te zijn bij de *vennootschap* en niet bij de bestuurder.¹⁰² Over de deskundigheid van de bestuurders en de in dat verband eventueel geldende beroepsnormen, die zouden bestaan voor de ‘deskundige bemiddelaars’, is voorts niet gedebatteerd in *Spaanse Villa*. Ik kan mij daarnaast niet voorstellen dat de Hoge Raad in *Spaanse Villa* tot een andere conclusie zou zijn gekomen als de betrokken gedaagde (of de vennootschap) helemaal niet als een deskundige ter zake Spaans vastgoed zou zijn aangemerkt. Ook in dat geval

98. HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Beklamel*) dat weer verwijst naar HR 25 november 1927, *NJ* 1928, 364 m.nt. Scholten (*Kretschmar/Mendes de Leon*).

99. HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 21 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2014/296 m.nt. M.J. Kroeze (*Hezemans Air*).

100. HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 22 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2014/325 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*RCI/Kastrop*).

101. De visie van Kroeze in zijn noot bij *Hezemans Air*, te weten dat de Hoge Raad de zorg en onzekerheid die waren ontstaan als gevolg van *Spaanse Villa* heeft weggenomen, deel ik dus niet.

102. Hof 's-Hertogenbosch 12 april 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BY8749 (*Spaanse Villa*): die deskundigheid zou blijken uit een door de *vennootschap* gehanteerde brochure.

had de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder vermoedelijk niet ter discussie gestaan. Ik kan mij om die reden dan ook zeker vinden in de uitkomst van *Spaanse Villa*. Het onderscheid dat de Hoge Raad maakt tussen enerzijds de regels van gewone onrechtmatige daad (het schenden van een persoonlijk op de bestuurder rustende zorgvuldigheidsverplichting) en anderzijds een onrechtmatige daad gepleegd door een bestuurder van een vennootschap (waarvoor de ernstigverwijtmaatstaf zou gelden), lijkt mij daarentegen niet zuiver en wet-systematisch niet passen in art. 6:162 BW.¹⁰³

Verstijlen noemde het door de Hoge Raad in *Spaanse Villa* gemaakte onderscheid dan ook ‘kunstmatig’.¹⁰⁴ Huizink schreef dat hem niet aanstonds duidelijk is wat ‘de gewone regels van de onrechtmatige daad’ precies inhouden en dat bijvoorbeeld een bestuurder die maar raak bestelt, terwijl hij weet dat zijn organisatie niet tot betaling in staat is, persoonlijk onrechtmatig handelt tegenover de gedupeerden met een waardeloze vordering op de vennootschap. Daarvoor, aldus Huizink, is geen secundaire aansprakelijkheid (waarover hierna in par. 10.4 meer) met het bijbehorende normenstelsel nodig. De noodzakelijke

103. Kijkt men naar oudere jurisprudentie en literatuur dan werd dat onderscheid ook niet gemaakt. Zie bijvoorbeeld: Timmerman 1991b, p. 197 die verwijst naar Rb. Groningen 10 november 1989, *M&R* 1990/16 (*Aagrunol*) en Rb. Arnhem 20 september 1990, *M&R* 1991/13 m.nt. P.W.A. Gerritzen-Rode (*Wepewe Metaalwarenfabriek*). In deze zaken werden bestuurders aansprakelijk geacht voor milieuschade veroorzaakt door de door hen bestuurde rechtspersoon (voornoemde uitspraak van de Rb. Groningen werd overigens vernietigd in hoger beroep door Hof Leeuwarden 20 oktober 1993, *NJ* 1994, 516 omdat niet aan het relativiteitsvereiste werd voldaan, zodat niet meer werd toegekomen aan de vraag naar persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder). Timmerman merkt in voornoemde bijdrage op dat de rechtbank in zijn oordeel over bestuurdersaansprakelijkheid in aanmerking nam het feit dat de bestuurder gelet op “zijn specifieke vakkennis” en zijn positie op de hoogte was van de aard en de gevaren van de in de fabriek gebruikte stoffen. Zie ook de eerdergenoemde in par. 9.3.3, 9.3.4 en 9.3.5 behandelde arresten: HR 18 januari 2002, *NJ* 2002, 96 (*Textile Company APS/Steins*), r.o. 3.4.2 en r.o. 3.13 van de conclusie van A-G Spier; HR 23 januari 2004, *NJ* 2005, 510 en *Ondernemingsrecht* 2004/81 m.nt. P. Van Uchelen (*Ponteceen/Van Straten*), r.o. 4.9; HR 30 september 2005, *NJ* 2006, 312 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Ontvanger/S.*), r.o. 3.4.3. In voornoemd arrest *Ponteceen/Van Straten* maakte Van Uchelen in zijn noot overigens wel reeds het onderscheid dat de Hoge Raad later in *Spaanse Villa* maakte. Hij schreef dat de bestuurder van Stratex onrechtmatig had gehandeld jegens Ponteceen wegens strijd met een zorgvuldigheidsnorm en dat ‘bij deze benadering van het onrechtmatig handelen het criterium voor verwijtbaarheid wellicht niet het ‘voldoende ernstig persoonlijk verwijt’ behoefde te zijn (zoals volgens Van Uchelen – zich baserend op onder meer HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 295 m.nt. J.M.M. Maeijer (*New Holland Belgium/Oosterhof*) – voor bestuurdersaansprakelijkheid was vereist) en dat wellicht een minder streng criterium gehanteerd zou kunnen worden. Ik zou evenwel menen dat het *Ponteceen*-arrest normatief gezien niet verschilt met het *Beklamel*-arrest en dat beide arresten typische bestuurdersaansprakelijkheidszaken betreffen.

104. Verstijlen 2013, p. 4.

gevolgtrekking is ook volgens Huizink dat geen onderscheid bestaat tussen een persoonlijk voldoende ernstig verwijt en ‘de gewone regels van de onrechtmatige daad’. Huizink concludeerde verder dat de op grond van de rechtspraak van de Hoge Raad vereiste voldoende ernstige verwijtbaarheid niet anders uitpakt dan de vereiste verwijtbaarheid volgens ‘de gewone regels van de onrechtmatige daad’ en dat de betrokken bestuurders rechtstreeks zelf onrechtmatig handelen, ook volgens ‘de gewone regels van onrechtmatige daad’.¹⁰⁵ Deze conclusie deel ik.

De ernstigverwijtmaatstaf en de daaraan gerelateerde ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’ wordt in de rechtspraak ook niet steeds (maar soms wel) toegepast als het gaat om ‘externe’ aansprakelijkheid van een feitelijk beleidsbepaler/feitelijk bestuurder¹⁰⁶ of een indirect bestuurder¹⁰⁷ op grond van onrechtmatige daad. Dit terwijl deze aansprakelijkheid veelal ook is gebaseerd op normen die gelijk zijn aan, althans vergelijkbaar zijn met, de *Beklamel*-norm en de *nakomingsfrustratie*-norm. Overigens is het wel begrijpelijk dat in rechtspraak over aansprakelijkheid van beleidsbepalers of feitelijk (indirect)

105. Huizink 2013, p. 30.

106. Ter illustratie: In Hof Leeuwarden 21 april 2009, *JIN* 2009/487 m.nt. Van 't Spijker (*SL Holten Products Nederland/Bon Appetit*), r.o. 5 t/m 8 werd geïntimeerde, die niet bestuurder was van de rechtspersoon, aangemerkt als feitelijk bestuurder. Hem werd verweten dat de rechtspersoon een overeenkomst was aangegaan, terwijl bij het aangaan reeds duidelijk was dat deze niet nagekomen kon worden. In feite is dit dus een *Beklamel*-verwijt. Het hof overwoog: “Onder die omstandigheden is [geïntimeerde] op grond van het leerstuk van de onrechtmatige daad aansprakelijk voor de gevolgen van het verzuim van *Bon Appetit*.” De ernstigverwijtmaatstaf werd hier niet gebruikt. In Rb. Amsterdam 18 november 2009, *JOR* 2011/248 (*Maatschappij Wilhelmina/Paap*) r.o. 5.5 t/m 5.5.3 werd een gedaagde, die niet bestuurder was van de rechtspersoon, aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler. Hem werd verweten onder meer dat hij groepsvennootschappen had verkocht en geleverd aan door hem gecontroleerde rechtspersonen, zonder dat daar enige relevante compensatie of zekerheid tegenover stond en hij daarbij dus op geen enkele wijze het belang van deze vennootschappen en haar crediteuren in acht heeft genomen, terwijl dit van hem, ook in zijn hoedanigheid van feitelijk beleidsbepaler, wel mocht worden verwacht. In feite is dit een nakomingsfrustratie-verwijt. De rechtbank concludeerde dat gedaagde: “onrechtmatig, want in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, heeft gehandeld en dat hem dat kan worden toegerekend.” De ernstigverwijtmaatstaf werd ook hier niet gebruikt.

107. Ter illustratie: in HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 270 (*Henkel/JMG*), dat weliswaar dateert van voor HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*), werd de aansprakelijkheid van de feitelijk en indirect bestuurder van de rechtspersoon langs de lat gelegd van de *Beklamel*-norm, zonder dat een ernstigverwijtmaatstaf werd gehanteerd (r.o. 3.2 en 3.5). Ook in HR 17 juni 2005, *JOR* 2005/234 m.nt. S.M. Bartman (*De Berghorst/Maas*) werd de aansprakelijkheid van de feitelijk en indirect bestuurder van de rechtspersoon langs de lat gelegd van de *Beklamel*-norm, zonder dat een ernstigverwijtmaatstaf werd gehanteerd (r.o. 1.1 en 3.2).

bestuurders soms ook wel¹⁰⁸ wordt verwezen naar *Ontvanger/Roelofsen*.¹⁰⁹ Daarin zijn nu eenmaal twee belangrijke verschijningsvormen van een onrechtmatige daad van een bestuurder van een rechtspersoon omschreven die normen bevatten die net zo goed ook op andere betrokkenen van toepassing kunnen zijn, zoals beleidsbepalers of feitelijk (indirect) bestuurders. Van belang is dat het gaat om deze *verschijningsvormen* en niet om de daaraan gekoppelde ernstigverwijtmaatstaf. Die maatstaf voegt namelijk niet iets toe (par. 10.2.1). Centraal staat dat wanneer beleidsbepalers of feitelijk (indirect) bestuurders aansprakelijk worden gehouden op grond van art. 6:162 BW, steeds beoordeeld moet worden of zij persoonlijk een zorgvuldigheidsnorm hebben geschonden jegens de derde. Eigenlijk is het zelfs zo dat de term ‘feitelijk beleidsbepaler/feitelijk bestuurder’ buiten art. 2:138/248 BW in het vennootschapsrecht helemaal geen betekenis heeft.¹¹⁰ De term krijgt in het civiele aansprakelijkheidsrecht van art. 6:162 BW een betekenis omdat een natuurlijk persoon zonder formele functie geacht wordt dusdanige zeggenschap en macht te hebben gehad in (de feitelijk leiding van) de rechtspersoon, waardoor hij zich de belangen van derden had moeten aantrekken op een gelijke wijze als een bestuurder dat per definitie dient te doen (ook de beleidsbepaler kan dus een *Beklamel*-norm of *nakomingsfrustratie*-norm schenden). De term wordt als het ware functioneel omdat daarmee kan worden toegelicht waarom op deze persoon een zorgvuldigheidsverplichting rustte die geschonden is. Net zoals het geval is bij de toepassing van art. 2:138/248 lid 7 BW,¹¹¹ kan daarvan naar mijn mening ook sprake zijn indien de niet-bestuurder niet zozeer continu het beleid heeft bepaald, maar slechts een enkele specifieke handeling heeft verricht waarmee hij een zorgvuldigheidsverplichting jegens een derde heeft

108. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 3 juli 2012, *JOR* 2012/283 m.nt. S.C.M. van Thiel (*Van den Boogert-Schreurs/Wanders Coating*), r.o. 3.6 in het kader van beweerde schending van de *Beklamel*-norm door de feitelijk bestuurder. Zie bijvoorbeeld HR 23 mei 2014, *JOR* 2014/229 m.nt. J. Van Bakkum (*Kok/Maas q.q.*), r.o. 3.3.3 t/m 3.3.5 in het kader van de schending van de *nakomingsfrustratie*-norm door de enig indirect bestuurder. Hierin overwoog de Hoge Raad dat dit geval: “zoveel gelijkenis [vertoont, toev. auteur] met het geval waarin aan de orde is of een bestuurder op de voet van art. 6:162 BW aansprakelijk is op de grond dat hij heeft meegewerkt aan benadeling van schuldeisers van de gefailleerde vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van hun vordering, dat bij de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag aansluiting moet worden gezocht bij de maatstaven zoals vermeld in HR 8 december 2006, *ECLI:NL:HR:2006:AZ0758*, NJ 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*).”

109. HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

110. Zie hierover ook: W.A. Westenbroek, ‘De beleidsbepaler van artikel 2:138/248 lid 7 BW onder de loep genomen’, *Ondernemingsrecht* 2014/119, afl. 14, p. 601-609

111. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, nr. 6, p. 24 (MvA). Hieruit volgt dat onder (mede) bepalen van beleid in de zin van art. 2:138/248 lid 7 BW ook valt “een bepaald, van een vergaand gebrek aan verantwoordelijkheidsbesef of zelfs van een malafide intentie getuigend, bestuursbesluit”. Zie ook: Rb. Utrecht 19 september 2001, *JOR* 2001/236.

geschonden. Het gebruik van de ernstigverwijtmaatstaf in gevallen waarin de beleidsbepaler wordt aangesproken, is per definitie vreemd als men de in doctrine en rechtspraak naar voren gebrachte argumenten beschouwt die ten grondslag liggen aan de gedachte dat de ernstigverwijtmaatstaf ook voor externe aansprakelijkheid van bestuurders zou moeten gelden. Om te beginnen moet dan verwezen worden naar het streven naar de zogenoemde ‘normatieve convergentie’ (zie par. 10.2.3 t/m 10.2.4 en par. 10.7). Vaststaat immers dat voor de beleidsbepaler/feitelijk bestuurder geen regels van vennootschapsrecht bestaan die maken dat hij ‘intern’ jegens de vennootschap pas aansprakelijk is in geval hem een ernstig verwijt treft. Vanuit het gezichtspunt van normatieve convergentie (normen van interne aansprakelijkheid moeten gelijkgetrokken worden met normen van externe aansprakelijkheid), is het gebruik van de ernstigverwijtmaatstaf voor ‘externe’ aansprakelijkheid dus al niet uit te leggen. Ook de rechtvaardiging die in de arresten *Hezemans Air*¹¹² en *RCI/Kastrop*¹¹³ is gegeven voor de ernstigverwijtmaatstaf (zie par. 10.4 en par. 10.6) gaat niet op voor de beleidsbepaler/feitelijk bestuurder om de eenvoudige reden dat hij geen bestuurder is.

De ernstigverwijtmaatstaf en de daaraan gerelateerde ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’ wordt in de rechtspraak ook niet toegepast als het gaat om aansprakelijkheid van een aandeelhouder.¹¹⁴ Dit terwijl de aansprakelijkheid van een aandeelhouder ook is gebaseerd op normen die gelijk zijn aan, althans vergelijkbaar zijn met, de *Beklamel*-norm en de *nakomingsfrustratie*-norm.¹¹⁵

112. HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 21 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2014/296 m.nt. M.J. Kroeze (*Hezemans Air*).

113. HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 22 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2014/325 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*RCI/Kastrop*).

114. Zie bijvoorbeeld: HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 443 m.nt. J.M.M. Maeijer (*OSBY/LVM*); HR 9 mei 1986, *NJ* 1986, 792 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Keulen/BLG*); HR 19 februari 1988, *NJ* 1988, 487 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Albada Jelgersma*); HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Nimox/Van den End*); HR 12 juni 1998, *NJ* 1998, 727 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Coral Stalt*); HR 21 december 2001, *JOR* 2002/38 m.nt. N.E.D. Faber en S.M. Bartman (*Sobi/Hurks*), HR 11 september 2009, *NJ* 2009, 565 m.nt. H.J. Snijders en P. van Schilfgaarde (*Comsystems/Van den End q.q.*). Een goed recenter voorbeeld is Rb. Midden-Nederland 24 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4312 (*Vebu*), r.o. 4.12. en 4.13. Hierin werd voor bestuurders de ernstigverwijtmaatstaf toegepast, maar voor aandeelhouders niet.

115. Zo ook J. Van Bekkum, ‘Hoge Raad vergroot risico aansprakelijkheid bestuurders voor gewone zakelijke risico’s’, *TvI* 2013/17 die weliswaar voorstander is van de ernstigverwijtmaatstaf, maar schrijft: “Het is geen toeval dat gelijke normen als de normen uit het *Ontvanger/Roelofsen*-arrest spelen in het kader van persoonlijke aansprakelijkheid van functionarissen die geen statutair bestuurder zijn en in het kader van aansprakelijkheid van aandeelhouders. Ook vanuit andere posities bij de rechtspersoon dan de specifieke statutaire bestuurspositie kan immers onder omstandigheden worden gevegd dat kennis en invloed worden aangewend ter voorkoming van schade.”

Assink gaat in zijn Compendium uitvoerig in op aandeelhoudersaansprakelijkheid, maar de term ‘ernstig verwijt’ komt daarin slechts één keer voor.¹¹⁶ Assink schrijft – mijns inziens volledig terecht:

“de hamvraag bij aandeelhoudersaansprakelijkheid is of de aandeelhouder zich op toerekenbare wijze niet heeft gedragen conform de terzake door hem in het maatschappelijk verkeer (krachtens regels van ongeschreven recht) in acht te nemen betamelijkheid, in de zin van zorgvuldigheid (art. 6:162 lid 2 BW).”

Assink gebruikt in dit verband ook de termen ‘zorgplicht’ en ‘(een specifieke mate van) zorgvuldigheid’.¹¹⁷ Hij gaat vervolgens in op de in de rechtspraak naar voren gekomen casuïstiek om te illustreren wanneer sprake kan zijn van aansprakelijkheid op grond van schending van die zorgplicht/zorgvuldigheid. Hij merkt daarbij op dat:

“het telkens draait om de omstandigheden van het geval, waarbij moet worden bedacht dat voor het aannemen van dergelijke aansprakelijkheid niet slechts ruimte bestaat in zeer extreme gevallen.”

En:

“gelet op de sterk contextuele aard van de analyse (...) ligt het minder in de rede om deze analyse een al te rigide geschematiseerd karakter (zoals een ‘stappenplan’) te geven.”¹¹⁸

Hier ben ik het volledig mee eens. Bij bestuurdersaansprakelijkheid is dit naar mijn mening niet anders. Ook bij bestuurdersaansprakelijkheid draait het steeds om de omstandigheden van het geval en ligt het niet voor de hand om de analyse van de aansprakelijkheid ‘een al te rigide geschematiseerd karakter’ te geven. De vraag of een bestuurder jegens een derde aansprakelijk is, dient naar mijn mening evengoed simpelweg te worden beantwoord aan de hand

116. Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 2254 t/m 2291. Zie p. 2264, waarin in het kader van aandeelhoudersaansprakelijkheid wordt gesteld dat een parallel valt te trekken met externe bestuurdersaansprakelijkheid. Voorts wordt gesteld dat het begrip ‘ernstig verwijt’ in de context van aandeelhoudersaansprakelijkheid “(nog) niet consequent” voorkomt, maar dat het voor aansprakelijkheid vereiste handelen of nalaten dat “brandmerk” wel kan dragen. Indicatief daarvoor zou zijn Rb. Middelburg 18 januari 2011, *JOR* 2011/325 m.nt. M. Holtzer (*FNV Bondgenoten/Delta*). Ik deel die mening niet en zie een streven naar een uitdijende toepassing van de ernstigverwijtmaatstaf als maatschappelijk onwenselijk. Zie hierover ook: Westenbroek 2017a.

117. Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 2260 e.v. en 2273, 2283, 2284.

118. Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 2261.

van de vraag of de bestuurder persoonlijk een zorgplicht of een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden jegens een derde. Art. 6:162 BW is uitstekend geschikt voor de beantwoording van die vraag. De systematiek uit *Ontvanger/Roelofsen*, met daarin de ernstigverwijtmaatstaf centraal, is daar naar mijn mening wetsystematisch niet in te passen, hoewel de daarin samengevatte verschijningsvormen uit eerdere rechtspraak uiteraard wel degelijk behulpzaam zijn bij het invullen van art. 6:162 BW.

10.4 Het toerekeningsleerstuk: rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit

10.4.1 Inleiding

De Hoge Raad onderbouwde de verhoogde drempel voor aansprakelijkheid in de vorm van de ernstigverwijtmaatstaf in *Hezemans Air*¹¹⁹ en *RCI/Kastrop*¹²⁰ door allereerst te overwegen dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de rechtspersoon. Deze onderbouwing neemt als uitgangspunt dat de betrokken handelingen van de bestuurder moeten worden toegerekend aan de rechtspersoon. Deze toerekening zorgt ervoor dat men kan spreken van ‘primair’ handelen van de rechtspersoon. Om deze redenering op rechtstheoretische rede en rationaliteit te toetsen, is een goed begrip van het leerstuk van toerekening van (rechts)handelingen essentieel. Ik zal daar hierna verder op ingaan. Vervolgens zal ik in par. 10.5 analyseren of de onderbouwing van de Hoge Raad rechtstheoretisch te rechtvaardigen is.

10.4.2 Betekenis van toerekening en onderscheid met art. 6:98, 6:162 lid 3 en 6:170-172 BW

Met de term ‘toerekening’ wordt allereerst bedoeld het toerekenen van (rechts) handelingen aan de rechtspersoon op grond van de wettelijke regels van vertegenwoordiging, waardoor de rechtspersoon verbintenissen kan aangaan (par. 10.4.6). Met de term ‘toerekening’ wordt voorts bedoeld dat gedragingen en wetenschap van de ene persoon hebben te gelden als gedragingen en wetenschap van de andere (rechts)persoon, zoals onder meer is bedoeld in het hierna te bespreken arrest *Kleuterschool Babbel*.¹²¹ Doordat een (rechts)handeling of wetenschap kan worden toegerekend aan een ander, wordt deze (ook) een

119. HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 21 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2014/296 m.nt. M.J. Kroeze (*Hezemans Air*).

120. HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 22 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2014/325 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*RCI/Kastrop*).

121. HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 m.nt. C.J.H. Brunner (*Kleuterschool Babbel*).

dader van een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 lid 1 BW of een *contractspartij* in de zin van Titel 5 van boek 6 BW. Het betreft met andere woorden een daderschapsvraag en/of een partijvraag: wie is de dader? Wie is de partij?

Deze ‘toerekening’ moet niet verward worden met de toerekening van de onrechtmatige daad aan de dader in de zin van art. 6:162 lid 3 BW of de toerekening van schade in de zin van art. 6:98 BW.¹²² Toerekening als bedoeld in art. 6:162 lid 3 BW ziet uitsluitend op de vraag of de *onrechtmatige daad* van de dader in de zin van art. 6:162 lid 1 BW aan de dader kan worden toegerekend omdat deze is te wijten aan zijn schuld of aan een oorzaak die krachtens wet of verkeersopvattingen voor zijn rekening komt. *Wie* de dader is staat daarmee reeds vast en het gaat alleen nog maar om de vraag of de dader een verwijt treft. Toerekening in deze zin betreft met andere woorden de verwijtbaarheidsvraag.

Uit het in par. 10.3 aangehaalde arrest *Staat en Van Hilten/M*¹²³ blijkt voormeld onderscheid helder. De Hoge Raad overwoog daarin:

“In het oordeel (...) dat de Staat gehouden is de door de onrechtmatige gedraging van mr. Van Hilten geleden schade te vergoeden, ligt besloten dat (...) deze gedraging als een onrechtmatige daad van de Staat heeft te gelden en ook aan de Staat kan worden toegerekend” (onderstreping toegevoegd).

Duidelijk is dat de Hoge Raad hier eerst de daderschapsvraag beantwoordde (heeft de feitelijke gedraging als een onrechtmatige daad van de Staat te gelden?) en vervolgens de verwijtbaarheidsvraag (kan de onrechtmatige daad aan de Staat worden toegerekend?).

Tot slot is van belang het onderscheid te maken tussen toerekening en kwalitatieve aansprakelijkheid op grond van artt. 6:170-172 BW. Bij kwalitatieve aansprakelijkheid is – *per definitie* – vereist dat de werknemer, niet-ondergeschikte of vertegenwoordiger *persoonlijk* handelt in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid. Hij moet persoonlijk ex art. 6:162 BW onrechtmatig

122. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/86 stelt dat van het gevaar van deze verwarring weinig te duchten is. Uit Hoekzema 2015, *GS Onrechtmatige daad*, aant. VIII.7.1.1.5, waarin onder verwijzing naar art. 6:162 lid 3 BW wordt gesteld dat een onrechtmatige daad de overheid in beginsel op grond van verkeersopvattingen wordt toegerekend, blijkt echter dat die verwarring wel kan ontstaan. Zie ook: De Valk 2009, p. 51 en de daarin genoemde bronnen.

123. HR 11 oktober 1991, *NJ* 1993, 165 m.nt. C.J.H. Brunner en G.J.M. Corstens (*Staat en Van Hilten/M*).

hebben gehandeld en er moet sprake zijn van schuld. Als hij zich kan beroepen op een schulduitsluitingsgrond of rechtvaardigingsgrond, dan is de rechtspersoon niet aansprakelijk op grond van de artt. 6:170-172 BW. Anders gezegd, de artt. 6:170-172 BW vinden dan geen toepassing. Dit kan, zoals hierna in par. 10.4.5 uiteengezet, leiden tot een onwenselijke situatie. Een feitelijke handeling van een werknemer, niet-ondergeschikte, vertegenwoordiger en/of bestuurder kan weliswaar niet persoonlijk verwijtbaar zijn, het kan nog wel steeds tot schade leiden bij een derde. Mede gelet op de (gezamenlijke individueel niet verwijtbare) handelingen en/of (geobjectiveerde) kennis van andere betrokkenen bij de rechtspersoon, kan het redelijk zijn dat deze schade in de verhouding tussen die derde en de (rechts)persoon namens wie is gehandeld, voor rekening van die rechtspersoon komt. De toerekeningsleer schiet de derde dan te hulp, zoals hierna in de volgende paragrafen zal blijken.

10.4.3 Rechtspersonen en rechtspersoonlijkheid

Hoewel toerekening in de hiervoor bedoelde zin ook plaatsvindt buiten de sfeer van de relatie tussen de natuurlijk persoon en de rechtspersoon (het kan ook tussen twee natuurlijk personen plaatsvinden, zie par. 10.4.5),¹²⁴ speelt het met name in deze sfeer een belangrijke rol en heeft het leerstuk zich in deze sfeer ook ontwikkeld. Het is daarom goed stil te staan bij het idee van rechtspersoonlijkheid.

De rechtspersoon is een creatie van de mens. Het is een door de wetgever gecreëerde en erkende rechtsvorm. De wet bepaalt in art. 2:5 BW dat een rechtspersoon, voor wat het vermogensrecht betreft, gelijkstaat met een natuurlijk persoon, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit. Alle rechtspersonen (zowel privaatrechtelijk als publiekrechtelijk) hebben daarmee gemeen dat zij los van de natuurlijk personen die daarbij betrokken zijn als zelfstandig rechtssubject aan het rechtsverkeer kunnen deelnemen. De rechtspersoon is zelfstandig drager van eigen rechten en verplichtingen. Hij kan bezittingen hebben (hij is rechtsbevoegd),¹²⁵ hij kan zelf rechtshandelingen verrichten en hij kan in rechte optreden (handelingsbevoegd). Dit betekent ook dat de rechtspersoon zelf voor zijn schulden aansprakelijk is en dat de achterliggende natuurlijk personen of rechtspersonen, die wellicht als oprichter, aandeelhouder, verenigingslid of bestuurder nauw met deze rechtspersoon zijn verweven, dat niet zijn.

De rechtspersoon is echter een juridische abstractie. Zonder menselijke tussenkomst/feitelijk handelen zal een rechtspersoon geen (rechts)handelingen kunnen verrichten of een onrechtmatige daad kunnen plegen. Een rechtspersoon kan nu eenmaal niet zelf handelen. Het idee dat een rechtspersoon

124. Bovendien is ook van toerekening sprake bij vertegenwoordiging, zie par. 10.4.6.

125. HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 288 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Poot/ABP*).

handelt, is een uitvinding van juristen. Het is een juridische kunstgreep, een fictie.¹²⁶ De rechtspersoon en de daarbij betrokken natuurlijk personen kunnen dan ook niet los van elkaar worden gezien. De juridische abstractie van de rechtspersoon kan dus nooit in al haar consequenties worden doorgevoerd alsof de rechtspersoon volledig los wordt gezien van de daarbij betrokken natuurlijk personen.¹²⁷ Deze noodzakelijke samenhang is een gevolg van het accepteren van de abstracte rechtsvorm van de rechtspersoon, voor wie alleen maar verplichtingen kunnen ontstaan door menselijke tussenkomst. Honée schreef ter inleiding op zijn visie op de aansprakelijkheid uit hoofde van art. 2:11 BW in dat verband sprekend: “*Bedenkt men dat rechtspersonen, willen zij realiteitsgehalte hebben, voor hun wilsvorming en wilsuiking zijn aangewezen op mensen van vlees en bloed, dan is de rechtspersoon-bestuurder een wat zonderlinge figuur.*”¹²⁸ Dat geldt natuurlijk ook voor de rechtspersoon die géén bestuurder is.

Als we rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit accepteren, accepteren we ook dat het handelen van de rechtspersoon juridisch los moet kunnen worden beoordeeld van het handelen van de natuurlijk persoon die betrokken is bij de rechtspersoon en vice versa. Dat altijd een feitelijk handelen van één of meer natuurlijk personen vooraf zal moeten gaan aan de vaststelling dat een rechtspersoon heeft gehandeld en dat, ter juridische beoordeling van dat handelen, het feitelijk handelen van één of meer natuurlijk personen bepalend zal zijn, maakt dat niet anders. Er zijn namelijk altijd twee of meer rechtssubjecten met eigen rechten en verplichtingen: een of meer natuurlijk personen enerzijds, die door hun eigen feitelijk handelen een verplichting creëren voor de rechtspersoon, en de rechtspersoon anderzijds, die daardoor eveneens handelt. Geen van hen kan zich ontdoen van de op hen, als in Nederland erkend en geaccepteerd rechtssubject, rustende verplichtingen en verantwoordelijkheden, in welke functie of hoedanigheid dan ook. Anders gezegd, geen van hen verliest daarmee rechtssubjectiviteit.

Om zijn doel na te streven moet de rechtspersoon deel uitmaken van het maatschappelijk (economisch) rechtsverkeer. Hij is echter een abstract rechtssubject dat niet kan handelen of aansprakelijk kan zijn zonder het handelen of nalaten van een natuurlijk persoon. Dit probleem, waardoor hij in beginsel niet zou kunnen deelnemen aan het maatschappelijk (economisch) rechtsverkeer, wordt opgelost met het leerstuk van toerekening van dat handelen of nalaten van de

126. Timmerman 2003b, p. 555.

127. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/16.

128. H.J.M.N. Honée, ‘Aansprakelijkheid in concernverhoudingen’, in: P. Van Schilfgaarde e.a. (red.), *De Nieuwe Misbruikwetgeving* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 2), Deventer: Kluwer 1986, p. 101.

natuurlijk persoon aan de rechtspersoon (naast de regels van kwalitatieve aansprakelijkheid, waarover hierna meer). Onderscheid moet worden gemaakt tussen:

- (i) Toerekening van kennis en feitelijke handelingen; en
- (ii) Toerekening door vertegenwoordiging.

In de volgende paragrafen zal ik stilstaan bij beide vormen van toerekening.

10.4.4 Toerekening van kennis en feitelijke handelingen

Anders dan bij toerekening van rechtshandelingen aan de rechtspersoon (op grond van vertegenwoordiging, waarover hierna meer), bestaat geen wettelijke basis om feitelijke gedragingen van de ene persoon toe te rekenen aan de ander, in de zin dat deze ander geacht wordt die feitelijke gedragingen te hebben verricht en daarmee onrechtmatig te hebben gehandeld. De wetgever wilde dat aan de rechtspraak overlaten.¹²⁹

De toerekeningsleer (buiten vertegenwoordiging) is dan ook ontstaan en ontwikkeld op basis van rechtspraak, namelijk rechtspraak waarin doorgaans de vraag centraal stond onder welke omstandigheden een rechtspersoon geacht kan worden een onrechtmatige daad te hebben gepleegd.

Lange tijd was vaste rechtspraak dat de rechtspersoon uitsluitend door middel van zijn organen een onrechtmatige daad kon plegen, wanneer het orgaan had gehandeld binnen de formele kring van zijn bevoegdheid, de zogenoemde ‘orgaantheorie’.¹³⁰ Als het orgaan niet had gehandeld of het orgaan niet binnen de formele kring van zijn bevoegdheid had gehandeld, kon de rechtspersoon dus per definitie geen onrechtmatige daad plegen.

Daar kwam met het arrest *Kleuterschool Babbel*¹³¹ verandering in. In dit arrest werd overwogen dat voor de vraag of een publiekrechtelijk lichaam (de gemeente) kon worden aangesproken voor uitlatingen van een van zijn functionarissen (een wethouder), niet beslissend is of de wethouder in de Gemeentewet als orgaan van de gemeente wordt erkend, maar of de gedragingen van de wethouder “*in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de gemeente hebben te gelden*” en daarom een onrechtmatige daad van de gemeente kunnen opleveren. De Hoge Raad oordeelde in dit specifieke geval:

129. Hoekzema 2015, *GS Onrechtmatige daad*, aant. VIII.7.1.1.5 onder verwijzing naar Van Zeben, Pon & Olthoff 1981, *PG Boek 6 BW*, p. 599 en 621-622.

130. Voor het laatst door de Hoge Raad toegepast in HR 10 juni 1955, *NJ* 1955, 552 (*Het Noorden/NHL*). Zie verder: HR 25 februari 1916, *NJ* 1916, 497, HR 26 maart 1920, *NJ* 1920, 476 (*Curiël/Suriname*), HR 6 januari 1921, *NJ* 1921, 310 (*Staat/Baeck*), en HR 21 mei 1937, *NJ* 1937, 638 (*Timmer/Staat en Van der Palm*).

131. HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 m.nt. C.J.H. Brunner (*Kleuterschool Babbel*).

“dat aangenomen moet worden dat dit het geval is, wanneer de uitlatingen van een wethouder van onderwijs bestaan in het doen van uitlatingen in zijn hoedanigheid ter zake van de aansprakelijkheid voor gebreken in de bouw van een in de gemeente gevestigde kleuterschool.”

Hiermee was de orgaantheorie losgelaten. Sindsdien is de heersende leer dat aansprakelijkheid van rechtspersonen is verruimd tot de handelingen die in het maatschappelijk verkeer als handelingen van de rechtspersoon hebben te gelden, ongeacht of de handelingen door een orgaan van de rechtspersoon zijn verricht.¹³²

Deze maatstaf wordt sindsdien ook toegepast bij de toerekening van wetenschap van een functionaris/werknemer aan een rechtspersoon bij de toepassing van de wilsvertrouwensleer ex artt. 3:33-35 BW.¹³³ Bij deze laatste toepassing is relevant of de wederpartij gerechtvaardigd erop mocht vertrouwen dat de (rechts)persoon beschikte over de wetenschap die de wederpartij aan die (rechts)persoon wil toerekenen.¹³⁴ In het algemeen wordt aangenomen dat de wetenschap van organen van de rechtspersoon wordt toegerekend aan de rechtspersoon.¹³⁵ Dat lijkt mij logisch: het bestuur is verantwoordelijk voor het reilen en zeilen van de rechtspersoon.¹³⁶ De vraag of wetenschap (of feitelijk handelen) aan de rechtspersoon kan worden toegerekend, kan overigens ook buiten het onrechtmatigedaadsrecht of het verbintenissenrecht¹³⁷ spelen, indien daar enig rechtsgevolg aan is verbonden.¹³⁸ Zo speelt wetenschap van bepaalde feiten ook een rol bij verzwijging in het verzekeringsrecht en in het procesrecht (bijvoorbeeld kennis van de inhoud van een verstekvonnis en bij verjaring).

132. HR 20 juni 1980, *NJ* 1980, 622 (*PLEM/PSP*); HR 2 februari 1990, *NJ* 1990, 384 (*Garage Cordia/Aruba*); HR 11 oktober 1991, *NJ* 1993, 165 m.nt. C.J.H. Brunner en G.J.M. Corstens (*Staat en Van Hilten/M*); HR 11 november 2005, *NJ* 2007, 231 m.nt. J.B.M. Vranken (*Voorshuijs*); HR 25 juni 2010, *NJ* 2010, 371 (*Gelderland/Vitesse*). Zie verder: Hoekzema 2015, *GS Onrechtmatige daad*, aant. VIII.7.1.1.3; Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/145 e.v.; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/80 en 81.

133. HR 9 juli 2010, *NJ* 2012, 194 m.nt. C.E. Du Perron en *JOR* 2010/295 m.nt. B.P.M. van Ravels; HR 21 augustus 2012, *JA* 2012/149 m.nt. J.L. Smeehuijzen.

134. HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 638 en HR 27 januari 1989, *NJ* 1989, 816 m.nt. M.M. Mendel.

135. R.P.J.L. Tjittes, *Toerekening van kennis*, Deventer: Kluwer 2001, p. 42.

136. Maar uitzonderingen zijn zeker mogelijk, zie bijvoorbeeld: Rb. Haarlem (Kamer van Toezicht van het Notariaat), 19 maart 2013, ECLI:NL:TNOXHAA:2013:YC0943, r.o. 2.10.

137. Zo ook bij afgebroken onderhandelingen door een vertegenwoordiger namens zijn principaal. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/159.

138. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/92.

De toerekeningsleer heeft in de jurisprudentie met name toepassing gevonden waar het gaat om onrechtmatige gedragingen van publiekrechtelijke lichamen (gemeente, provincie en Staat zijn allemaal publiekrechtelijke rechtspersonen, zie art. 2:1 BW).¹³⁹ Een verklaring daarvoor zou kunnen zijn dat vaak geen sprake is geweest van eigen onrechtmatige gedragingen van de feitelijk handelende natuurlijk personen (maar wel van het overheidslichaam) en/of dat de bepalingen van kwalitatieve aansprakelijkheid ex artt. 6:170-172 BW (waarover hierna meer) zich daar moeilijker laten toepassen. Zo is een wethouder – vgl. het arrest *Kleuterschool Babel* – niet aan te merken als een werknemer, niet-ondergeschikte of vertegenwoordiger, zodat de toerekeningsleer soelaas moet bieden.

Hoewel de ‘*Kleuterschool Babel*-leer’ de heersende leer is op grond waarvan getoetst moet worden of een handeling kan worden toegerekend aan een rechtspersoon, is de orgaantheorie nog steeds van belang. Het enkele feit dat door een orgaan is gehandeld, kan nog steeds van doorslaggevend belang zijn om de gedraging in het maatschappelijk verkeer (ook) aan te merken als een gedraging van de rechtspersoon.¹⁴⁰

10.4.5 Toerekening van gedraging aan rechtspersoon impliceert geen eigen onrechtmatige daad

Bij toerekening van een gedraging of wetenschap aan de rechtspersoon hoeft geen sprake te zijn van een eigen onrechtmatige gedraging van de feitelijk handelende persoon. Zo kan een rechtspersoon aansprakelijk zijn voor gedragingen van een werknemer of bestuurder die zelf niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens de benadeelde.¹⁴¹ Heeft de werknemer of bestuurder niet zelf onrechtmatig gehandeld en/of was er ook geen (geobjectiveerde) kennis van benadeling, dan zal de werknemer of bestuurder niet zelf aansprakelijk zijn.

Dit kan echter leiden tot een onwenselijke situatie. Een feitelijke handeling van een werknemer, niet-ondergeschikte, vertegenwoordiger en/of bestuurder kan weliswaar niet persoonlijk verwijtbaar zijn (waardoor evenmin kwalitatieve

139. Zie naast eerdergenoemde jurisprudentie ook: HR 22 november 1985, *NJ* 1986, 722 m.nt. M. van Scheltema (*V&D/Groningen*); HR 30 januari 1987, *NJ* 1988, 89 m.nt. M. van Scheltema (*Blaricum Roozen*); HR 2 september 1994, *NJ* 1995, 660 m.nt. R.A. Morzer Bruyns; HR 28 april 1997, *JOR* 1997/47 m.nt. S.C.J.J. Kortmann; HR 20 oktober 2000, *NJ* 2001, 118 m.nt. A.R. Bloembergen (*Gemeente Eindhoven/Xerox*); Rb. Arnhem 25 februari 2009, *RVR* 2009/64; Rb. Almelo 29 maart 2011, *RVR* 2011/74; Rb. Rotterdam 10 september 2014, *ECLI:NL:RBROT:2014:7534*.

140. Zie hierover ook: HR 7 oktober 2016, *JOR* 2016/325 m.nt. B.M. Katan (*Maple Leaf*).

141. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011/90; HR 11 november 2005, *NJ* 2007, 231 m.nt. J.B.M. Vranken en *JOR* 2006/90 (*Voorshuijs*).

aansprakelijkheid ex artt. 6:170-172 BW mogelijk is, omdat daarvoor allereerst een eigen onrechtmatige daad is vereist), het kan nog wel steeds tot schade leiden bij een derde. Het kan daarbij redelijk zijn dat deze schade in de verhouding tussen die derde en de (rechts)persoon, namens wie is gehandeld door de werknemer, niet-ondergeschikte, vertegenwoordiger en/of bestuurder, voor rekening van die rechtspersoon komt.

Een goed voorbeeld hiervan is het in par. 10.3 besproken arrest *Staat en Van Hilten/M.*¹⁴² De officier van justitie kon geen eigen onrechtmatige gedraging worden verweten, omdat zulks alleen maar het geval kan zijn wanneer deze gedraging “aan zijn schuld is te wijten, dat wil zeggen: wanneer, gelet op de omstandigheden van het geval, hem persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt.” Daarvan was geen sprake. De officier had volgens de Hoge Raad niet persoonlijk een rechtsnorm geschonden, omdat niet gezegd kon worden dat de rechtsopvatting waar de officier van justitie zijn bevel op baseerde ten tijde waarop hij dat bevel gaf, zo onaannemelijk was dat hem een verwijt ervan kon worden gemaakt dat hij, uitgaande van die rechtsopvatting, dat bevel had gegeven. Maar dat nam niet weg dat de officier ten onrechte een bevel had gegeven ten nadele van de verdachte. Deze gedraging van de officier diende aan de Staat te worden toegerekend en kon als een onrechtmatige daad van de Staat worden aangemerkt, omdat de onzekerheid over de rechtsopvatting waarop het bevel was gebaseerd voor rekening van de Staat diende te komen. De toerekeningsleer van *Kleuterschool Babbel* bood dus soelaas voor de verdachte. De rechtspersoon kan op grond van onrechtmatige daad dus aansprakelijk zijn voor gedragingen van een natuurlijk persoon (al dan niet bestuurder), terwijl die natuurlijke persoon zelf geen rechtsnorm heeft geschonden jegens de benadeelde.¹⁴³

Voorstelbaar is ook dat gedragingen en wetenschap van verschillende personen aan de rechtspersoon worden toegerekend die op zichzelf en ieder afzonderlijk beschouwd niet onrechtmatig zijn, maar die, in combinatie na toerekening van zowel die gedragingen als die wetenschap aan de rechtspersoon, deze kwalificatie wel rechtvaardigen.¹⁴⁴ Dit is een logisch gevolg van de juridische abstractie van de rechtspersoon. Gelet op het feit dat een rechtspersoon als een zelfstandig rechtssubject kan optreden in het maatschappelijk verkeer, welk optreden *de facto* uitsluitend mogelijk is door toedoen van een of meer natuurlijk personen, moet gewerkt worden met de abstractie dat de wetenschap en gedragingen van meerdere individuele natuurlijk personen als het ware worden ‘samengesmolten’ tot de gedraging en wetenschap van één persoon, zijnde de

142. HR 11 oktober 1991, *NJ* 1993, 165 m.nt. C.J.H. Brunner en G.J.M. Corstens (*Staat en Van Hilten/M.*).

143. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011/203.

144. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/84.

rechtspersoon. Deze rechtspersoon kan als gevolg van deze ‘samensmelting’ een onrechtmatige daad worden verweten, zonder dat de gedragingen van de daarbij betrokken natuurlijk personen, zoals de bestuurders, ieder op zichzelf beschouwd onrechtmatig zijn.

In rechtspraak van de Hoge Raad is vreemd genoeg de vraag aan de orde gekomen in hoeverre het onrechtmatig handelen van de rechtspersoon vervolgens weer kan worden toegerekend aan de persoon die namens de rechtspersoon handelde. De Hoge Raad oordeelde dat een dergelijke toerekening slechts mogelijk is indien de betrokken handeling “aan zijn schuld is te wijten, dat wil zeggen: wanneer, gelet op de omstandigheden van het geval, hem persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt.”¹⁴⁵ Eigenlijk is dit niet anders dan te zeggen dat de betrokken persoon pas naast de rechtspersoon aansprakelijk is, indien de betrokken persoon een *eigen* onrechtmatige daad heeft gepleegd, oftewel indien hem zelf een verwijt treft. Van toerekening van het onrechtmatig handelen van de rechtspersoon aan de bestuurder is dan in feite geen sprake. Deze gedachtelijn past ook beter bij het in het aansprakelijkheidsrecht geldende uitgangspunt dat eenieder alleen voor zijn *eigen* daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden, behoudens welomschreven op de wet gebaseerde uitzonderingen (zie hierna par. 10.5.3).¹⁴⁶

10.4.6 Toerekening door vertegenwoordigingsregels van Boek 3 BW in het vennootschapsrecht

Het probleem dat een rechtspersoon een abstract rechtssubject is dat niet kan handelen zonder tussenkomst van een natuurlijk persoon wordt, waar het gaat om rechtshandelingen, opgelost doordat de wet erin voorziet dat rechtspersonen vertegenwoordigd worden door hun bestuur. Zo bepalen de artt. 2:45, 2:130/2:140 en 2:292 BW dat voor zover uit de wet niet anders voortvloeit, het bestuur de vereniging, de besloten/naamloze vennootschap respectievelijk de stichting vertegenwoordigt.

145. HR 11 oktober 1991, *NJ* 1993, 165 m.nt. C.J.H. Brunner en G.J.M. Corstens (*Staat en Van Hilten/M*).

146. HR 11 november 2005, *NJ* 2007, 231 m.nt. J.B.M. Vranken en *JOR* 2006/90 (*Voorsluijs*), r.o. 3.5 en HR 23 februari 1954, *NJ* 1954, 378 (*IJzerdraad*). De mogelijkheid dat handelen van de rechtspersoon aan de natuurlijk persoon wordt toegerekend wanneer “de betrokken handeling aan zijn schuld is te wijten, dat wil zeggen: wanneer, gelet op de omstandigheden van het geval, hem persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt”, zoals overwogen in HR 11 oktober 1991, *NJ* 1993, 165 m.nt. C.J.H. Brunner en G.J.M. Corstens (*Staat en Van Hilten/M*), lijkt mij dan ook ongelukkig geformuleerd. Uit het persoonlijk verwijt blijkt reeds dat de natuurlijk persoon dan zelf primair onrechtmatig heeft gehandeld.

Vertegenwoordiging impliceert dat sprake is van toerekening. De feitelijke vertegenwoordigingshandelingen van degenen die de rechtspersoon vertegenwoordigen, worden 'toegerekend' aan de rechtspersoon. Vertegenwoordiging houdt in dat handelingen van de een rechtens als handelingen van de ander gelden. De handeling wordt als het ware losgemaakt van de persoon die haar verricht en toegerekend aan een ander.¹⁴⁷

Er bestaat een wettelijke basis voor toerekening op grond van vertegenwoordiging, namelijk art. 3:66 BW dat bepaalt dat een door de gevolmachtigde binnen de grenzen van zijn bevoegdheid in naam van de volmachtgever verrichte rechtshandeling in haar gevolgen de volmachtgever treft. Hoewel deze bepaling spreekt van een 'in naam van de volmachtgever verrichte rechtshandeling', zou het zuiverder zijn om te spreken van een 'in naam van de volmachtgever verrichte handeling'. De gevolmachtigde verricht namelijk geen rechtshandeling, maar verricht een feitelijke handeling als gevolg waarvan de volmachtgever – door toerekening – geacht wordt de rechtshandeling te zijn aangegaan. Gemakshalve zal ik hierna echter blijven spreken van toerekening van rechtshandelingen. Waar het om draait, is dat de rechtshandeling altijd *primair* de vertegenwoordigde zal treffen (tenzij sprake is van onbevoegde vertegenwoordiging, maar dat terzijde).

De schakelbepaling van art. 3:78 BW regelt expliciet dat de daarin genoemde wetsbepalingen, waaronder art. 3:66 BW, ook van toepassing zijn wanneer iemand optreedt als vertegenwoordiger buiten volmacht. Art. 3:66 BW vormt daarmee de wettelijke grondslag voor de toerekening van de door een bestuurder namens een rechtspersoon verrichte rechtshandeling aan de rechtspersoon. Art. 3:79 BW bepaalt voorts dat *alle* bepalingen van Titel 3 van Boek 3 BW (welke Titel handelt over vertegenwoordiging) overeenkomstige toepassing vinden buiten het vermogensrecht, voor zover de aard van de rechtshandeling of rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Deze bepalingen vinden overeenkomstige toepassing in het rechtspersonenrecht (zie hiervoor par. 10.5.5).

Kortom, rechtshandelingen verricht door het bestuur van een rechtspersoon op grond van de aan het bestuur verleende wettelijke bevoegdheid om te vertegenwoordigen ex artt. 2:45, 2:130/2:140 en 2:292 BW, treffen altijd 'primair' de rechtspersoon op grond van art. 3:66 BW. De bestuurder wordt zelf niet gebonden en zal niet aansprakelijk zijn als de rechtspersoon niet nakomt. Aangezien de rechtspersoon zelfstandig, als drager van eigen rechten en verplichtingen, aan het rechtsverkeer deelneemt, is alleen de rechtspersoon aansprakelijk voor schade uit hoofde van toerekenbaar tekortkomen, niet de bestuurder.

147. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/2.

10.4.7 *Het doel van toerekening is wenselijke bescherming voor de wederpartij*

Het leerstuk van de toerekening van de (onrechtmatige) handeling aan de rechtspersoon is mede ontwikkeld teneinde de (economische) werkelijkheid van de rechtspersoon en het rechtsverkeer te dienen. Het biedt bescherming aan diegenen die met publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersonen van doen hebben via de natuurlijk personen die bij deze rechtspersonen betrokken zijn. Deze bescherming was mede noodzakelijk door (i) de enorme uitbreiding van het economisch verkeer, waarbij ook in toenemende mate niet alleen ondernemingen, maar ook andere organisaties door rechtspersonen werden gedreven en (ii) het veel sterker ingrijpen van publiekrechtelijke lichamen in het maatschappelijk leven.¹⁴⁸

De Hoge Raad heeft dan ook overwogen dat de toerekeningsleer, zoals geformuleerd in het hiervoor aangehaalde arrest *Kleuterschool Babel*,¹⁴⁹ een oplossing biedt voor het probleem dat een juridische constructie, zijnde een juridisch abstract rechtssubject zoals de rechtspersoon met eigen rechten en verplichtingen, slechts door natuurlijk personen aan het maatschappelijk verkeer kan deelnemen. Toerekening aan de rechtspersoon wordt volgens de Hoge Raad dan mede gerechtvaardigd doordat de in feite handelende persoon en de rechtspersoon aan wie dat handelen wordt toegerekend, vanuit het perspectief van de benadeelde tot op zekere hoogte met elkaar zijn te 'vereenzelvigen'.¹⁵⁰ Ook in de literatuur en in oudere jurisprudentie wordt in dit verband de term 'vereenzelviging' gebruikt.¹⁵¹ De benadeelde mag afgaan op wat hij waarneemt en hoeft zich niet te verdiepen in interne verhoudingen.¹⁵² De toerekeningsleer is dus met name functioneel in de verhouding tussen natuurlijk persoon en rechtspersoon. Zonder toerekening zou de rechtspersoon in het maatschappelijk verkeer niet functioneren en zijn doel niet kunnen nastreven (en daarom geen functie hebben).

148. Vgl. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/90.

149. HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 m.nt. C.J.H. Brunner (*Kleuterschool Babel*).

150. HR 11 november 2005, *NJ* 2007, 231 m.nt. J.B.M. Vranken en *JOR* 2006/90 (*Voorsluijs*). Het gaat hier dus om een andere 'vereenzelviging' dan bedoeld om misbruik van identiteitsverschil aan te pakken. Zie daarover: HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 698 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 2000/238 (*Rainbow/Ontvanger*); HR 3 november 1995, *NJ* 1996, 215 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Roco/Staat*) (r.o. 4.4.2); HR 9 juni 1995, *NJ* 1996, 213 (*Citco*); HR 26 januari 1994, *NJ* 1994, 545 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Heuga*); Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/835.

151. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/86; Hoekzema 2015, *GS Onrechtmatige daad*, aant. VIII.7.1.1.4; Hof Amsterdam 17 maart 1976, *NJ* 1977, 525.

152. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/90.

Het leerstuk van toerekening van (rechts)handelingen is dan ook allerm minst exclusief voorbehouden aan handelingen die door een bestuurder namens de rechtspersoon worden verricht. Integendeel, toerekening van handelingen van de een aan de ander gebeurt in het maatschappelijk verkeer aan de lopende band, waarbij veelal geen bestuurder komt kijken. Of het nu gaat om een aankoop in de supermarkt die wordt afgerekend bij de kassa, het vragen om informatie in een warenhuis, het boeken van een vakantie bij de reisagent, het kopen van een auto bij de autodealer, het aangaan van de arbeidsovereenkomst bij de HR-adviseur, het communiceren met ambtenaren/functionarissen van overheidslichamen,¹⁵³ zelfs frauduleus handelen van een werknemer.¹⁵⁴ De feitelijke (vertegenwoordigings)handelingen en de wetenschap van de daarbij betrokken natuurlijk personen ten opzichte van de derde, kunnen allemaal worden toegerekend aan de rechtspersoon/achterban. Hoewel de hiervoor bedoelde werknemers/ambtenaren geen formele vertegenwoordigingsbevoegdheid zullen hebben om namens de publiek- of privaatrechtelijke rechtspersoon (rechts)handelingen te verrichten, zullen hun (vertegenwoordigings)handelingen in het rechtsverkeer worden toegerekend aan deze rechtspersoon mede omdat zij – waar het betreft door hen verrichte rechtshandelingen – in het rechtsverkeer geacht worden (uitdrukkelijk of stilzwijgend) vertegenwoordigingsbevoegd te zijn. En als ze dat niet zijn, terwijl de wederpartij daar (vanzelfsprekend) wel van uitging, dan zal de rechtspersoon in de voormelde gevallen op de onjuistheid van deze veronderstelling vaak geen beroep kunnen doen op grond van art. 3:61 lid 2 BW (schijn van volmachtverlening).¹⁵⁵

153. De toerekeningsleer vindt, zoals gezegd, vaak toepassing bij toerekening aan overheidslichamen.

154. Zie bijvoorbeeld: HR 3 november 1982, *NJ* 1983, 510 m.nt. J.M.M. Maeijer en Th.W. van Veen.

155. Zie in dit verband ook de conclusie van A-G Spier bij HR 11 maart 2011, *NJ* 2012, 388 m.nt. L.C.A. Verstappen (*Van Zundert/De Kort*) r.o. 3.33 en de conclusie van A-G Timmerman bij HR 26 september 2008, *JOR* 2008/331 m.nt. P.J. van der Korst, par. 3.12: “Naar mijn inzicht is het handelsverkeer gediend met een zekere risicoverdeling ten aanzien van onbevoegde vertegenwoordiging. Deze verdeling kan hierop neerkomen dat de (intern onbevoegde) vertegenwoordiging van een rechtspersoon door een werknemer voor rekening van de rechtspersoon moet komen, ook indien deze werknemer een niet-standaard-transactie aangaat, terwijl hij niet in het handelsregister is ingeschreven en terwijl geen sprake is van een toedoen door de achterliggende rechtspersoon. Of dat het geval is zal m.i. afhangen van de omstandigheden van het geval. Van betekenis kunnen onder andere zijn de aard van de functie, de aard van de transactie, het bedrag dat met de transactie is gewekt, de eventuele rol van een wel vertegenwoordigingsbevoegde functionaris en eventuele gebeurtenissen die zich na de bewuste rechtshandeling hebben voorgedaan. Een dergelijke benadering lijkt mij alleszins te verantwoorden, nu van algemene bekendheid is dat talloze gevolmachtigden van een rechtspersoon niet in het handelsregister zijn ingeschreven. Het rechtsverkeer is er niet mee gediend dat de

Men zou kunnen zeggen dat de toerekeningsleer een – met rechtspersoonlijkheid noodzakelijk samenhangende – uitzondering vormt op eerder genoemd uitgangspunt dat een rechtssubject alleen voor zijn *eigen* daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden behoudens wettelijke uitzonderingen (zie par. 10.4.5), in zoverre dat de rechtspersoon als abstract rechtssubject *de facto* niet kan handelen en dat hij daarom noodzakelijkerwijs aansprakelijk wordt gehouden voor het handelen van natuurlijk personen. De wettelijke basis voor deze uitzondering kan in feite gevonden worden in art. 2:5 BW.

Toerekening kan echter ook plaatsvinden tussen twee natuurlijk personen. Zo oordeelde het hof Amsterdam in 1976 dat de verstrekking van onjuiste inlichtingen door de secretaresse van een particuliere werkgever aan een bedrijfsvereniging als een onrechtmatige daad aan de particuliere werkgever kon worden toegerekend.¹⁵⁶ Het hof overwoog daartoe dat de werkgever met zijn secretaresse was te *vereenzelvigen* en dat de onjuiste inlichtingen een zodanig onzorgvuldig handelen tegenover de bedrijfsvereniging opleverden, dat deze als onrechtmatige daad waren toe te rekenen aan de werkgever. Een secretaresse die op instructie van de werkgever informatie doorstuurt zal zelf geen verwijt¹⁵⁷ treffen en dus niet onrechtmatig handelen. Ook kunnen handelingen van (rechts)personen die zich in beginsel buiten elkaars sfeer begeven aan elkaar worden toegerekend. Zo overwoog de Hoge Raad in 2014 dat handelingen van een door de rechtspersoon ingeschakeld accountantskantoor aan de rechtspersoon kunnen worden toegerekend.¹⁵⁸

De hierboven genoemde bescherming van natuurlijk personen die handelen met vertegenwoordigers/betrokkenen van andere (rechts)personen, wordt gegeven doordat, als gevolg van toerekening, een rechtsgevolg ontstaat in de verhouding tussen de (benadeelde) (contracts)partij en de partij aan wie gedragingen of kennis worden toegerekend. Kortmann schreef dan ook dat

wederpartij steeds wordt belast met een onderzoeksplicht. Risicotoedeling kan in die gevallen op zijn plaats zijn. Ik verwijs naar het hierboven aangehaalde betoog van Bakels. Voor zover naar het oordeel van Uw Raad een aanvulling op het toedoenbeginsel een brug te ver zou zijn, zou ik een ruime uitleg van het toedoenbeginsel willen bepleiten.”

156. Hof Amsterdam 17 maart 1976, NJ 1977, 525.

157. Overigens werd in dit arrest wel geoordeeld dat het handelen van de secretaresse, die zelf geen gedaagde was, zelf onrechtmatig was omdat de werkgever niet had gesteld dat de secretaresse – kort gezegd – zelf niet op de hoogte was en/of kon zijn van de onjuistheid van de gegevens.

158. HR 8 augustus 2014, JOR 2014/320 m.nt. A.J. Tekstra (*X/Staat*). Dat betekent evenwel niet dat grove schuld, opzet of kwade trouw van het accountantskantoor aan de rechtspersoon zou kunnen worden toegerekend in het kader van de verschuldigdheid van een daarop gebaseerde fiscale (of strafrechtelijke) boete. Zie: HR 1 december 2006, BNB 2007/151 m.nt. G.J.M.E. de Bont.

de vraag van toerekening van (feitelijke) handelingen rechtens slechts relevant is, indien aan de handeling rechtsgevolg is verbonden.¹⁵⁹ Ik denk dat deze stelling juist is, met dien verstande dat het niet zo is dat aan de handeling zelf per definitie rechtsgevolg is verbonden, maar dat het beoogde rechtsgevolg, dat geldt ten aanzien van de (rechts)persoon aan wie wordt toegerekend, een gevolg is van de toerekening van de handeling van de feitelijk handelende persoon aan de rechtspersoon.

Indien de toerekeningsleer echter slechts relevant is indien aan de handeling van de feitelijk handelende een rechtsgevolg is verbonden dat geldt jegens de (rechts)persoon aan wie wordt toegerekend, dient zich meteen de vraag aan waarom men dat rechtsgevolg in een voorkomend geval jegens de (rechts)persoon aan wie wordt toegerekend wil doen gelden. Het antwoord ten aanzien van toerekening op grond van de wettelijke bepalingen van vertegenwoordiging spreekt voor zich: de vertegenwoordiger (bestuurder) en de wederpartij beogen dat rechtsgevolg te doen laten intreden ten opzichte van de vertegenwoordigde (rechtspersoon) *zodat* deze vertegenwoordigde (rechtspersoon) daardoor deelneemt aan het voor hen relevante maatschappelijk (economisch) (rechts)verkeer.¹⁶⁰

Het antwoord ten aanzien van de niet-wettelijke (maar op jurisprudentie gebaseerde) toerekening van feitelijke handelingen en wetenschap van een natuurlijk persoon aan de rechtspersoon, is dat het veelal maatschappelijk wenselijk wordt geacht om ten aanzien van de rechtspersoon vast te stellen dat deze een onrechtmatige daad heeft gepleegd. Waarom dat in een voorkomend geval maatschappelijk wenselijk kan zijn, volgt uit het *Kleuterschool Babbel*-arrest. Namelijk, omdat de betrokken gedraging van de (natuurlijk) persoon, in de woorden van de Hoge Raad, “*in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden*” als een gedraging van een ander (rechts)persoon. Maar dit criterium is wat ongelukkig geformuleerd en impliceert een normatieve toets die wordt ingevuld aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval. Brunner en Stein hebben in dit verband erop gewezen dat het door de Hoge Raad geformuleerde criterium lijdt aan een zekere vaagheid.¹⁶¹ Ik zou dan ook menen dat niet moet worden gesproken van een gedraging die “*in het maatschappelijk verkeer als gedraging van een ander heeft te gelden*”, maar ‘van een maatschappelijke wenselijkheid’ dat een bepaalde handeling of wetenschap van een natuurlijk persoon tot een bepaald rechtsgevolg moet leiden bij, of in relatie tot, een ander(e) (rechts)persoon, zonder dat dit iets verandert aan een rechtsgevolg dat eventueel heeft te

159. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/144.

160. De derde wordt daarnaast beschermd op grond van art. 3:61 lid 2 BW indien sprake is van een ontoereikende volmacht en door art. 3:70 BW indien wegens het ontbreken van een volmacht niet aan de rechtspersoon kan worden toegerekend.

161. HR 25 juni 1999, *NJ* 2000, 33 m.nt. P.A. Stein (*Vriescel*) en HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 m.nt. C.J.H. Brunner (*Kleuterschool Babbel*).

gelden in relatie tot de feitelijk handelende natuurlijk persoon. De voornoemde maatschappelijke wenselijkheid zal veelal een basis vinden in het zogenoemde vertrouwensbeginsel. Het gaat om de vraag of de derde onder de gegeven omstandigheden mocht aannemen dat de persoon met wie hij handelt – een interne functionaris, een externe deskundige of een andere betrokkene bij de rechtspersoon – zijn kennis met de rechtspersoon zou delen.¹⁶² Het gaat om de vraag of de derde onder de gegeven omstandigheden mocht aannemen dat iemands gedraging plaatsvond namens en/of in opdracht van de rechtspersoon. Maar het kan zelfs nog verder gaan.

Illustratief in dat verband is het zogenoemde *Vriescel*-arrest van de Hoge Raad.¹⁶³ In die zaak had een directeur van rechtspersoon A, een directeur van rechtspersoon B in een vriescel opgesloten om een huurverlaging af te dwingen in de huurrelatie tussen de twee rechtspersonen. De Hoge Raad oordeelde dat dit gedrag aan rechtspersoon A kon worden toegerekend en een toerekenbare tekortkoming onder de huurovereenkomst opleverde, als gevolg waarvan rechtspersoon B de huurovereenkomst mocht ontbinden. Dat het opsluiten van een persoon in een vriescel niet bepaald kan worden gezien als een gedraging die in het maatschappelijk verkeer als een gedraging van een rechtspersoon heeft te gelden, behoeft mijns inziens geen toelichting. De uitkomst in het *Vriescel*-arrest was dan ook vooral een maatschappelijk wenselijke uitkomst: rechtspersoon B kon onder deze omstandigheden toch niet gehouden worden aan de huurovereenkomst met rechtspersoon A? De maatschappelijke wenselijke uitkomst dat rechtspersoon B de huurovereenkomst moest kunnen ontbinden, kon alleen maar bereikt worden door toepassing van de toerekeningsleer (dus door vereenzelviging van de bestuurder met de rechtspersoon).¹⁶⁴ Dat de bestuurder van rechtspersoon A onrechtmatig had gehandeld ex art. 6:162 BW stond buiten kijf, net zoals het feit dat rechtspersoon A daarvoor hoofdelijk aansprakelijk was op grond van de kwalitatieve aansprakelijkheidsbepalingen van art. 6:170 en/of art. 6:172 BW. Deze hoofdelijke aansprakelijkheid, leverde echter geen grond op voor ontbinding van de huurovereenkomst. Door de onrechtmatige daad van de bestuurder van rechtspersoon A aan rechtspersoon A toe te rekenen middels de toerekeningsleer, werd die ontbindingsgrond alsnog gerealiseerd.

162. Vgl. K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (Recht en Praktijk nr. CA5), Deventer: Kluwer 2012, par. 5.2.7 en de daarin genoemde bronnen.

163. HR 25 juni 1999, *NJ* 2000, 33 m.nt. P.A. Stein (*Vriescel*).

164. Zou men dit afzetten tegen de criteria die zijn ontwikkeld voor het toerekenen van gedragingen in het strafrecht in HR 21 oktober 2003, *NJ* 2006, 328 m.nt. P.A.M. Mevis (*Zijpe Beheer*) en HR 14 januari 1992, *NJ* 1992, 413 m.nt. A.C. 't Hart dan zou het maar zeer de vraag zijn of een strafrechter – zou de *Vriescel*-zaak strafrechtelijk zijn behandeld – tot de conclusie zou zijn gekomen dat de vennootschap strafrechtelijk aansprakelijk is voor het strafrechtelijk laakbaar handelen van diens directeur door iemand op te sluiten in een vriescel.

Het feit dat deze toerekening had geleid tot het rechtsgevolg dat ontbonden mocht worden, veranderde vanzelfsprekend niets aan het feit dat de bestuurder van rechtspersoon A zelf een onrechtmatige daad kon worden verweten.

10.4.8 Primaire en secundaire aansprakelijkheid heeft geleid tot hoge drempel voor aansprakelijkheid

Zoals hiervoor uiteengezet, is de jurisprudentie over toerekening ontstaan in het kader van het kunnen vaststellen van onrechtmatig handelen van de rechtspersoon. Nadat lange tijd de theorie werd aangehouden dat een rechtspersoon alleen onrechtmatig kan handelen door een toedoen van zijn organen, is de huidige leer ontstaan dat een rechtspersoon onrechtmatig kan handelen wanneer (het samenstel van) de gedragingen en wetenschap, die leiden tot de conclusie dat onrechtmatig is gehandeld, in het maatschappelijk verkeer als gedragingen en wetenschap van de rechtspersoon hebben te gelden. De ontwikkeling van het toerekeningsleerstuk heeft in de literatuur geleid tot het idee dat vertegenwoordigers en bestuurders minder snel aansprakelijk zouden moeten zijn als zij handelen in hun hoedanigheid van vertegenwoordiger of bestuurder van de rechtspersoon. Daarin speelden de termen ‘primair’ en ‘secundair daderschap’ een belangrijke rol.

Zo werd door Van der Grinten in 1992 uiteengezet dat de praktische betekenis van de vraag of de vennootschap ex art. 6:170 BW aansprakelijk is voor onrechtmatige handelingen van bestuurders beperkt is, “*omdat handelingen van bestuurders als handelingen van de rechtspersoon gelden.*”¹⁶⁵ Voorts meende hij dat, hoewel een vennootschap als vertegenwoordigde op grond van art. 6:172 BW aansprakelijk kan zijn voor fouten van een vertegenwoordiger bij gedragingen ter uitoefening van zijn bevoegdheid, art. 6:172 BW van weinig belang is, “*omdat in het algemeen handelingen van vertegenwoordigers/een functionaris aan de vertegenwoordigde/de rechtspersoon als eigen handelingen worden toegerekend.*”¹⁶⁶ Hij constateerde dat de wet in art. 6:170-172 BW ervan uitging dat de aansprakelijkheid “*primair rust op de ondergeschikte, de niet-ondergeschikte en de vertegenwoordiger*” en dat de aansprakelijkheid “*van de werkgever, de opdrachtgever, de vertegenwoordigde een secundaire aansprakelijkheid is*”, zodat de benadeelde in beginsel beiden zal kunnen aanspreken. Hij stelde daarbij evenwel de vraag of, indien een handelen of nalaten rechtens geldt als onrechtmatige daad van de vennootschap, ook

165. Van der Heijden/Van der Grinten/Honée & Hendriks-Jansen, *Handboek NV/BV* 1992/240.

166. Deze visie is later herhaald in Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011/333. In Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/154 werd zelfs betoogd dat de bepaling beter zou kunnen worden geschrapt.

de handelende persoon aansprakelijk is. Van der Grinten meende dat voor de aansprakelijkheid van de handelende persoon in ieder geval nodig is dat de benadeelde aan hem persoonlijk een verwijt kan maken. Hij zou tenminste ‘schuld’ moeten hebben. Risicoaansprakelijkheid draagt hij niet en men zou zelfs de eis kunnen stellen dat opzet, grove schuld of bewuste roekeloosheid aanwezig moet zijn, omdat het zou gaan om “*secundaire aansprakelijkheid van de handelend persoon*” wiens handelen geldt als een “*primair handelen van de vennootschap*.”¹⁶⁷

In 1994 besprak Huizink de problematiek die speelde om te komen tot een onrechtmatige gedraging van de rechtspersoon. Hij constateerde dat sinds het *Kleuterschool Babbel*-arrest “*beslissend is of een gedraging in het maatschappelijk verkeer als daad van de rechtspersoon heeft te gelden in welk geval de rechtspersoon zelf aansprakelijk is uit hoofde van art. 6:162 BW*.” Hij constateerde voorts dat, los van die toerekeningsleer, een rechtspersoon aansprakelijk kan zijn voor fouten van ondergeschikten, opdrachtnemers en vertegenwoordigers (ex artt. 6:170-172 BW), waarvoor vereist is dat ondergeschikten, opdrachtnemers en vertegenwoordigers zelf onrechtmatig hebben gehandeld. Wanneer een rechtspersoon op basis van één van voornoemde wetsartikelen aansprakelijk zou zijn voor “*door één harer bestuurders*” veroorzaakte milieuverontreiniging, vormde de aansprakelijkheid van de betrokken bestuurder zelf in beginsel geen enkel probleem volgens Huizink. Anders gezegd, dan was de betrokken bestuurder vanzelfsprekend zelf aansprakelijk, eenvoudigweg omdat zulks een voorwaarde is om op grond van de art. 6:170-172 BW tot aansprakelijkheid van de rechtspersoon te komen. Anders lag dit volgens Huizink in de gevallen dat een rechtspersoon op basis van het in het arrest *Kleuterschool Babbel* geformuleerde criterium zelf op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk is voor milieuschade of wanneer een rechtspersoon krachtens art. 6:170 BW aansprakelijk is voor de fout van een werknemer. In die gevallen rijst de vraag in hoeverre bestuurders van die rechtspersoon tevens zelf jegens de gelaedeerde onrechtmatig hebben gehandeld. Huizink

167. Van der Heijden/Van der Grinten/Honée & Hendriks-Jansen, *Handboek NV/BV* 1992/240. De term ‘secundaire aansprakelijkheid’ werd hier dus vreemd genoeg op twee manier gebruikt. Enerzijds werd gesteld dat de rechtspersoon op grond van art. 6:170-172 BW ‘secundair aansprakelijk’ is voor de onrechtmatige daad van de natuurlijk persoon (die primair aansprakelijk is), anderzijds werd gesteld dat wanneer de rechtspersoon primair een onrechtmatige daad kan worden verweten, sprake is van mogelijke ‘secundaire aansprakelijkheid’ van de natuurlijke persoon.

stelde in dit verband de vraag hoe ver de ‘secundaire aansprakelijkheid’ van bestuurders van rechtspersonen reikte en benoemde daarbij meteen dat hij dit geen fraaie term vond.¹⁶⁸

Later in 2004 stelde Kortmann opnieuw de vraag of de vertegenwoordiger persoonlijk aansprakelijk is voor (zijn?) onrechtmatige gedragingen “*indien men aanvaardt dat het handelen van een vertegenwoordiger in het algemeen – als gevolg van toerekening – geldt als een handelen van de vertegenwoordigde.*”¹⁶⁹ Daarvoor zou niet volstaan dat de vertegenwoordigde onvoldoende oog heeft gehad voor de rechten of belangen van hem, tegenover wie de vertegenwoordigde of de rechthebbende onrechtmatig heeft gehandeld, en evenmin dat de vertegenwoordiger een persoonlijke fout kan worden verweten. Omdat het zou gaan om een “*secundaire aansprakelijkheid, over de persoonlijke aansprakelijkheid van een functionaris die in de uitoefening van zijn functie handelt*”, zouden hogere eisen mogen worden gesteld dan aan de primaire aansprakelijkheid. Nodig zou zijn dat de vertegenwoordiger opzet, grove schuld of bewuste roekeloosheid kan worden verweten.¹⁷⁰

Een belangrijk moment in de literatuur was voorts het proefschrift van De Valk uit 2009. De Valk ging op minutieuze wijze in op onder meer de verhouding tussen rechtspersonen en de betrokkenen bij de rechtspersonen en meer specifiek op de aansprakelijkheid van leidinggevend. In dat verband hanteerde zij de begrippen ‘primaire’ en ‘secundair daderschap’.¹⁷¹ Kort gezegd stelde De Valk dat waar het gaat om aansprakelijkheid van rechtspersonen, de rechtspersoon primair aansprakelijk is en de bestuurder als gevolg van rechtspersoonlijkheid pas *secundair* voor aansprakelijkheid in aanmerking komt indien hem persoonlijk het verwijt kan worden gemaakt dat *hij* (en dus niet alleen de rechtspersoon) in strijd met *de jegens de derde* in acht te nemen maatschappelijke betamelijkheid heeft gehandeld.¹⁷²

168. Huizink 1994. Ik zou evenwel menen dat wanneer de bestuurder zelf geen maatschappelijke betamelijkheidsnorm heeft geschonden, de bestuurder per definitie geen aansprakelijkheid hoeft te vrezen, dus ook geen ‘secundaire aansprakelijkheid’. Zie hierna par. 10.5.

169. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/154.

170. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/157. Een wettelijke grondslag voor die stelling ontbrak echter, terwijl de wetgever juist had duidelijk gemaakt dat het bestaan van een dienstverband, vertegenwoordigingsverband of ondergeschiktheid geen rechtvaardiging oplevert om af te wijken van de hoofdregel dat de dader persoonlijk aansprakelijk jegens derden blijft voor zijn onrechtmatig gedrag (zie par. 10.2.2).

171. De Valk 2009, p. 88 e.v. Beide termen werden reeds eerder gebruikt in Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/155. De term ‘secundaire aansprakelijkheid’ werd ook gebruikt door Van der Heijden/Van der Grinten/Honée & Hendriks-Jansen, *Handboek NV/BV* 1992/240.

172. De Valk 2009, p. 130 e.v. en p. 134 e.v.

Timmerman schreef vervolgens in 2009 dat juist omdat externe bestuurders-aansprakelijkheid een secundaire aansprakelijkheid betreft, het wenselijk zou zijn “*enige terughoudendheid in acht te nemen bij het aannemen van persoonlijke aansprakelijkheid*” van een bestuurder en in die behoefte zou de ernstig-verwijtmaatstaf voorzien.¹⁷³ Toen in 2012 het arrest *Spaanse Villa*¹⁷⁴ werd gewezen, verwees A-G Timmerman in zijn conclusie bij dat arrest naar het hiervoor genoemde proefschrift van De Valk. Hij concludeerde toen (r.o. 4.8 en 4.12 – 4.13) dat terughoudendheid moet gelden in alle gevallen waarbij sprake is van secundair ouderschap. Deze conclusie van A-G Timmerman is in de literatuur breed overgenomen. Kort gezegd werd gesteld dat “*handelingen van organen rechtens hebben te gelden als het handelen van de rechtspersoon zelf*”¹⁷⁵ en dat “*handelingen van de bestuurder in het maatschappelijk verkeer altijd te gelden zouden hebben als handelingen van de rechtspersoon*”.¹⁷⁶ Ook werd gesteld dat, hoewel steeds een natuurlijk persoon/bestuurder namens of ten laste van de rechtspersoon een feitelijke handeling zal hebben verricht (de rechtspersoon kan uiteraard zelf fysiek niet handelen), rechtens steeds de rechtspersoon – niet de bestuurder – actief is. Als uitgangspunt zou het dan voor zich spreken dat in zo een geval uitsluitend de rechtspersoon aansprakelijk is. ‘Doorbraak van aansprakelijkheid’ zou een aparte rechtvaardiging behoeven en het motief voor deze vorm van doorbraak zou liggen in de opvatting dat rechtspersoonlijkheid niet mag worden *misbruikt*.¹⁷⁷ Daarom zou sprake zijn van zogenoemd ‘primaire ouderschap’ van de rechtspersoon en ‘secundair ouderschap’ van de bestuurder. Om deze reden zou terughoudendheid moeten gelden bij de vaststelling van aansprakelijkheid van een bestuurder. In die behoefte zou de ernstigverwijtmaatstaf voorzien¹⁷⁸ en de daaruit voortvloeiende verhoogde drempel zou niet snel worden gehaald.¹⁷⁹

173. Timmerman 2009b, p. 485-486, die in dit verband wederom verwijst naar het proefschrift van De Valk.

174. HR 23 november 2012, *NJ* 2013, 302 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2013/40 m.nt. W.J.M. van Andel en K. Rutten (*Spaanse Villa*).

175. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/201, 2015/325 e.v. en 2015/333.

176. Van der Heijden/Dortmond, *Handboek NV/BV* 2013/240; A-G Timmerman in zijn conclusie bij HR 23 november 2012, *NJ* 2013, 302 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2013/40 m.nt. W.J.M. van Andel en K. Rutten (*Spaanse Villa*).

177. Willems 2013, par. 15.

178. Olden 2015. Het feit dat de ernstigverwijtmaatstaf niet wordt gehanteerd in het kader van aandeelhoudersaansprakelijkheid (zie par. 10.3), laat reeds zien dat deze redenering niet bepaald overtuigend is.

179. Assink 2013, par. 8.

Toen vervolgens in 2014 de arresten *Hezemans Air*¹⁸⁰ en *RCI/Kastrop*¹⁸¹ werden gewezen, is deze in de literatuur en in de conclusie van A-G Timmerman weergegeven theoretische beschouwing, over de verhouding tussen rechtspersonen enerzijds en de betrokkenen daarbij anderzijds, overgenomen. Zo verwees A-G Wesseling-van Gent in r.o. 2.7 van haar conclusie bij *Hezemans Air* naar de door Timmerman aangehaalde motivering zoals hiervoor kort weergegeven.

Uiteindelijk hebben de termen ‘primair’ en ‘secundair ouderschap’ op de hiervoor kort omschreven wijze geleid tot een in de rechtspraak gegeven rechtvaardiging van de ernstigverwijtmaatstaf. Ik zal hierna in par. 10.5 uiteenzetten waarom deze rechtsontwikkeling mijns inziens rechtstheoretisch niet gerechtvaardigd is.

10.5 Analyse van *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop*: primaire en secundaire aansprakelijkheid

10.5.1 Inleiding

Timmerman schreef in 2011 dat de mooie ontwikkeling die het rechtspersonenrecht in de twintigste eeuw heeft doorgemaakt ook een schaduwzijde heeft. Die schaduwzijde, aldus Timmerman, heeft ertoe geleid dat in de doctrine de tendens is ontstaan om aan rechtspersoonlijkheid allerlei rechtsgevolgen te verbinden (Timmerman noemt bijvoorbeeld het idee dat een rechtspersoon door een bijzonder type organisatie- en besluitvormingsregels wordt beheerst en het idee dat een rechtspersoon geen overeenkomst is, maar een instituut). Rechtspersoonlijkheid wordt dan, aldus Timmerman, veel meer dan simpel het zijn van rechtssubject. Die neiging tot voortdurende innovatie, verbreding en verdieping van het begrip ‘rechtspersoon’ is te verklaren uit de omstandigheid dat aan het begin van de twintigste eeuw de rechtspersoon als zelfstandig begrip nog in de kinderschoenen stond en dan komen er, bij het van start gaan van zo een ontwikkeling, allerlei zinnige en minder zinnige ideeën los. En, zo vervolgt Timmerman, als rechtspersoonlijkheid een zelfstandig begrip wordt met allerlei bijzondere rechtsgevolgen dan gaat de rechtspersoonlijkheid op haar beurt de rechtsvorm beïnvloeden.¹⁸² Timmerman had het hier over de interne verhoudingen binnen de rechtsvorm.

180. HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 21 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2014/296 m.nt. M.J. Kroeze (*Hezemans Air*).

181. HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 22 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2014/325 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*RCI/Kastrop*).

182. L. Timmerman, ‘Verband tussen samenwerking en rechtspersoon’, in: L. Timmerman e.a. (red.), *Samenwerken in het ondernemingsrecht* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 80), Deventer: Kluwer 2011, p. 5.

De door Timmerman omschreven schaduwzijde van de ontwikkeling die het rechtspersonenrecht in de twintigste eeuw heeft doorgemaakt, komt naar mijn mening ook terug in de hiervoor in par. 10.4.8 uiteengezette doctrine. Het toerekeningsleerstuk en rechtspersoonlijkheid hebben in de doctrine, mede onder invloed van de termen ‘primaire aansprakelijkheid’ en ‘secundaire aansprakelijkheid’, namelijk geleid tot het idee dat voor vertegenwoordigers en bestuurders die op grond van art. 6:162 BW door derden worden aangesproken, een zogenoemde hoge(re) drempel voor aansprakelijkheid zou moeten gelden in de vorm van grove schuld, opzet of bewuste roekeloosheid, respectievelijk in de vorm van de ernstigverwijtmaatstaf. Oftewel, zij zouden beschermd moeten worden en voor hen geldt als het ware een minder streng art. 6:162 BW dan voor andere rechtssubjecten. Dat is rechtstheoretisch niet zuiver. In de volgende paragrafen zal ik dit toelichten.

10.5.2 Rechtshistorische analyse van hoge drempel voor aansprakelijkheid door toerekening

Uit par. 10.4 blijkt dat de wetgever en de Hoge Raad met de vertegenwoordigingsregels en de toerekeningsleer uitsluitend (i) de mogelijkheid van de totstandkoming van verbintenissen door middel van tussenkomst van derden hebben willen regelen en (ii) recht hebben willen doen aan de hiervoor bedoelde (economische) werkelijkheid van rechtssubjectiviteit van de rechtspersoon, om daarmee het rechtsverkeer te dienen en bescherming te bieden *aan derden*, die via de daarbij betrokken natuurlijk personen met rechtspersonen van doen hebben (zie par. 10.4.7).

Derden die door middel van tussenkomst van een vertegenwoordiger met de vertegenwoordigde een overeenkomst aangaan, moeten daarop kunnen vertrouwen. Derden moeten de rechtspersoon kunnen aanspreken voor feitelijke gedragingen van natuurlijk personen die betrokken zijn bij deze rechtspersonen en die op zichzelf niet per se onrechtmatig hoeven te zijn, maar wel tot een onrechtmatige daad van de rechtspersoon leiden.

De vertegenwoordigingsregels en het toerekeningsleerstuk hebben géén betrekking op de vraag wanneer de vertegenwoordiger onrechtmatig heeft gehandeld of op de vraag wanneer een (rechts)persoon, wiens handelingen worden toegerekend aan een andere rechtspersoon, onrechtmatig heeft gehandeld. De wetgever en de Hoge Raad hebben met de regels van vertegenwoordiging en met het toerekeningsleerstuk dus ook niet beoogd de vertegenwoordiger of de bestuurder van een rechtspersoon bescherming te bieden tegen onrechtmatige gedragingen van hemzelf. Die bescherming is overigens ook niet nodig omdat de vertegenwoordiger en de bestuurder, als gevolg van de regels van vertegenwoordiging en als gevolg van rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit (zie par. 10.5.3 hierna), per definitie niet aansprakelijk zijn voor de verbintenissen

die komen te rusten op de vertegenwoordigde en/of de rechtspersoon. Vanuit een rechtshistorisch perspectief is, gelet op het voorgaande, niet goed te verdedigen waarom de vertegenwoordigingsregels of het toerekeningsleerstuk dat leidt tot ‘primaire’ aansprakelijkheid van een ander dan de feitelijk handelende natuurlijk persoon, zou moeten leiden tot een hogere drempel voor aansprakelijkheid van vertegenwoordigers of bestuurders.

10.5.3 Wetsystematische analyse: primaire en secundaire aansprakelijkheid bestaan niet en (rechts)persoonlijkheid en rechtssubjectiviteit zorgen voor bescherming

Art. 1:1 lid 1 BW bepaalt:

“Allen die zich in Nederland bevinden, zijn vrij en bevoegd tot het genot van de burgerlijke rechten.”

Het is niet voor niets het eerste lid van het eerste artikel van het eerste Boek van het BW. Het is een essentiële bepaling die regelt dat ieder mens in Nederland rechten kan hebben en dat op ieder mens in Nederland verplichtingen kunnen rusten. Het systeem van de wet is dat iedereen in Nederland ‘natuurlijke persoonlijkheden’ heeft. Elk kind dat levend ter wereld komt, heeft natuurlijke persoonlijkheden en daarmee rechtsbevoegdheid. De natuurlijke persoonlijkheden vangt aan met de geboorte en deze persoonlijkheden in juridische zin betekent de bevoegdheid drager te zijn van rechten, verplichtingen en rechtsbetrekkingen (rechtsbevoegdheid, rechtssubjectiviteit). Het is de meest algemene voor het recht van betekenis zijnde eigenschap van de mens.¹⁸³

Kortmann schreef in dit verband sprekend dat het handelen steeds een menselijk, persoonlijk handelen van de dader is. Indien het handelen kan worden toegerekend aan een ander, dan blijft toch gelden dat het handelen ook is een handelen van de dader. Een rechtsorde van vrije mensen heeft mede tot grondslag dat eenieder verantwoordelijk is voor zijn eigen daden, ongeacht of hij in de uitoefening van een functie heeft gehandeld. Van een verantwoording voor de eigen daad kan men zich niet bevrijden door verwijzing naar een ander. Om een zwaar woord te gebruiken: de menselijke waardigheid zou tekortgedaan worden indien het recht deze verantwoordelijkheid niet zou aanvaarden.¹⁸⁴

De mens is een rechtssubject. De rechtspersoon is ook een rechtssubject dat op grond van art. 2:5 BW, voor wat het vermogensrecht betreft, gelijkstaat met een natuurlijk persoon, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit. Het systeem van de wet brengt met zich dat natuurlijk personen en rechtspersonen als

183. Asser/De Boer 1* 2010/21.

184. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/155.

rechtssubjecten naast elkaar bestaan. Het enkele bestaan van de ene is niet van invloed op de rechten en verplichtingen die op de ander rusten. Rechtspersoonlijkheid en de betrokkenheid, in welke hoedanigheid dan ook, van een natuurlijk persoon bij een organisatorisch verband als de rechtspersoon, zorgt er niet voor dat de natuurlijk persoon zijn natuurlijke persoonlijkheid, zijn rechtssubjectiviteit verliest. Hij blijft dientengevolge de bevoegdheid hebben drager te zijn van rechten, verplichtingen en rechtsbetrekkingen. Dat is het systeem van de wet.

In het aansprakelijkheidsrecht geldt daarnaast als uitgangspunt dat eenieder alleen voor zijn *eigen* daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden, behoudens welomschreven op de wet gebaseerde uitzonderingen. In lijn hiermee en in lijn met het uit strafrecht bekende *IJzerdraad*-arrest,¹⁸⁵ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat toerekening van kennis en wetenschap van een (rechts)persoon aan de aansprakelijk gestelde persoon weliswaar niet onder alle omstandigheden is uitgesloten, maar dat daarbij wel terughoudendheid moet worden betracht.¹⁸⁶ Dit uitgangspunt werd eind 2014 bevestigd door de Hoge Raad in het kader van aansprakelijkheid op grond van de Tweede Misbruikwet.¹⁸⁷

De rechtspersoon en de bestuurder zijn beide verschillende rechtssubjecten en zij zijn per definitie niet aansprakelijk voor elkaars daden en nalatigheden, tenzij daarvoor een wettelijke grondslag bestaat. De hiervoor bedoelde welomschreven wettelijke uitzonderingen op het uitgangspunt dat eenieder alleen voor zijn *eigen* daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden, zijn bijvoorbeeld de kwalitatieve aansprakelijkheidsbepalingen van art. 6:169-184 BW. In dit verband hebben wij hiervoor gezien (zie par. 10.2.2 en 10.2.3) dat de art. 6:170-172 BW ervoor zorgen dat de rechtspersoon kwalitatief aansprakelijk is voor de schade die de werknemer, niet-ondergeschikte of vertegenwoordiger toebrengt aan een derde door het plegen van een onrechtmatige daad.

Ook het samenstel van de vertegenwoordigingsregels vormt een dergelijke uitzondering. Een vertegenwoordiger, zoals een bestuurder, kan de vertegenwoordigde, zoals de rechtspersoon, binden tegenover een derde als gevolg waarvan de vertegenwoordigde aansprakelijk kan zijn uit hoofde van de toerekenbare tekortkoming onder een overeenkomst. Daarnaast kunnen gedragingen van betrokkenen bij een (rechts)persoon, zoals bestuurders, aan die (rechts)persoon worden toegerekend, hetgeen onder meer een logische en wenselijke oplossing is voor het gegeven dat een juridisch abstract rechtssubject zoals de rechtspersoon met eigen rechten en verplichtingen, slechts door natuurlijk personen aan het maatschappelijk verkeer kan deelnemen (zie par. 10.4.7). De wet kent voor

185. HR 23 februari 1954, *NJ* 1954, 378 (*IJzerdraad*).

186. HR 11 november 2005, *NJ* 2007, 231 m.nt. J.B.M. Vranken en *JOR* 2006/90 (*Voorsluijs*), r.o. 3.5.

187. HR 8 augustus 2014, *JOR* 2014/320 m.nt. A.J. Tekstra (*X/Staat*).

de bestuurder echter geen specifieke wettelijke uitzondering op grond waarvan hij aansprakelijk kan zijn voor het handelen van anderen en daarom is een bestuurder alleen aansprakelijk voor zijn *eigen* daden en nalatigheden; hij is dan *primaire* aansprakelijk. ‘Secundaire aansprakelijkheid’ bestaat (ook voor de bestuurder) niet.¹⁸⁸

De hiervoor in par. 9.4.2 geciteerde overweging van de Hoge Raad in r.o. 3.4.2 van *Spaanse Villa*¹⁸⁹ dat “*Van de Riet in het onderhavige geval evenwel niet aansprakelijk is gehouden voor een tekortkoming of onrechtmatig handelen van de vennootschap*” is gelet op het voorgaande niet goed te begrijpen. Van de Riet zal namelijk nooit aansprakelijk zijn voor een ‘tekortkoming of onrechtmatig handelen van de vennootschap’. Geen enkele bestuurder zal dat zijn. Een bestuurder kan alleen aansprakelijk zijn voor zijn *eigen* onrechtmatig handelen. Kortom, de binnen het systeem van de wet fungerende beginselen van rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit zorgen voor een strikte scheiding van aansprakelijkheden en beschermen de bestuurder per definitie tegen aansprakelijkheid die verband houdt met schade veroorzaakt door de rechtspersoon. De verhoogde drempel voor aansprakelijkheid is derhalve een logisch direct gevolg van rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit. Een verdere bescherming van de bestuurder (wegens ‘secundaire aansprakelijkheid’), waarin de ernstigverwijtmaatstaf zou voorzien, of een noodzaak voor een rechter om terughoudend te zijn met het oordeel dat sprake is van een ‘gewone onrechtmatige daad situatie’,¹⁹⁰ is om die reden niet nodig en ook niet zuiver.

188. Zie in dit verband ook Van Bakkum 2013, die over het onderscheid tussen primaire en secundaire aansprakelijkheid schreef: “*Dit onderscheid vindt naar mijn overtuiging onvoldoende grond in het recht. Bij bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad gaat het altijd om de schending van een jegens crediteuren van de vennootschap werkende norm die tot de bestuurder persoonlijk is gericht. Ontvanger/Roelofsen schrijft bijvoorbeeld (onder meer) voor dat als de bestuurder weet of behoort te weten dat de rechtspersoon zal failleren, de bestuurder gehouden is de rechtspersoon geen nieuwe verbintenis te laten aangaan. Daarnaast bepaalt de Hoge Raad in het Spaanse Villa arrest dat een bestuurder inbreuken door de rechtspersoon op de voor de bestuurder kenbare belangen van derden zoveel mogelijk moet voorkomen. Dit zijn normen die rechtstreeks tot de bestuurder zijn gericht. Het voegt heel weinig toe om niettemin van secundair ouderschap te spreken. Dat verwijst in feite naar niet veel meer dan dat het handelen van de bestuurder (mede) verband houdt met het niet nakomen van een wettelijke of contractuele verplichting door de rechtspersoon. Dat zal echter vrijwel steeds het geval zijn als de bestuurder wordt aangesproken voor zijn handelen binnen het kader van de onderneming (of de publieke taak) van de rechtspersoon. Zo ook in de casus van het Spaanse Villa arrest, dat door Timmerman nu juist als voorbeeld wordt gegeven van een geval van primaire aansprakelijkheid.*”

189. HR 23 november 2012, NJ 2013, 302 m.nt. P. van Schilfgaarde en JOR 2013/40 m.nt. W.J.M. van Andel en K. Rutten (*Spaanse Villa*).

190. Sinninghe Damsté 2013, p. 36.

De termen ‘primair’ en ‘secundair ouderschap’ zijn in feite *verklarende* termen die omschrijven dat, *als gevolg* van rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit, bestuurders per definitie niet steeds persoonlijk aansprakelijk zijn wanneer de door hen verrichtte feitelijke (of rechts)handelingen namens de rechtspersoon uiteindelijk tot schade leiden bij een derde. In het proefschrift van De Valk wordt de reden voor het toepassen van de gestelde terughoudendheid bij secundaire aansprakelijkheid van een bestuurder, in het geval een vennootschap zijn verplichtingen niet is nagekomen, dan ook gevonden in *rechtspersoonlijkheid*: de vennootschap komt haar verplichtingen niet na en daarvoor is de bestuurder in beginsel niet aansprakelijk. De Valk stelt dat de door haar genoemde *secundaire* aansprakelijkheid van de bestuurder pas aan de orde kan komen, indien de functionaris, die als vertegenwoordiger heeft gehandeld, persoonlijk het verwijt kan worden gemaakt dat *hij* (en dus niet alleen de vennootschap) in strijd met *de jegens de derde* in acht te nemen maatschappelijke betamelijkheid heeft gehandeld.¹⁹¹ Dit lijkt mij juist, maar daarmee wordt in feite gewoon gezegd dat de bestuurder (naast de vennootschap) een *eigen* onrechtmatige daad heeft gepleegd en daarom *primair* aansprakelijk is. De term ‘secundair ouderschap’ suggereert – mogelijk onbedoeld – dat de bestuurder ‘secundair’ aansprakelijk kan zijn voor de *primaire* normschending van de rechtspersoon. Daarvan kan echter geen sprake zijn, gelet op het hiervoor omschreven uitgangspunt dat eenieder alleen voor zijn *eigen* daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden, behoudens welomschreven op de wet gebaseerde uitzonderingen. Het lijkt gelet op het voorgaande wetsystematisch niet juist de termen ‘primaire’ en ‘secundaire aansprakelijkheid’ als rechtvaardiging aan te voeren voor het hanteren van de ernstigverwijtmaatstaf.

10.5.4 *Wetsystematische en rechtshistorische analyse: rechtssubjectiviteit, eigen verantwoordelijkheid en het onderscheid tussen normsubjecten (hoedanigheid van handelende persoon)*

Gelet op de hiervoor beschreven natuurlijke persoonlijkheid is het wezenlijk en wetsystematisch zo in ons recht dat geen enkel natuurlijk rechtssubject (behoudens wettelijke uitzonderingen, zoals art. 6:164 BW) zich van de verantwoordelijkheid voor zijn eigen daden kan ontdoen. Dat kan hij ook niet door deze handelingen ‘in hoedanigheid’ van bestuurder, werknemer, vertegenwoordiger of welke hoedanigheid dan ook te verrichten.¹⁹² Ieder rechtssubject in Nederland moet de door hem persoonlijk in acht te nemen zorgvuldigheidsnormen gehoorzamen en een bestuurder heeft daar niet meer ruimte of vrijheid in

191. De Valk 2009, p. 130 e.v. en p. 134 e.v.

192. J. van Bakkum, ‘Tulip Air neemt zorg en onzekerheid over Spaanse Villa niet weg’, *WPNR* 2015/7055, p. 280-286 doet een voorstel om toerekening exclusief te laten zijn (in de zin dat de handeling niet meer geacht wordt tevens een handeling van de natuurlijk persoon te zijn) en de schuldrempel voor iedereen die betrokken is bij de rechtspersoon (dus niet

dan ieder ander rechtssubject in de maatschappij.¹⁹³ Daarbij dient geen onderscheid te worden gemaakt tussen werknemers, niet-ondergeschikten, vertegenwoordigers of bestuurders van de rechtspersoon. Voor allen geldt dat de door hen als rechtssubjecten begane onrechtmatige gedragingen ‘primair’ eigen onrechtmatige gedragingen zijn,¹⁹⁴ die onder omstandigheden kunnen worden toegerekend aan de rechtspersoon (die dan ook ‘primair’ aansprakelijk is) en/of waarvoor de rechtspersoon kwalitatief aansprakelijk is. In 1993 overwoog de Hoge Raad daarom dat *“het hof terecht ervan is uitgegaan dat een orgaan van een rechtspersoon naast die rechtspersoon persoonlijk jegens een benadeelde aansprakelijk kan zijn indien dit heeft gehandeld in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer jegens de benadeelde betaamt.”*¹⁹⁵

Het criterium van *Kleuterschool Babbel* luidt dat een gedraging van een natuurlijk persoon *“heeft te gelden als een gedraging van de rechtspersoon”*. Daarmee suggereert het dat deze gedraging niet meer kan worden gezien als een eigen gedraging van de natuurlijk persoon. Dit verklaart waarom in de literatuur (zie par. 10.4.8 hiervoor) is gesteld dat (i) de praktische betekenis van de vraag of de vennootschap ex art. 6:170 BW aansprakelijk is voor onrechtmatige handelingen van bestuurders slechts beperkt is *“omdat handelingen van bestuurders als handelingen van de rechtspersoon gelden”* en (ii) art. 6:172 BW van weinig belang is *“omdat in het algemeen handelingen van vertegenwoordigers aan de vertegenwoordigde als eigen handelingen worden toegerekend.”* Het verklaart ook waarom in de literatuur en in de arresten *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop* is gesteld dat *“handelingen van organen rechtens hebben te gelden als het handelen van de rechtspersoon zelf”*,¹⁹⁶ dat *“handelingen van de bestuurder in het maatschappelijk verkeer altijd te gelden hebben als handelingen van de rechtspersoon”*¹⁹⁷ en dat sprake is van ‘primaire’ aansprakelijkheid van de rechtspersoon en niet van de bestuurder.

alleen de bestuurder) te verhogen. Tenzij de wetgever een wettelijke uitzondering maakt op het bepaalde in art. 1:1 BW lijkt dit voorstel mij in strijd met het systeem van de wet en met art. 1:1 BW. Zie hierover ook de discussie tussen enerzijds Van Bakkum 2016 en anderzijds Westenbroek 2016a en Westenbroek 2016b. Zie voorts: Westenbroek 2016c.

193. Vgl. Verstijlen 2015, p. 326, 327 en 331.

194. De eerdergenoemde in par. 9.3.3, 9.3.4 en 9.3.5 behandelde arresten HR 18 januari 2002, *NJ* 2002, 96 (*Textile Company APS/Steins*), r.o. 3.4.2 en r.o. 3.13 van de conclusie van A-G Spier, HR 23 januari 2004, *NJ* 2005, 510 en *Ondernemingsrecht* 2004/81 m.nt. P. Van Uchelen (*Pontecceen/Van Straten*), r.o. 4.9 en HR 30 september 2005, *NJ* 2006, 312 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Ontvanger/S.*), r.o. 3.4.3 laten dat goed zien.

195. HR 19 maart 1993, *NJ* 1994, 92 m.nt. E.A.A. Luijten (*Nederrijn/De Leij*) r.o. 4.1.

196. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/201, 2015/325 e.v. en 2015/333.

197. Van der Heijden/Dortmond, *Handboek NV/BV* 2013/240; A-G Timmerman in zijn conclusie bij HR 23 november 2012, *NJ* 2013, 302 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2013/40 m.nt. W.J.M. van Anel en K. Rutten (*Spaanse Villa*).

Het criterium van *Kleuterschool Babel* lijdt echter aan een zekere vaagheid¹⁹⁸ en is, zoals gezegd, niet bepaald gelukkig geformuleerd (zie par. 10.4.7) omdat het te veel abstraheert van de positieve werkelijkheid, namelijk dat de natuurlijk persoon vanzelfsprekend wel zélf een gedraging heeft verricht, ook al heeft die (tevens) te gelden als een gedraging van de rechtspersoon. Het criterium leidt tot verwarring. Dit blijkt mijns inziens ook uit de opmerkingen van Asser/Hartkamp & Sieburgh die schreven dat een:

“fundamenteel onderscheid bestaat tussen de gevallen dat een ondergeschikte onrechtmatig handelt (en zijn gedraging niet te gelden heeft als gedraging van de rechtspersoon) en die, waarin gedragingen van een in de organisatie van de rechtspersoon werkzame functionaris als onrechtmatige daad van de rechtspersoon hebben te gelden.”

Zij stelden verder dat:

“wanneer een in de organisatie van de rechtspersoon werkzame functionaris wiens daden te gelden hebben als daden van de rechtspersoon een onrechtmatige daad pleegt, zijn onrechtmatige daad geldt als onrechtmatige daad van de rechtspersoon en deze laatste daarvoor krachtens art. 6:162 BW zelf aansprakelijk is”

en dat:

*“de relevante vraag in zo’n geval is of naast de rechtspersoon ook de handelende persoon persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld voor de door hem in zijn hoedanigheid gepleegde onrechtmatige daad.”*¹⁹⁹

Deze redenering lijkt mij innerlijk tegenstrijdig. Iedereen is aansprakelijk voor de door hem gepleegde onrechtmatige daad, of dat nu in een bepaalde hoedanigheid geschiedt of niet. De wet maakt geen onderscheid tussen hoedanigheden. Het criterium van *Kleuterschool Babel* moet dan ook niet te letterlijk worden genomen. Het moet geïnterpreteerd worden in het licht van het feit dat het toerekeningsleerstuk uitsluitend is ontwikkeld met het oog op een maatschappelijk economische wens om de rechtspersoon, als door de wet gecreëerd (abstract) rechtssubject ex art. 2:5 BW, volledig deel te kunnen laten uitmaken van het rechtsverkeer. Daarom kan de rechtspersoon ‘primaire’ aansprakelijk zijn voor gedragingen van de betrokkenen daarbij. Dat is een juridisch vaststaand feit en *Kleuterschool Babel* is rechtsvormend geweest om een situatie op te lossen waarin de wetgever (bewust) niet had voorzien (zie par. 10.4.4).

198. Zoals P.A. Stein en C.J.H. Brunner ook opmerkten in hun noot bij HR 25 juni 1999, NJ 2000, 33 m.nt. P.A. Stein (*Vriescel*) en HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 m.nt. C.J.H. Brunner (*Kleuterschool Babel*).

199. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011/333.

Het kan om die reden geen rechtspolitieke of rechtstheoretische basis vormen om af te wijken van het uit art. 1:1 lid 2 BW voortvloeiende rechtsbeginsel dat ieder natuurlijk persoon in Nederland drager is van rechten, verplichtingen en rechtsbetrekkingen. Eenieder heeft daarmee, zonder enige beperking, de normen van art. 6:162 BW na te leven en eenieder kan ‘primair’ aansprakelijk zijn uit hoofde van de schending daarvan. Zou daarvan worden afgeweken vanwege rechtspersoonlijkheid, dan zou dat niet anders zijn dan zeggen dat buurman A iets niet verweten kan worden jegens buurman C vanwege het enkele feit dat buurman B iets wel verweten kan worden, terwijl het zeer goed mogelijk is dat buurman A en buurman B beide een – al dan niet verschillend – verwijt kan worden gemaakt (dit voorbeeld wordt verder uitgewerkt in par. 10.5.4.3).

De redenering dat *als gevolg van* de ‘primaire’ aansprakelijkheid van de vertegenwoordigde of rechtspersoon een hoge drempel voor de ‘secundaire’ aansprakelijkheid van de vertegenwoordiger of bestuurder in de vorm van opzet, grove schuld of bewuste roekeloosheid respectievelijk een ernstig verwijt heeft te gelden, lijkt wetsystematisch (en rechtshistorisch) dus niet goed te verdedigen. De redenering gaat voorbij aan de aan Boek 1 en Boek 2 BW ten grondslag liggende beginselen van natuurlijke persoonlijkheid, rechtspersoonlijkheid, rechts-subjectiviteit en de daarmee noodzakelijk samenhangende toerekening van (rechts)handelingen aan de rechtspersoon.²⁰⁰ Toerekening van gedragingen van de bestuurder doet niet af aan de eigen aansprakelijkheid en moet ook niet van invloed zijn op de aansprakelijkheidsmaatstaf voor de eigen aansprakelijkheid jegens derden.

Als een natuurlijk persoon betrokken bij een rechtspersoon zelf onrechtmatig heeft gehandeld jegens een derde, kan de derde gelet op het voorgaande beide paden bewandelen om zijn schade op de rechtspersoon te verhalen. Er bestaat dan een samenloop tussen de art. 6:170-172 BW en de toerekeningsleer en dan kan in één en hetzelfde geval op basis van beide leerstukken tot aansprakelijkheid van de rechtspersoon worden geconcludeerd.²⁰¹ Het feit dat er kan worden toegerekend aan de rechtspersoon (waardoor deze ‘primair’ aansprakelijk is), betekent echter niet dat de derde niet ook (i) rechtstreeks de natuurlijk persoon kan aanspreken (die eveneens ‘primair’ aansprakelijk is) en (ii) de rechtspersoon hoofdelijk kan aanspreken op grond van de artt. 6:170-172 BW. Vanzelfsprekend dient de vraag of een maatschappelijke betamelijkheidsnorm is geschonden overigens te worden beoordeeld op het moment van handelen van de bestuurder (het peilmoment, ik kom daar hierna in par. 10.10 op terug).

200. Zie ook: Westenbroek 2016a.

201. Zie ook: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/333.

Nu is dit allemaal mooie theorie, maar hoe werkt dit nu in praktijk? Uiteraard is het zo dat werknemers, niet-ondergeschikten, vertegenwoordigers en bestuurders, gelet op (i) het organisatorisch verband dan wel het vertegenwoordigingsverband waar vanuit hun gedragingen worden verricht en (ii) de afwezigheid van een directe rechtsverhouding jegens de derde, minder snel aansprakelijk zullen zijn voor hun feitelijke handelingen jegens de derde. De termen ‘primair’ en ‘secundair ouderschap’ zijn behulpzaam om dat inzichtelijk te maken, maar dat neemt niet weg dat ook voor werknemers, niet-ondergeschikten, vertegenwoordigers en bestuurders de verbintenis uit de wet ex art. 6:162 BW kan ontstaan indien hun feitelijke handeling zelf als maatschappelijk onbetamelijk moet worden aangemerkt. De wet maakt, zoals gezegd, geen onderscheid tussen hoedanigheden waarin een onrechtmatige daad wordt gepleegd (ik kom hier in par. 10.5.5 op terug).²⁰²

Voorop staat dat wanneer een werknemer, niet-ondergeschikte, vertegenwoordiger of een bestuurder vanuit een organisatorisch verband of een vertegenwoordigingsverband te maken heeft gehad met een derde, steeds rekening moet worden gehouden met het feit dat zijn kennis en gedragingen ten opzichte van de derde niet steeds volledig op zichzelf kunnen worden beschouwd. Het is steeds goed mogelijk dat binnen het organisatorisch verband of binnen het vertegenwoordigingsverband, kennis bij anderen rust en gedragingen door anderen zijn verricht dan door de feitelijk handelende persoon met wie de derde te maken heeft gehad. Hierdoor kan het zo zijn dat de derde weliswaar schade leidt als gevolg van een onrechtmatige daad van een rechtspersoon, welke onrechtmatige daad mede door toedoen van een specifieke werknemer, niet-ondergeschikte of een bestuurder is ontstaan, zonder dat deze werknemer, niet-ondergeschikte of bestuurder zelf een onrechtmatige daad heeft begaan (zie par. 10.4.5).²⁰³ Deze zal hem ook niet kunnen worden toegerekend ex art. 6:162 lid 3 BW. Dat is namelijk het geval wanneer de kennis en/of gedraging van de feitelijk handelende persoon uitsluitend tezamen met de kennis en/of gedragingen van andere betrokkenen bij de rechtspersoon, als onrechtmatig kunnen worden beschouwd. Alleen de rechtspersoon kan een onrechtmatige daad worden

202. Anders dan Timmerman 2016, par. 10 betoogt, is het dus niet vreemd dat in de literatuur ‘bezwaar wordt gemaakt tegen een specifiek, aan een bepaalde hoedanigheid namelijk die van bestuurder, aanknopen op extern bestuurdersaansprakelijkheidsrecht’.

203. Het is goed mogelijk dat een rechtspersoon aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad zonder dat ook maar één natuurlijk persoon betrokken bij de rechtspersoon aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad. De aansprakelijkheid van de rechtspersoon is dan het gevolg van een optelling van gedragingen en/of kennis van verschillende natuurlijk personen die aan de rechtspersoon kunnen worden toegerekend en die ieder afzonderlijk niet als onrechtmatig zijn aan te merken. Zie: Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/84. Overigens ga ik in dit proefschrift niet in op de theoretische mogelijkheid dat de natuurlijk personen onderling en tezamen met de rechtspersoon hoofdelijk aansprakelijk kunnen zijn uit hoofde van het plegen van een onrechtmatige daad in groepsverband ex art. 6:166 BW. Zie daarover wel kort par. 12.3.4 waarin de term ‘joint tortfeasors’ naar voren komt.

verweten, doordat de ‘samengesmolten’ gedragingen en kennis van alle betrokkenen, inclusief van de feitelijk handelende persoon, aan de rechtspersoon kunnen worden toegerekend (zowel in de zin van de toerekeningsleer als in de zin van art. 6:162 lid 3 BW).

De realiteit is dat niet steeds alle kennis en alle gedragingen van het organisatorisch verband of het vertegenwoordigingsverband, tevens als kennis en gedragingen van de handelende natuurlijk persoon kunnen worden aangemerkt. De functie van de handelende natuurlijk persoon brengt ook niet steeds dusdanig vergaande zorgvuldigheidsverplichtingen met zich jegens derden dat hij voor elke slordigheid moet kunnen worden aangesproken. In mijn beleving is het zo dat dit in de literatuur tot het idee heeft geleid dat de in een bepaalde hoedanigheid handelende natuurlijk persoon ‘beschermde’ dient te worden voor aansprakelijkheid jegens derden. In dat verband is gebruikgemaakt van de termen ‘opzet’, ‘grove schuld’, ‘bewuste roekeloosheid’ respectievelijk ‘ernstig verwijt’. Dit is begrijpelijk. Veelal zal ook sprake zijn van ‘opzet’, ‘grove schuld’, ‘bewuste roekeloosheid’ respectievelijk een ‘ernstig verwijt’ als tot persoonlijke aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW wordt geconcludeerd. In het perspectief van de derde die schade lijdt en op grond van art. 6:162 BW een vordering instelt tegen de in een bepaalde hoedanigheid handelende natuurlijk persoon, speelt echter slechts het criterium van art. 6:162 BW een rol. Als de natuurlijk persoon niet *persoonlijk* een inbreuk heeft gemaakt op een recht dan wel maatschappelijk onbetamelijk heeft gehandeld, dan dient een daarop gebaseerde vordering per definitie afgewezen te worden, zonder dat de kwalificatie ‘opzet’, ‘grove schuld’, ‘bewuste roekeloosheid’ respectievelijk ‘ernstig verwijt’ daaraan te pas hoeft te komen. Omgekeerd geldt dat als de derde kan aantonen dat de natuurlijk persoon wel *persoonlijk* een inbreuk heeft gemaakt op een recht dan wel maatschappelijk onbetamelijk heeft gehandeld, van deze derde op grond van de wet (art. 6:162 BW) niet vereist mag worden dat deze de aanwezigheid van ‘opzet’, ‘grove schuld’, ‘bewuste roekeloosheid’ respectievelijk ‘ernstig verwijt’ aantoont.

Bij de vraag of sprake is van maatschappelijk onbetamelijk handelen, kan de hoedanigheid van degene die handelt namens de rechtspersoon vanzelfsprekend een belangrijke rol spelen. Zo zal relevant kunnen zijn over welke capaciteiten hij wordt geacht te beschikken en of op hem bepaalde zorgvuldigheidsverplichtingen jegens derden rusten gelet op zijn functie en (geobjectiverde) kennis. In par. 10.8 hierna licht ik in dat verband toe dat de bestuurder van een rechtspersoon een zogenoemde bewaarnemersrol heeft in het maatschappelijk verkeer, die juist aanvullende (zwaardere) zorgvuldigheidsverplichtingen ten opzichte van derden met zich kan brengen.

Centraal bij al het voorgaande staat het onderscheid tussen de normschending van de rechtspersoon enerzijds en de (al dan niet onrechtmatige) gedraging van de handelende natuurlijk persoon anderzijds. Dit onderscheid is – naar het lijkt mede door de interpretatie in de literatuur van het arrest *Kleuterschool Babbel* en de termen ‘primaire’ en ‘secundaire aansprakelijkheid’ – vervaagd. In dit verband verwijs ik naar de in par. 10.5.1 omschreven, door Timmerman genoemde, tendens om aan rechtspersoonlijkheid allerlei rechtsgevolgen te verbinden (zoals primaire en secundaire aansprakelijkheid) die verder gaan dan de simpele erkenning van de rechtspersoon als zelfstandig rechtssubject in het maatschappelijk verkeer. Die tendens lijkt paradoxaal genoeg (mede) te zijn ontstaan handelen het onderscheid tussen enerzijds de normschending van de rechtspersoon en anderzijds de normschending van de betrokkenen uit het oog kan doen verliezen. Om dit te illustreren zal ik in de volgende alinea’s stilstaan bij een aantal voorbeelden uit literatuur en rechtspraak.²⁰⁴

10.5.4.1 Aansprakelijkheid van de officier van justitie (1991)

In het eerder aangehaalde arrest *Staat en Van Hilten/M*²⁰⁵ maakte de Hoge Raad duidelijk dat het feitelijk handelen van een natuurlijk persoon tot een normschending van de rechtspersoon kan leiden, zonder dat dit tevens een eigen normschending van de natuurlijk persoon impliceert. In deze zaak werden zowel de Staat als de officier van justitie persoonlijk tot schadevergoeding aangesproken op grond van onrechtmatige daad wegens een door deze officier van justitie bevolen maatregel ter beperking van de communicatie tussen een preventief gedetineerde en zijn advocaat. Die beperking werd later namelijk in strijd met de wet geoordeeld. De rechtbank wees de vordering toe, maar de Hoge Raad was het daar niet mee eens en overwoog:²⁰⁶

“Wanneer een orgaan van de overheid zich bij de uitoefening van de hem als zodanig opgedragen taak onrechtmatig gedraagt door zijn wettelijke bevoegdheden te overschrijden, zal deze gedraging slechts aan hem persoonlijk kunnen worden toegerekend indien zij aan zijn schuld is te wijten, dat wil zeggen: wanneer, gelet op de omstandigheden van het geval, hem persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt. (...) Naar in cassatie mag worden aangenomen, heeft mr. Van Hilten zich tot het geven van dat bevel laten leiden door de in dit geding door de Staat en door hem verdedigde – hiervoor onder 3.2 onjuist bevonden – rechtsopvatting. Gezien de stand van rechtspraak en rechtsliteratuur dienaangaande kan niet worden gezegd dat deze rechtsopvatting ten tijde waarop mr. Van Hilten het gewraakte bevel

204. Zie ook: Westenbroek 2017a.

205. HR 11 oktober 1991, NJ 1993, 165 m.nt. C.J.H. Brunner en G.J.M. Corstens (*Staat en Van Hilten/M*).

206. Zie r.o. 3.3 en 3.4 en het daaraan ten grondslag liggende cassatiemiddel in r.o. 3.2.

gaf, zo onaannemelijk was dat hem een verwijt ervan kan worden gemaakt dat hij, uitgaande van die rechtsopvatting, dat bevel heeft gegeven. Ook blijkt niet uit de stukken van het geding dat M. heeft gesteld dat mr. Van Hilten zich niet alleen heeft laten leiden door voormelde – onjuist bevonden – opvatting omtrent zijn bevoegdheden, maar ook door motieven waarvan hem een verwijt zou kunnen worden gemaakt.” (onderstreping toegevoegd)

De officier van justitie had zelf dus in het geheel geen norm geschonden, maar de Staat wel. In zijn conclusie bij dit arrest overwoog A-G Koopmans²⁰⁷ uitdrukkelijk dat aangenomen moet worden dat voor de persoonlijke aansprakelijkheid van ambtenaren geen andere regels gelden dan voor de aansprakelijkheid van vertegenwoordigers van rechtspersonen in het algemeen.²⁰⁸ Het is in dat verband merkwaardig dat dit arrest in de rechtspraak over externe bestuurdersaansprakelijkheid geen rol van betekenis lijkt te hebben gespeeld. Dat had mijns inziens wel gemoeten. Dat het arrest geen rol heeft gespeeld, houdt mogelijk verband met het in de volgende paragraaf genoemde voorbeeld dat in gezaghebbende literatuur werd gebruikt en dat de gedachtevorming verder heeft beïnvloed.

10.5.4.2 Aansprakelijkheid van de vertegenwoordiger (2004)

Kortmann zette in 2004 een denkbeeldige casus uiteen aan de hand waarvan werd betoogd dat voor de vertegenwoordiger een hogere drempel voor aansprakelijkheid zou moeten gelden in de vorm van opzet, grove schuld of bewuste roekeloosheid:

“Voor de aansprakelijkheid van de handelende wiens daad aan een ander wordt toegerekend, is vereist dat de derde hem onbehoorlijk persoonlijk gedrag kan verwijten. Voor zulk een verwijt bestaat onvoldoende grond indien in geval van een niet onredelijke pretentie van een recht, bijvoorbeeld een recht van eigendom, het recht wordt gehandhaafd, doch de handhaving onrechtmatig wordt geoordeeld. (...) Nodig is dat aan de dader opzet, grove schuld of bewuste roekeloosheid kan worden verweten. Het gaat in deze over een secundaire aansprakelijkheid, over de persoonlijke aansprakelijkheid van een functionaris die in de uitoefening van zijn functie handelt.”²⁰⁹

207. HR 11 oktober 1991, *NJ* 1993, 165 m.nt. C.J.H. Brunner en G.J.M. Corstens (*Staat en Van Hilten/M*), r.o. 11.

208. Ook ambtenaren blijven persoonlijk aansprakelijk voor hun eigen fouten. Een wettelijke uitzondering daarop is geregeld voor gerechtelijke ambtenaren (in opleiding). Zie art. 42 lid 1 t/m lid 4 Wra en hierna par. 10.5.6.

209. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/157.

De nuance die in het voorbeeld naar mijn mening uit het oog wordt verloren is de volgende. De handhaving van het eigendomsrecht kan worden toegerekend aan de vertegenwoordigde, waardoor de vertegenwoordigde onrechtmatig handelt. De vertegenwoordiger zelf handelt echter niet onrechtmatig omdat – in het genoemde voorbeeld – sprake was van een “*niet onredelijke pretentie*” van het eigendomsrecht. Anders gezegd, de vertegenwoordiger maakte in dit voorbeeld bij zijn feitelijk handelen *namens de vertegenwoordigde* inbreuk op het eigendomsrecht van een derde. Als *rechtssubject* maakte hij echter geen inbreuk op het eigendomsrecht van de derde, noch schond hij een maatschappelijke betamelijkheidsnorm. Hij is per definitie niet aansprakelijk, ook niet ‘secundair’. Het vereist stellen van opzet, grove schuld of bewuste roekeloosheid is voor die conclusie niet nodig.

Stel echter dat in het genoemde voorbeeld de vertegenwoordiger zich op een moment twee jaar later (het peilmoment)²¹⁰ ten volle bewust is geworden van het feit dat de vertegenwoordigde (een rechtspersoon) geen eigendomsrecht heeft. Stel voorts dat de vertegenwoordiger toch, tegen beter weten in, de eigendomspretentie blijft handhaven namens de vertegenwoordigde. Vanaf dit peilmoment zal hij nog immer geen inbreuk maken op het *eigendomsrecht* van de derde, maar onder omstandigheden zal hij wel een andere verplichting schenden, namelijk een *maatschappelijke betamelijkheidsnorm*, doordat hij feitelijk de eigendomspretentie van de vertegenwoordigde blijft handhaven. De situatie ligt dan anders in die zin dat hij zelf ‘primair’ aansprakelijk is, omdat hem *gewone* schuld treft van schending van een maatschappelijke betamelijkheidsnorm.²¹¹ De derde kan in dat geval:

- (i) op grond van art. 6:162 BW de vertegenwoordiger aanspreken omdat de vertegenwoordiger primair aansprakelijk is voor de schending van die *maatschappelijke betamelijkheidsnorm*;
- (ii) op grond van art. 6:162 BW de vertegenwoordigde aanspreken voor de *inbreuk op het eigendomsrecht*;
- (iii) op grond van art. 6:172 BW de vertegenwoordigde hoofdelijk aanspreken voor schending van de maatschappelijke betamelijkheidsnorm door de vertegenwoordiger; én

210. Vgl. Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 2265 die in het kader van aandeelhoudersaansprakelijkheid ook met behulp van een peildatum laten zien dat een onderscheid bestaat tussen de aansprakelijkheid van de rechtspersoon als het ene rechtssubject en de aansprakelijkheid van de aandeelhouder als het andere rechtssubject.

211. Van een situatie als deze was in feite sprake in HR 31 januari 1958, *NJ* 1958, 251 (*Van Dullemen/Sala*) dat een zaak van externe bestuurdersaansprakelijkheid betrof waar het evenwel niet ging om een eigendomsrecht, maar om een gebruiksrecht op grond van een huurovereenkomst. Dit arrest waarnaar expliciet wordt verwezen in HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 295 m.nt. J.M.M. Maeijer (*New Holland Belgium/Oosterhof*) lag aan de basis van het arrest HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*) waarin op zijn beurt expliciet werd verwezen naar *New Holland Belgium/Oosterhof*.

- (iv) op grond van art. 6:162 BW de vertegenwoordigde aanspreken voor de schending van de *maatschappelijke betamelijkheidsnorm* door de vertegenwoordiger, omdat de gedraging van de vertegenwoordiger op grond van het toerekeningsleerstuk aan de vertegenwoordigde is toe te rekenen.²¹²

De schade die de derde lijdt door de schending van de maatschappelijke betamelijkheidsnorm, is echter een andere schade dan de schade als gevolg van de inbreuk op diens eigendomsrecht door de vertegenwoordigde, al was het maar omdat het peilmoment waarop en de tijdsduur waarin de maatschappelijke betamelijkheidsnorm werd geschonden een andere is dan die van de inbreuk op het eigendomsrecht. De vertegenwoordiger zal nimmer ‘primair’ noch ‘secundair’ aansprakelijk zijn voor de schade als gevolg van de inbreuk op het *eigendomsrecht*, maar uitsluitend primair voor de schade als gevolg van de schending van een *maatschappelijke betamelijkheidsnorm*.

10.5.4.3 Buurmannen A, B en C (2013)

Ik ontleende het hiervoor in par. 10.5.4 genoemde voorbeeld van de buurmannen A, B en C aan opmerkingen die Willems maakte naar aanleiding van het arrest *Spaanse Villa*.²¹³ Hij stelde dat, hoewel steeds een natuurlijk persoon/bestuurder namens dan wel ten laste van de vennootschap een feitelijke handeling zal hebben verricht, rechtens steeds de vennootschap – niet de bestuurder – actief is en dat dit rechtens niet anders is dan te zeggen dat buurman A niet tegenover het slachtoffer (buurman C) aansprakelijk is voor de schade ten gevolge van een onrechtmatige daad van zijn buurman B (de rechtspersoon).²¹⁴ ‘Doorbraak van aansprakelijkheid’ (van buurman B naar buurman A) behoefde volgens Willems een aparte rechtvaardiging en het motief voor deze vorm van doorbraak lag volgens hem in de opvatting dat rechtspersoonlijkheid niet mag worden *misbruikt*. In dit verband zou de ernstigverwijtmaatstaf (voor buurman A) zijn ontwikkeld.

De ernstigverwijtmaatstaf (of beter: de behoorlijke taakvervullingsnorm) is echter ontwikkeld op het gebied van *interne* bestuurdersaansprakelijkheid en ziet dus op de verhouding tussen buurman A (als bestuurder) en buurman B (als rechtspersoon). Het door Willems genoemde ‘misbruik’-criterium speelde in zijn voorbeeld echter juist in de verhouding tussen buurman A (de bestuurder) en buurman C. De hiervoor in par. 10.2.2 aangehaalde opzet of bewuste roekeloosheid, waar Van Schilfgaarde en Kortmann²¹⁵ op doelden, moet dan ook zo worden begrepen dat de bestuurder (i) jegens buurman C ‘misbruik’ heeft

212. Zie ook: Huizink 2009, p. 110.

213. HR 23 november 2012, *NJ* 2013, 302 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2013/40 m.nt. W.J.M. van Andel en K. Rutten (*Spaanse Villa*).

214. Willems 2013, par. 15.

215. Kortmann 1991, p. 62 en Van Schilfgaarde 1998, *Van de BV en de NV*, nr. 48.

gemaakt van zijn (vertegenwoordigings)functie die hij voor de rechtspersoon vervult en/of (ii) over (geobjectiveerde) wetenschap van benadeling van buurman C beschikte die verband hield met zijn eigen feitelijke schadeveroorzakende gedragingen.²¹⁶ Anders gezegd, buurman A schendt persoonlijk een maatschappelijke betamelijkheidsnorm jegens buurman C. In dat geval is een hoge drempel voor aansprakelijkheid waarin de ernstigverwijtmaatstaf zou voorzien niet nodig, laat staan logisch. Immers, zolang buurman A jegens buurman C geen misbruik maakt van zijn bevoegdheid om buurman B te vertegenwoordigen of niet zelf een betamelijkheidsnorm schendt, is gelet op rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit niet in te zien waarom hij jegens buurman C aansprakelijk zou moeten zijn, ook al treft hem wellicht in zijn verhouding tot buurman B een ('ernstig') verwijt. Uitsluitend buurman B is als vertegenwoordigde aansprakelijk voor de verbintenissen die door toedoen van buurman A tot stand komen. Uitsluitend buurman B is als vertegenwoordigde aansprakelijk voor een aan buurman B toegerekende onrechtmatige gedraging die ontstaat door de samengevoegde kennis en gedragingen van buurman A en andere betrokkenen bij buurman B.

Stel nu dat buurman A in het kader van de belangen van buurman B te lang op kantoor is gebleven om zodoende zijn taak behoorlijk te vervullen ex art. 2:9 BW. Stel voorts dat buurman A vervolgens met een te grote snelheid naar een klant van buurman B is gereden om wederom de belangen van buurman B te behartigen. Buurman A veroorzaakt een verkeersongeluk als gevolg waarvan buurman C schade lijdt. In dit geval zal de behoorlijke belangenbehartiging door buurman A ten opzichte van buurman B niet afdoen aan de persoonlijke aansprakelijkheid van buurman A jegens buurman C. In het perspectief van buurman C, die schade lijdt en een vordering instelt tegen buurman A op grond van art. 6:162 BW, is immers slechts het criterium van art. 6:162 BW van belang. Met andere woorden: de hoge drempel van de ernstigverwijtmaatstaf speelt in die verhouding geen rol.

10.5.4.4 Aansprakelijkheid van de schilder (2015)

Van Bakkum gebruikte in 2015 het voorbeeld van een schilder die, in dienst van een rechtspersoon die een schildersonderneming drijft, bij een derde per ongeluk een verfpot omstoot en het parket ruïneert. Van Bakkum achtte het niet onredelijk dat dan alleen de rechtspersoon daarvoor aansprakelijk is.²¹⁷ De wetgever denkt daar anders over. Op basis van het huidige recht is de onoplettendheid die leidt tot het omstoten van de verfpot naar verkeersopvattingen namelijk een normschending van de schilder *zelf*, waardoor deze hem persoonlijk te verwijten valt op grond van art. 6:162 BW. Hetzelfde zou gelden als de

216. Vgl. De Valk 2009, p. 134.

217. Van Bakkum 2015a.

eerdergenoemde officier van justitie (zie par. 10.5.4.1) per ongeluk een verkeerde beslissing had genomen die duidelijk strijdig was met het recht. De schildersonderneming kan dáárom naast de schilder hoofdelijk worden aangesproken op grond van art. 6:170 BW. Dat het ongeluk in het maatschappelijk verkeer mede wordt gezien als een handeling van de schildersonderneming, waardoor deze ook uit eigen hoofde ex art. 6:162 BW of ex art. 6:74 BW aansprakelijk is, maakt dat niet anders.²¹⁸ Dat de wetgever het wél redelijk acht dat de schilder zelf aansprakelijk blijft, is goed te begrijpen als we in het voorbeeld de normschending ('onoplettendheid') gelijk laten, maar de gevolgen iets anders maken. Stel dat de schilder per ongeluk een zware verfspot van een steiger boven op een geparkeerde splinternieuwe Porsche laat vallen die niet van de opdrachtgever is, maar van een derde die daar zijn laatste spaarcenten aan heeft uitgegeven. De Porsche is hierdoor total loss geraakt. De schildersonderneming is bovendien diezelfde dag in staat van faillissement verklaard waardoor de derde geen verhaal bij de schildersonderneming heeft. Zou de derde de schilder (die wellicht heel vermogend is) niet kunnen aanspreken omdat geen sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid, dan dient deze derde de gevolgen te dragen van de onvoorzichtigheid van de schilder. Dat was uitdrukkelijk niet de bedoeling van de wetgever, zo blijkt uit hetgeen in par. 10.2.2 is uiteengezet.

10.5.4.5 Aansprakelijkheid van de werknemer die een grondverzetmachine bestuurt (2015)

Olden²¹⁹ gebruikte in 2015 het voorbeeld van een werknemer die met een grondverzetmachine een stroomkabel op de Zuidas kapot trekt. Olden stelde – aan de hand van de rechtspraak van de Hoge Raad over externe bestuurdersaansprakelijkheid – dat de werknemer schadeplichtig zou zijn jegens derden omdat hij *primair* een onrechtmatige daad zou begaan, maar dat dit bij de bestuurder anders zou liggen omdat de onrechtmatige gedraging van de bestuurder primair een daad van de rechtspersoon zou zijn. Terwijl ik niet vermag in te zien waarom een bestuurder beter beschermd zou moeten worden dan een werknemer (het dunkt mij dat de maatschappij dat evenmin zou begrijpen),²²⁰ mist het voorbeeld de nodige nuance die blijkt uit eerdergenoemd arrest *Staat en Van Hilten/M.* De werknemer die de stroomkabel op de Zuidas kapottrekt,

218. De gedupeerde kan beide wegen bewandelen en kan voorts kiezen om de schilder niet zelf aan te spreken en uitsluitend de werkgever aan te spreken. Als de schilder door de gedupeerde wordt aangesproken, kan deze zich op grond van art. 6:257 BW (de blokkering van de 'paardensprong') jegens de opdrachtgever wel beroepen op eventuele exonerationclausules die de schildersonderneming met deze opdrachtgever is overeengekomen. Mocht hem dat niet baten dan kan de schilder ex art. 6:170 lid 3 jo. art. 6:10 lid 2 BW regres nemen op de schildersonderneming.

219. Olden 2015 als reactie op mijn voordracht tijdens het Ondernemingsrecht diner 2015 waarvan Westenbroek 2015b een uitgebreidere onderbouwing vormt.

220. Daar lijkt Olden 2015 kennelijk anders over te denken.

zal namelijk pas persoonlijk aansprakelijk zijn wanneer zijn eigen gedraging (namelijk het op een bepaalde manier bedienen van de grondverzetmachine) als een normschending kan worden gezien jegens een derde. Indien het kapot-trekken van de kabel het gevolg is van het opvolgen van de instructies van zijn werkgever (die hem bijvoorbeeld heeft voorzien van onvolledige bouwtekeningen), terwijl hij zelf geen (beroeps)norm heeft geschonden (naar ik begrijp duurt de opleiding Machinist Grondverzet gemiddeld twee jaar en is deze gebaseerd op het MBO diploma niveau 3 “Machinist grondverzet”), zal hij niet zelf op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk zijn. Hem treft dan immers geen gewone schuld van de schade, ook al is hij feitelijk degene die de stroomkabel kapot heeft getrokken. Dat is juist zo goed uitgelegd in het eerdergenoemde arrest *Staat en Van Hilten/M.* De werkgever zal in dat geval ook niet aansprakelijk kunnen zijn op grond van art. 6:170 BW, omdat dit artikel immers vereist dat sprake is van een onrechtmatige gedraging van de werknemer. De werkgever zal echter wel aansprakelijk zijn op grond van het toerekeningsleerstuk.²²¹

10.5.4.6 De Julianabrug in Alphen aan den Rijn (2015)

Tot slot, een vergelijkbare casus als de vorige – doch dan op waarheid gebaseerd – is toen op 3 augustus 2015 in Alphen aan den Rijn twee bouwkransen, die op een ponton stonden om een brugdeel van de Julianabrug te vervangen, instortten en tot een enorme ravage leidden met (gelukkig slechts) de tragische dood van een hond tot gevolg. De talloze werknemers die ten tijde van het ongeval ter plekke aan het werk waren, zullen ieder in *feitelijke* zin hebben bijgedragen aan het ongeluk, maar dat betekent niet dat hun persoonlijk een onrechtmatige daad kan worden verweten en dat zij aansprakelijk zijn. Let wel: als het ongeval was te wijten aan het per ongeluk niet goed uitvoeren van een op een specifieke werknemer rustende taak, dan zou dat anders kunnen zijn. Een en ander doet niet af aan de eventuele aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW van de aannemer in wiens dienst de betrokken werknemers hun werkzaamheden hebben verricht,²²² doordat de gezamenlijke kennis en handelingen van deze werknemers aan de aannemer worden toegerekend op grond van het toerekeningsleerstuk.

221. De stelling van Olden 2015 dat art. 6:170 BW voorziet in risicoaansprakelijkheid omdat het tegenover de werknemer niet billijk is om hem de schade te laten dragen is rechtstheoretisch dus evenmin juist, omdat art. 6:170 BW blijkens de wetsgeschiedenis geen afbreuk doet aan de mogelijkheid voor de derde om de werknemer die onrechtmatig heeft gehandeld zelf aan te spreken. In het geval dat de werkgever onvoldoende verhaal biedt of zelfs failliet, zal de schade *de facto* dus nog immer deels of volledig voor rekening van deze werknemer komen.

222. In april/mei 2016 verschenen dan ook berichten in de media dat gedupeerden de betrokken aannemerscombinatie voor de rechter dagen.

10.5.4.7 Onderscheid normen en eigen aansprakelijkheid rechtssubject: een rechtspolitieke keuze

De normen die in specifieke omstandigheden op de rechtspersoon rusten, verschillen dus met de normen die op de betrokkenen bij die rechtspersoon rusten. De primaire schending van een norm door de rechtspersoon impliceert niet een ('primaire' laat staan 'secundaire') schending van een norm door de bestuurder of van een werknemer, niet-ondergeschikte of vertegenwoordiger.²²³ Maar de rechtssubjectiviteit van ieder van hen brengt wel mee dat zij *primair* aansprakelijk blijven voor hun eigen onrechtmatige gedragingen indien deze aan hen kunnen worden toegerekend (in de zin van art. 6:162 lid 3 BW), ook als die gedragingen op grond van het toerekeningsleerstuk tevens als een onrechtmatige daad aan de rechtspersoon kunnen worden toegerekend.²²⁴

In het systeem van de wet, waarin ieder rechtssubject een eigen verantwoordelijkheid draagt en daarom *primair* aansprakelijk blijft voor eigen onrechtmatig gedrag, past geen zwaardere maatstaf zoals opzet, grove schuld, bewuste roekeloosheid of de ernstigverwijtmaatstaf bij wegens 'secundaire' aansprakelijkheid. Het enige criterium dat de wet biedt en dat dient te worden toegepast is art. 6:162 BW. De toepassing van dat artikel zal van geval tot geval verschillend uitpakken afhankelijk van (i) de gedragingen van de natuurlijk persoon, (ii) de bij hem aanwezige kennis en/of veronderstelde kennis,²²⁵ (iii) de bij hem aanwezige en/of veronderstelde capaciteiten en (iv) de op deze natuurlijk persoon rustende zorgvuldigheidsverplichtingen die daardoor ontstaan. In dit verband is de parlementaire geschiedenis van Boek 6 BW sprekend:

*“Wanneer een arbeider op bevel van de werkgever heeft gehandeld, wordt hij niet van zijn aansprakelijkheid jegens de benadeelde derde bevrijd, wanneer hij voorzien kon, dat door de opvolging van het bevel aan die derde onrechtmatige schade zou worden berokkend. Op grond van het bevel zal hij echter een regresrecht tegen zijn werkgever hebben.”*²²⁶

223. Van “*dubbele aansprakelijkheid*” zoals bedoeld in Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/334 onder verwijzing naar rechtspraak over externe bestuurdersaansprakelijkheid, is strikt genomen dus sprake.

224. Anders dan gesuggereerd door Olden 2013a, p. 3 en Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/90 biedt de toerekeningsleer dus geen bescherming van de feitelijk handelende persoon. Voor zover de feitelijk handelende wordt beschermd, is dat een gevolg van het feit dat de onrechtmatige daad niet aan hem kan worden toegerekend op grond van art. 6:162 lid 3 BW omdat hem geen verwijt treft. Dit staat los van het feit dat zijn handelingen kunnen worden toegerekend (zoals bedoeld in de zin van het arrest Kleuterschool Babbel) aan de rechtspersoon.

225. Waarin de onderzoeksplicht van de derde wellicht ook een rol kan spelen.

226. Van Zeven, Pon & Olthoff 1981, *PG Boek 6 BW*, p. 709.

Dit past bij de gedachte dat ieder natuurlijk persoon ex art. 1:1 BW een eigen verantwoordelijkheid blijft dragen. De eerder in par. 10.4.7 genoemde uitspraak van het hof Amsterdam, die mede betrekking had op de toerekening van onrechtmatig handelen van een secretaresse aan haar werkgever, is daar een goed voorbeeld van.²²⁷ Hoewel de secretaresse geen partij was in deze zaak tussen haar werkgever en de genoemde bedrijfsvereniging, oordeelde het hof dat de verstrekking van onjuiste inlichtingen door de secretaresse onrechtmatig was van de secretaresse zelf, omdat de werkgever niet had gesteld dat de secretaresse – kort gezegd – zelf niet op de hoogte was en/of kon zijn van de onjuistheid van de gegevens. Voor de werknemer geldt dus geen hogere maatstaf voor externe werknemersaansprakelijkheid. Dat in de literatuur wordt betoogd dat dit anders zou *moeten* zijn, zoals bijvoorbeeld in het verleden is betoogd door Klaassen en meer recentelijk door Van Bakkum, maakt dit *volgens de wet* nog niet anders.²²⁸ Klaassen merkte in navolging van Spier in 1996²²⁹ dan ook terecht op dat daarvoor art. 6:170 BW veranderd zou moeten worden, maar dat is niet gebeurd.²³⁰

Dat het anders zou *moeten* zijn, is overigens een normatieve en rechtspolitieke stelling die ik niet per se ondeugdelijk vind. Het gaat het bestek van dit proefschrift echter te buiten om op die te voeren rechtspolitieke discussie in te gaan. Ik meen overigens dat het de taak van de wetgever (en niet de rechter) is om al dan niet te beslissen of dit anders zou moeten zijn. Daar dient een rechtspolitiek debat aan ten grondslag te liggen. In dat rechtspolitieke debat kunnen alle relevante factoren afgewogen worden. In het verleden heeft dat geleid tot het systeem zoals dat nu bestaat en dat was destijds een welbewuste rechtspolitieke keuze.²³¹ Die keuze is, zoals eerder reeds betoogd (zie par. 10.2.2 t/m 10.2.4), onder meer gebaseerd op de volgende gedachte die blijkt uit de parlementaire geschiedenis van artt. 6:170-172 BW:

“Het feit dat de dader de schade blijkt te hebben toegebracht handelend in dienst van een ander, behoort de benadeelde nimmer in een slechtere positie te brengen, hoogstens in een betere. De dader-ondergeschikte – in

227. Hof Amsterdam 17 maart 1976, *NJ* 1977, 525.

228. Zie de discussie hierover in Van Bakkum 2016, Westenbroek 2016a en Westenbroek 2016b.

229. J. Spier en A.T. Bolt, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Deventer: Tjeenk Willink 1996, p. 332.

230. Zie bijvoorbeeld: Klaassen 2000, p. 5 e.v. en p. 35 die onderkent dat het huidige systeem nu eenmaal zo is, maar die betoogt dat dit anders zou moeten zijn. Zie ook meer recentelijk: Van Bakkum 2015a en Van Bakkum 2016.

231. Klaassen 2000, p. 6.

*de huidige maatschappij lang niet altijd insolvabel – mag dan ook tegenover de benadeelde geen verweer ontleen aan het feit dat hij als ondergeschikte van een ander de onrechtmatige daad beging.”*²³²

Dit is een te verdedigen *rechtspolitiek* uitgangspunt waar de wetgever voor heeft gekozen. Het is niet aan de rechtspraak voor bestuurders (die vallen onder de reikwijdte van artt. 6:170-172 BW, zie par. 10.2.3) een uitzonderingspositie te maken op basis van de in de rechtspraak ontwikkelde toerekeningsleer. Als wij van dit systeem zouden willen afstappen, dient daar zoals gezegd een rechtspolitiek debat aan ten grondslag te liggen. De Hoge Raad is door de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in het arrest *Ontvanger/Roelofsen* vooruitgelopen op dat rechtspolitiek debat, waarmee het bestuurders een verdergaande bescherming biedt dan werknemers. Dit is mijns inziens strijdig met de trias politica (zie par. 2.3).²³³

Terzijde zij bij dit alles opgemerkt dat de wet overigens wel voorziet in een verdere bescherming van de ondergeschikte jegens de derde. Art. 6:257 BW bepaalt immers dat een ondergeschikte van een partij alle verweermiddelen ter beschikking staan welke diezelfde partij jegens haar wederpartij kan inroepen. Deze bepaling brengt met zich dat exoneratieclausules in algemene voorwaarden van de rechtspersoon of de werkgever kunnen worden ingeroepen door de werknemer (en dus ook door de bestuurder die tevens werknemer is) ter afwering van onrechtmatigedaadsvorderingen van derden die in een contractuele relatie met de rechtspersoon of de werkgever staan. Klaassen merkte verder op dat 80% van de bedrijven een algemene aansprakelijkheidsverzekering hebben afgesloten die de ondergeschikten van die bedrijven ook beschermt.²³⁴

Kort en goed, de vraag of sprake is van onrechtmatig handelen zal steeds van geval tot geval beoordeeld moeten worden en voor de bestuurder geldt geen hogere bescherming dan voor de werknemer. Integendeel zelfs. Een werknemer staat ex art. 7:610 BW in een ondergeschikte gezagsverhouding tot de werkgever²³⁵ en de werkgever is ex art. 7:660 BW bevoegd instructies te geven aan de werknemer. Blanco Fernández stelde in 1993 daarom terecht dat de werknemer als in de regel zwakkere partij een bijzondere bescherming verdient en dat de positie van de werknemer in dit opzicht verschilt met die van de bestuurder (zie par. 5.3.5).²³⁶ De genoemde gezagsverhouding brengt reeds met zich dat de werknemer in beginsel moet kunnen vertrouwen op de informatie

232. Van Zeben, Pon & Olthoff 1981, *PG Boek 6 BW*, p. 717.

233. Zie ook: Westenbroek 2017a.

234. Klaassen 2000, p. 21.

235. Zo ook Assink & Olden 2005, voetnoot 21.

236. Blanco Fernández 1993, p. 174-175, 177.

die hem door de werkgever verstrekt wordt. Alleen als de werknemer mede gelet op de bij hem aanwezig geachte capaciteiten en kennis, waarbij de informatie verstrekt door zijn werkgever uiteraard een belangrijke rol speelt, kon voorzien dat die instructie tot schade bij een derde zou leiden, riskeert hij persoonlijke aansprakelijkheid.

De bestuurder van een rechtspersoon staat echter niet in een ondergeschikte gezagsverhouding en heeft daarmee een grotere en meer zelfstandige verantwoordelijkheid. Het feit dat een bestuurder ex art. 2:9 BW het inzicht en de zorgvuldigheid moet hebben die mag worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult, brengt daarom met zich dat hij sneller in een situatie van persoonlijke aansprakelijkheid jegens een derde terecht kan komen dan een werknemer. Gelet op de in par. 1.1 genoemde verwachtingsfunctie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht en de daarmee samenhangende bewaarnemersrol van de bestuurder in het maatschappelijk verkeer (zie hierna par. 10.8), moet een derde immers kunnen vertrouwen op een bepaalde mate van geobjectiveerde kennis van de bestuurder. Zou een derde dat niet kunnen, dan zou dat afbreuk kunnen doen aan de volwaardige rol die wij rechtspersonen in het maatschappelijk rechtsverkeer wensen te geven. Dat een derde ook daadwerkelijk mag vertrouwen op een bepaalde mate van geobjectiveerde kennis, blijkt uit het *Beklamel*-criterium: ‘wist of moet hebben geweten’.²³⁷ Voor aansprakelijkheid op grond van een *Beklamel*-geval is niet vereist dat sprake is van opzet, grove schuld of bewuste roekeloosheid in de civielrechtelijke betekenis van deze woorden of van een ‘ernstig verwijt’ (wat deze laatste term ook moge betekenen). In deze zin is het feit dat een natuurlijk persoon de hoedanigheid van bestuurder heeft dus relevant, in zoverre dat deze hoedanigheid juist aanvullende zorgvuldigheidsverplichtingen jegens een derde met zich brengt.

In verband met het voorgaande is het goed om stil te staan bij de volgende opmerkingen die Visser reeds in 1929 plaatste:

“Hetgeen de bestuurders binnen den kring hunner bevoegdheden doen, wordt de vennootschap geacht zelve te hebben verricht en bindt haar dus. Zij kan voor de aldus aangegane verbintenissen worden aangesproken evenzeer als zij harerzijds nakoming kan vorderen. Die gebondenheid geldt niet alleen voor verbintenissen uit overeenkomst, maar evenzeer voor die uit de wet. De vennootschap is verplicht de schade te vergoeden, welke aan

237. HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Beklamel*).

derden is veroorzaakt door onrechtmatige handelingen, welke bestuurders, namens haar handelende en daarbij blijvende binnen hetgeen in het algemeen hun taak is, mochten hebben begaan."²³⁸

En:

"Krachtens art. 36g zijn de bestuurders, indien zij vóór behoorlijke publicatie der vennootschap of vóór behoorlijke storting op de geplaatste aandelen namens de vennootschap optreden (...) hoofdelijk voor het geheel aan derden verbonden (...). Voor het overige zullen zij tegenover derden niet aansprakelijk zijn voor overeenkomsten, welke zij bevoegdelijk in naam der vennootschap hebben afgesloten en welke deze dus (...) binden. Dit volgt uit de bepalingen van lastgeving en bovendien a contrario uit art. 47 b. Hetzelfde mag in het algemeen ook worden aangenomen ten aanzien van verbintenissen uit de wet; er is geen reden waarom een bestuurder, die als zoodanig b.v. een onverschuldigde betaling aangenomen of eens anders zaken waargenomen heeft, persoonlijk met de vennootschap aansprakelijk zou zijn. Anders staat het ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad. Op zich zelf is niet in te zien, waarom het enkele feit van de aansprakelijkheid der naamloze vennootschap den bestuurder steeds van iedere persoonlijke aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zou bevrijden. Ook de verantwoordelijkheid, welke art. 1403 B.W. legt op hen, die anderen voor het waarnemen hunner zaken bezigen, neemt de aansprakelijkheid van die aangestelden wegens de door hen begane onrechtmatige daden niet weg. Men zal moeten onderscheiden. Niet in alle gevallen, waarin de vennootschap uit hoofde van onrechtmatige daad kan worden aangesproken, zal de bestuurder mede verbonden moeten zijn. Dat een bestuurder, die, met het plaatsen van aandelen belast, door valsche voorstellingen een ander tot het nemen dier stukken beweegt, ook persoonlijk voor die daad aansprakelijk wordt gesteld, is juist; aan den andere kant ware het in strijd met gezonde verkeersbegrippen, indien een bestuurder, die b.v. ten onrechte een conservatoir beslag ten behoeve zijnder vennootschap zou hebben doen leggen, om dat enkele feit persoonlijk zou worden aangesproken. De grenslijn zal aldus moeten worden getrokken, dat de bestuurder naast de vennootschap persoonlijk aansprakelijk is, zodra zijn handeling in strijd is geweest met eigen, persoonlijke rechtsplichten, hij zich aan kwade trouw of onachtzaamheid heeft schuldig gemaakt. Wanneer dit echter niet het geval is en hij alleen de rechten der vennootschap op onjuiste wijze heeft uitgeoefend, zóó dat slechts in strijd met de rechtsplichten der vennootschap is gehandeld, zal ook alleen deze wegens onrechtmatige daad kunnen worden aangesproken."²³⁹

238. Kist & Visser 1929, p. 225.

239. Kist & Visser 1929, p. 247.

Mijn standpunt²⁴⁰ is niet anders dan dat van Visser in 1929 en is gebaseerd op de hiervoor uiteengezette parlementaire geschiedenis uit 1981 bij Boek 6 BW.²⁴¹ Visser liet zien waar het om draait: de rechtspersoon wordt jegens derden gebonden door verbintenissen uit de wet en door de verbintenissen die de bestuurder namens de rechtspersoon aangaat. De bestuurder wordt daarnaast ook zelf gebonden jegens derden door schending van “*eigen rechtsplichten*”. Huizink zag dit in 1994 naar mijn mening ook goed door te constateren dat wanneer een vennootschap aansprakelijk zou zijn voor *door één harer bestuurders* veroorzaakte milieuverontreiniging, de aansprakelijkheid van de betrokken bestuurder zelf in beginsel geen enkel probleem vormt. De vraag naar secundaire aansprakelijkheid werd door Huizink uitsluitend gesteld in het kader van de vraag of een bestuurder aansprakelijk kon zijn voor een aan de rechtspersoon toegerekende gedraging van een werknemer of voor aansprakelijkheid van de rechtspersoon ex art. 6:170 BW (zie par 10.4.8).²⁴² Dat antwoord is in mijn ogen negatief. Secundaire aansprakelijkheid bestaat niet en de bestuurder kan alleen maar primair aansprakelijk zijn indien hij persoonlijk een maatschappelijke betamelijkheidsnorm schendt. Als de directeur van een rechtspersoon persoonlijk de opdracht heeft gegeven aan de werknemer de milieuverontreiniging te veroorzaken, dan zou daar sprake van kunnen zijn. Geeft de directeur echter opdracht een ton milieuverontreiniging te veroorzaken, terwijl de werknemer tien ton milieuverontreiniging veroorzaakt, dan zou de directeur *strikt genomen* (laat ik het even ongenueanceerd stellen) dus slechts voor een ton kunnen worden aangesproken.

10.5.5 *Analogische analyse tussen de bestuurder en de vertegenwoordiger uit Boek 3 BW*

De bestuurder van een rechtspersoon is de wettelijke vertegenwoordiger van de rechtspersoon. De bestuurder heeft krachtens de wet de bevoegdheid gekregen de rechtspersoon te vertegenwoordigen. Zie artt. 2:45, 2:130/240 en 2:292 BW:

“Het bestuur vertegenwoordigt de [vereniging, vennootschap of stichting], voor zover uit de wet niet anders voortvloeit.”

De regels over vertegenwoordiging van Boek 3 vinden via de schakelbepalingen van art. 3:78 BW en art. 3:79 BW overeenkomstige toepassing in het rechtspersonenrecht. Art. 3:78 BW luidt:

240. Zie ook: Westenbroek 2015b en Westenbroek 2016b.

241. Van Zeben, Pon & Olthoff 1981, *PG Boek 6 BW*, p. 717.

242. Huizink 1994.

“Wanneer iemand optreedt als vertegenwoordiger uit anderen hoofde dan volmacht, zijn de artikelen 63, lid 1, 66, lid 1, 67, 69, 70, 71 en 75 lid 2 van overeenkomstige toepassing, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit.”

Art. 3:79 BW luidt:

“Buiten het vermogensrecht vinden de bepalingen van deze titel overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet.”

De regels die krachtens Boek 3 voor volmacht gelden, gelden grotendeels ook voor andere vormen van vertegenwoordiging zoals de wettelijke (of in de literatuur aangemerkt als: directe)²⁴³ vertegenwoordiging door de bestuurder van een rechtspersoon.

De bestuurder is een vertegenwoordiger van de rechtspersoon en een groot deel van de vertegenwoordigingsbepalingen van Boek 3 zijn van overeenkomstige toepassing op de bestuurder. Het ligt daarom voor de hand de in de jurisprudentie ontwikkelde ernstigverwijtmaatstaf voor externe bestuurdersaansprakelijkheid, alsmede de onderbouwing van die maatstaf, namelijk dat het handelen van de bestuurder primair moet worden toegerekend aan de vertegenwoordigde rechtspersoon, te vergelijken met de aansprakelijkheidsmaatstaf die geldt voor een vertegenwoordiger die in de uitoefening van zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid onrechtmatig handelt jegens de derde.

In de literatuur en jurisprudentie staat niet ter discussie dat een vertegenwoordiger binnen het kader van de uitoefening van zijn taak onrechtmatig kan handelen.²⁴⁴ De gevolmachtigde ex art. 3:60 BW blijft als rechtssubject, dat los moet worden gezien van het rechtssubject van de volmachtgever, ‘primair’ verantwoordelijk voor zijn eigen feitelijk handelen en kan daarvoor op grond van art. 6:162 BW worden aangesproken terwijl hij tegelijkertijd ex art. 3:66 BW de volmachtgever ‘primair’ kan binden door de bevoegde uitoefening van zijn volmacht. De gevolmachtigde/vertegenwoordiger heeft de persoonlijke rechtsplicht zich te onthouden van gedragingen die in strijd zijn met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt.²⁴⁵ Doet hij dat niet, dan is hij ‘primair’ aansprakelijk (niet ‘secundair’) op grond van de gewone regels van onrechtmatige daad. De ernstigverwijtmaatstaf die is onderbouwd met secundaire aansprakelijkheid, kent men hier niet.

243. Hijma & Olthof, *Compendium Vermogensrecht* 2014/4.73.

244. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/151.

245. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/99. Zie ook: HR 4 februari 1977, *NJ* 1977, 278 m.nt. G.J. Scholten (*Gerritsen/Zwaan*).

Nu is in de hiervoor in par. 10.4.8 uiteengezette literatuur de stelling ingenomen, onderbouwd met secundaire aansprakelijkheid, dat voor vertegenwoordigers praktisch weinig betekenis zou toekomen aan art. 6:172 BW *“omdat in het algemeen handelingen van vertegenwoordigers aan de vertegenwoordigde als eigen handelingen worden toegerekend.”*²⁴⁶ Daarom zou niet snel sprake zijn van een eigen onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW en daardoor zou art. 6:172 BW weinig functie hebben, omdat die laatste bepaling immers uitgaat van een eigen onrechtmatige daad. Er zou pas sprake kunnen zijn van een eigen onrechtmatige daad als sprake is van opzet, grove schuld of bewuste roekeloosheid. Een wettelijke grondslag voor die stelling ontbrak echter, terwijl de wetgever juist had duidelijk gemaakt dat het bestaan van een dienstverband, vertegenwoordigingsverband of ondergeschiktheid geen rechtvaardiging oplevert om af te wijken van de hoofdregel dat de dader persoonlijk aansprakelijk jegens derden blijft voor zijn onrechtmatig gedrag (zie par. 10.2.2). In de rechtssystemen die ik in hoofdstuk 12 behandel, wordt de bestuurder overigens ook vergeleken met de vertegenwoordiger en in die rechtssystemen blijft de bestuurder ook onverkort aansprakelijk jegens derden voor zijn onrechtmatig gedrag. Ik heb verder hiervoor in par. 10.5.1 t/m par. 10.5.4 uiteengezet waarom ik meen dat de redenering rechtstheoretisch in relatie tot de derde die schade lijdt niet te rechtvaardigen is (toerekening doet niet af aan rechtssubjectiviteit).

De sleutel moet worden gevonden in de vraag of de door de vertegenwoordiger verrichte gedragingen, in het licht van de bij hem persoonlijk aanwezig veronderstelde kennis en capaciteiten en de daarmee verband houdende persoonlijke zorgvuldigheidsverplichtingen, jegens derden het criterium van art. 6:162 BW kunnen doorstaan. Uiteraard zal het veelal zo zijn dat bij aanwezigheid van opzet, grove schuld, bewuste roekeloosheid of ‘ernstige verwijtbaarheid’ van de vertegenwoordiger, sprake is van onrechtmatig gedrag, maar deze kwalificaties worden niet vereist door de wet, zijnde art. 6:162 BW. Daarnaast bestaan voor de vertegenwoordiger nog andere relevante bepalingen. Waar het bijvoorbeeld gaat om de vraag of een vertegenwoordiger aansprakelijk kan zijn jegens de derde voor het afwezig zijn van een geldende volmacht of het overschrijden van de omvang van zijn volmacht, is art. 3:70 BW, dat ook geldt voor bestuurders, relevant. Dat artikel luidt:

“Hij die als gevolmachtigde handelt, staat jegens de wederpartij in voor het bestaan en de omvang van de volmacht, tenzij de wederpartij weet of behoort te begrijpen dat een toereikende volmacht ontbreekt of de gevolmachtigde de inhoud van de volmacht volledig aan de wederpartij heeft medegedeeld.”

246. Van der Heijden/Van der Grinten/Honée & Hendriks-Jansen, *Handboek NV/BV* 1992/240, herhaald in Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/154 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011/333.

Zoals de gevolmachtigde instaat voor de inhoud en het bestaan van de volmacht, zo staat de bestuurder ervoor in dat hij bestuurder is en dat deze kwaliteit hem tot de rechtshandeling bevoegd doet zijn.²⁴⁷ Art. 3:70 BW biedt een wettelijke basis voor directe ('primaire') aansprakelijkheid van de vertegenwoordiger. Handelt een vertegenwoordiger buiten zijn volmacht, dan is hij op grond van deze wettelijke bepaling ('primair') aansprakelijk. De vertegenwoordiger neemt als het ware een garantieverbintenis op zich. Lijdt de ander schade doordat de bevoegdheid blijkt te ontbreken, dan kan hij de pseudo-vertegenwoordiger uit hoofde van schending van zijn garantieverbintenis tot schadevergoeding aanspreken. Hij heeft recht op vergoeding van het 'positieve belang'. De pseudo-vertegenwoordiger dient hem financieel te brengen in de toestand alsof er wel degelijk een volmacht had bestaan en de rechtshandeling tot stand zou zijn gekomen.²⁴⁸ De pseudo-bestuurder zal op deze grond dus ook zelf aansprakelijk zijn.

De Hoge Raad heeft bepaald dat het onbevoegd handelen als vertegenwoordiger jegens de ander ook een onrechtmatige daad kan opleveren indien het geschiedt op een wijze of gepaard gaat met omstandigheden, waaruit voortvloeit dat het optreden van de onbevoegde vertegenwoordiger in strijd is met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt.²⁴⁹ Een ernstigverwijtmaatstaf, onderbouwd met secundaire aansprakelijkheid, komt daar niet aan te pas. Analooq aan (de ratio van) art. 3:70 BW kan gesteld worden dat de vertegenwoordiger een onrechtmatige daad pleegt jegens de derde indien hij bevoegdelyk namens de volmachtgever een overeenkomst aangaat met de derde in de wetenschap dat de volmachtgever deze overeenkomst niet zal nakomen en geen verhaal zal bieden, terwijl hij weet dat de derde daar geen kennis van heeft. Het optreden van de vertegenwoordiger lijkt mij dan in strijd met hetgeen in het maatschappelyk verkeer betaamt.²⁵⁰ De vertegenwoordiger schendt dan namelijk een zorgvuldigheidsnorm jegens de derde (hij houdt iemand voor de gek op een bijna gelijke manier alsof geen volmacht bestond). Deze regel geldt ook in het rechtspersonenrecht: het is in feite de *Beklamel*-norm die in een dergelyk geval een 'primaire' aansprakelykheid op grond van onrechtmatige daad vestigt op de bestuurder.

247. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/349.

248. Hijma & Olthof, *Compendium Vermogensrecht* 2014/2014/4.75.

249. HR 31 januari 1997, *NJ* 1998, 704 m.nt. C.J.H. Brunner (*De Slingerij/Groningen*).

250. Vgl. HR 4 februari 1977, *NJ* 1977, 278 m.nt. G.J. Scholten (*Gerritsen/Zwaan*), waarin een verkopend makelaar als vertegenwoordiger van de verkoper bemiddelde bij de verkoop van onroerend goed en de koper desgevraagd informeerde dat op het onroerend goed geen recht van erfdienstbaarheid was gevestigd, terwijl dat wel het geval was en hij dus de (geobjectiveerde) wetenschap had dat de verkoper niet kon voldoen aan zijn verplichting het onroerend goed onbezwaard te verkopen.

10.5.6 *Analogische analyse tussen de bestuurder en het rechtssubject in het algemeen: een ‘status aparte’ voor bestuurders? (hoedanigheid van handelende persoon)*

Niet zo lang geleden is in de literatuur²⁵¹ gesteld dat bestuurders, als vertegenwoordigers van de rechtspersoon, een andere positie innemen dan werknemers die ook een andere bescherming met zich brengt. Zo is gesteld dat bestuurders een “andere positie innemen dan werknemers”, dat “aandeelhouders niet bijdragen in schulden van de vennootschap boven het bedrag van hun storting, dat bestuurders helemaal niet bijdragen en dat dit de normalsituatie is: beperkte aansprakelijkheid.”²⁵² Ik denk dat deze stellingen miskennen dat met de term ‘beperkte aansprakelijkheid’ slechts bedoeld is dat aandeelhouders tot het bedrag van hun volstortingsplicht bijdragen in de schulden van de vennootschap. De term ‘beperkte aansprakelijkheid’ heeft niets te maken met de omvang van de eventuele aansprakelijkheid van de bestuurders in schulden van de vennootschap. Bestuurders dragen namelijk niet bij in die schulden vanwege rechtspersoonlijkheid, net zoals werknemers en andere rechtssubjecten betrokken bij de rechtspersoon daaraan niet bij hoeven te dragen. De eenvoudige reden daarvoor is dat dit allemaal andere rechtssubjecten zijn dan de vennootschap, die immers een eigen rechtspersoon is. Bij stichtingen, verenigingen of overheidslichamen, die geen ‘beperkte aansprakelijkheid’ kennen, maar wel rechtspersoonlijkheid, is dat niet anders.

De stelling dat bestuurders een andere positie innemen die een bepaalde bescherming rechtvaardigt, lijkt uiteindelijk te zijn terug te voeren op het idee dat hun handelen steeds moet worden toegerekend aan de rechtspersoon, zodat geen sprake is van primaire aansprakelijkheid. Wij hebben hiervoor echter gezien (zie par. 10.4.7) dat toerekening van kennis en gedragingen van een rechtssubject aan de rechtspersoon (op grond van vertegenwoordiging of op grond van het toerekeningsleerstuk) niet iets is dat is voorbehouden aan de relatie tussen een vertegenwoordiger en de vertegenwoordigde, respectievelijk de bestuurder en de rechtspersoon. Toerekening van gedragingen van de een aan de ander gebeurt in het maatschappelijk verkeer aan de lopende band bij de supermarkt, het warenhuis, het reisbureau, de autodealer, de werkvloer, in relatie met de overheid en zelfs tussen natuurlijk personen onderling en rechtspersonen onderling.²⁵³ Geconstateerd kan worden dat in het kader van de persoonlijke aansprakelijkheid van deze rechtssubjecten niet wordt gesproken van een ernstigverwijtmaatstaf. Uit de wetsgeschiedenis volgt ook juist het

251. Mede naar aanleiding van mijn betoog in Westenbroek 2015b en Westenbroek 2016b.

252. Olden 2015.

253. Zo ook Klaassen 2000, p. 12.

tegendeel. De rechtssubjecten bedoeld in art. 6:170-172 BW blijven persoonlijk aansprakelijk voor hun onrechtmatige gedraging (zie 10.2.2 en 10.2.3).²⁵⁴ De stelling dat bestuurders – in het kader van de beoordeling van hun onrechtmatige gedragingen – een andere positie zouden innemen dan de werknemer, is ook niet goed te rijmen met de eerder in de literatuur²⁵⁵ ingenomen stelling dat art. 6:170 lid 3 BW naar analogie zou hebben te gelden voor bestuurders (zie par. 10.2.3). Die laatste stelling heeft juist bijgedragen aan de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf voor *interne* bestuurdersaansprakelijkheid (zie par. 4.3). Het lijkt mij dan bepaald niet onwillekeurig, daar waar het gaat om *externe* bestuurdersaansprakelijkheid, te betogen dat artt. 6:170-172 BW weinig betekenis zou toekomen. Daarnaast heeft de Hoge Raad onder het oude recht overwogen dat een bestuurder als een ondergeschikte in de zin van art. 1403 lid 3 BW (thans art. 6:170 BW) moet worden aangemerkt.²⁵⁶ Uit de wetsgeschiedenis blijkt voorts dat de wetgever in het kader van art. 6:170 lid 3 expliciet sprak over “*een ondergeschikte die als directeur in dienst was van de aangesproken N.V.*”²⁵⁷ Een bestuurder kan bovendien ook worden aangemerkt als een niet-ondergeschikte in de zin van art. 6:171 BW of een vertegenwoordiger in de zin van art. 6:172 BW²⁵⁸ (zie par. 5.3.4 en par. 10.2.3).

Timmerman zette in verband met de positie van een bestuurder en ter rechtvaardiging van de ernstigverwijtmaatstaf bij externe bestuurdersaansprakelijkheid onlangs nog uiteen dat in art. 2:9 BW een wettelijke grondslag bestaat voor een ‘status aparte’ van bestuurders. Hij betoogde voorts dat een bepaalde hoedanigheid zoals bestuurder of beroepsbeoefenaar, het toepasselijke onrechtmatigedaadaansprakelijkheidsregime kleurt en dat dit geen bijzonder verschijnsel is. Hij wees in dat verband ook op de eerdergenoemde kwalitatieve aansprakelijkheid die in Boek 6 BW is geregeld (artt. 6:169-184 BW). Die kwalitatieve aansprakelijkheid haakt volgens hem aan bij een bepaalde hoedanigheid en heeft tot gevolg dat bijzondere, overwegend strengere – maar soms misschien minder strengere – aansprakelijkheidsregels van toepassing worden. Timmerman stelde dat de relevantie van het hebben van een hoedanigheid, voor het intreden van bepaalde rechtsgevolgen, een voorbeeld is van de meer algemene tendens tot differentiatie in het privaatrecht. Bovendien zou in de literatuur “*zonder omhaal*” zijn gesteld dat, wanneer het gaat om de

254. Van Zeben, Pon & Olthoff 1981, *PG Boek 6 BW*, p. 717.

255. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-II 1990/180.

256. HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 244 m.nt. M.M. Mendel (*Shell-Van Doorn*). Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/95 stelt overigens ook dat personen, die in duurzame dienstbetrekking als (uitvoerende) bestuurders van de rechtspersoon werkzaam zijn, als ondergeschikten in de zin van art. 6:170 BW zijn aan te merken.

257. Van Zeben, Pon & Olthoff 1981, *PG Boek 6 BW*, p. 728 en *Kamerstukken II* 1975/76, 7729, nr. 6 (MvA), p. 169.

258. Van Schilfgaarde, Winter & Wezeman 2013, *Van de BV en de NV*, nr. 61. Zie ook: Huizink 2016, *GS Rechtspersonen*, art. 2:240 BW, aant. 16.2.

persoonlijke aansprakelijkheid van een functionaris die in de uitoefening van zijn functie handelt, “*hogere eisen dan aan de ‘primaire aansprakelijkheid’ kunnen en mogen gesteld*” zodat het aanknopen aan een bepaalde hoedanigheid in het civiele recht “*echt niets bijzonders zou zijn*”.²⁵⁹ Ik heb hiervoor in par. 10.5.1 t/m 10.5.5 al uiteengezet dat deze redenering rechtstheoretisch niet goed is te verdedigen omdat ‘primaire’ en ‘secundaire aansprakelijkheid’ slechts omschrijvende termen zijn en geen basis kunnen bieden voor het afwijken van de wettelijke norm. Dat de hoedanigheid van de handelende persoon iets kan zeggen over de zorgvuldigheidsnormen die op deze persoon rusten ten opzichte van een derde, lijkt mij overigens zonder meer juist. Veelal zal het handelen van een rechtssubject in een bepaalde hoedanigheid echter *aanvullende* zorgvuldigheidsverplichtingen jegens derden met zich brengen (zie par. 10.5.4.7 en hierna par. 10.8) die niet op dit rechtssubject zouden rusten als hij niet in die hoedanigheid handelde. De hoedanigheid zelf brengt namelijk bepaalde zorgplichten met zich, maar zal, dunkt mij, geen zorgplichten wegnemen. In de regel leidt de toepassing van zorgplichten tot een *verscherpt* schuldbegrip (dus schuld wordt sneller aangenomen). Uit zorgplichten kunnen bijvoorbeeld onderzoeksplichten voortvloeien, die meebrengen dat een beroep op onwetendheid minder snel verschoonbaar zal worden geacht.²⁶⁰

Met Timmerman ben ik het dan ook eens dat voor veel beroepsbeoefenaars nadere voorschriften bestaan die leiden tot snellere aansprakelijkheid. Ik ben het echter niet eens met zijn daaropvolgende (weliswaar voorzichtig ingenomen) stelling dat deze “*soms misschien*” ook minder snel tot aansprakelijkheid leiden.²⁶¹ Evenmin ben ik het eens met zijn stelling dat art. 2:9 BW een wettelijke grondslag bevat voor een ‘status aparte’ van bestuurders die, zo lijkt Timmerman te betogen, een verdere bescherming tegen aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW biedt dan voor andere rechtssubjecten. Het betoog vindt geen steun in het recht. Ik ben voorts niet bekend met beroepsnormen die ertoe leiden dat art. 6:162 BW minder strikt zou gelden voor een rechtssubject met een bepaalde hoedanigheid. Integendeel, de vrije beroepsbeoefenaar die jegens zijn opdrachtgever een beroepsfout maakt, waarvan sprake is indien niet is gehandeld met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht,²⁶² kan voor diezelfde fout aansprakelijk zijn jegens derden uit hoofde van onrechtmatige daad.²⁶³ Zo behoort de faillissementscurator op straffe van persoonlijke aansprakelijkheid (in casu jegens

259. Timmerman 2016, voetnoot 20, die hier mijns inziens een te ruime kijk heeft op rechtsvinding door de rechter die in mijn visie niet past bij de trias politica.

260. Jansen 2014, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 14.2. Zie voorts: HR 6 december 2013, *NJ* 2014, 167 m.nt. Van Schilfgaarde (*Fortis*), r.o. 4.2.1.

261. Timmerman 2016, par. 8.

262. HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26 en HR 9 juni 2000, *NJ* 2000, 460.

263. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/67.6 en de hierna aangehaalde rechtspraak die hieruit woordelijk is overgenomen.

crediteuren die onder eigendomsvoorbehoud aan de failliet hadden geleverd) te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzicht verricht.²⁶⁴ Zo is de advocaat die te laat een verzoekschrift tot verlenging van de hoofdhuur indient waardoor geen huurverlenging plaatsvindt, jegens de hoofdhuurder aansprakelijk uit wanprestatie en jegens de onderhuurder uit onrechtmatige daad.²⁶⁵ Dat zou de advocaat niet zijn als hij geen advocaat was. Zo is de anesthesist ter zake van een narcosefout jegens de vader van de patiënte en de in dat kader gevolgde bejegening van de dochter aansprakelijk²⁶⁶ hetgeen hij niet zou zijn als hij geen anesthesist was. Een accountant die een ondeugdelijke jaarrekening presenteert, kan aansprakelijk zijn jegens de koper van de onderneming.²⁶⁷ Een belastingadviseur is jegens aandeelhouders van een onderneming aansprakelijk voor een nalatigheid – bestaande uit het niet schriftelijk bevestigen van een afspraak met de belastinginspecteur – bij de advisering over een herstructurering.²⁶⁸ Een notaris die in opdracht van een cliënt de vertegenwoordigingsbevoegdheid van een employé van een derde onderzoekt en daaromtrent een onjuiste verklaring afgeeft waardoor de derde schade lijdt, is jegens hem aansprakelijk.²⁶⁹ Op grond van vaste rechtspraak rust op de notaris in zijn hoedanigheid, uit hoofde van zijn taak bij het verlijden van een akte, een zwaarwegende zorgplicht ter zake van hetgeen nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen die zijn beoogd met de in die akte opgenomen rechtshandelingen.²⁷⁰ Zo is de notaris aansprakelijk als hij het kadaster gebrekkig raadpleegt, waardoor een bank een recht van tweede hypotheek op een perceel grond verkrijgt in plaats van een recht van eerste hypotheek.²⁷¹ Ook kan onder bijzondere omstandigheden op een notaris een zekere zorgplicht jegens derden rusten, zodat hij jegens hen aansprakelijk kan zijn zonder dat sprake is van een beroepsfout jegens zijn opdrachtgever.²⁷² Steeds rusten op de voormelde rechtssubjecten die ‘in hoedanigheid’ handelen *aanvullende* zorgvuldigheidsnormen die *sneller* tot aansprakelijkheid leiden en niet *minder* snel. Vrij recentelijk heeft de Hoge Raad in dat verband expliciet nog bevestigd dat de advocaat die tevens bestuurder is, zich voor een beroepsfout niet kan verschuilen achter

264. HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727 m.nt. W.M. Kleijn.

265. HR 2 april 1982, *NJ* 1983, 367 m.nt. C.J.H. Brunner (*Smael/Moszkovicz*).

266. HR 2 november 1979, *NJ* 1980, 77 (*Versluis/Ziekenzorg*) (in casu werd geen causaal verband aangenomen).

267. Hof 's-Hertogenbosch 28 september 1983, *NJ* 1985, 120.

268. HR 23 februari 1996, *NJ* 1996, 395 (*Meijburg/Hazewinkel*).

269. HR 7 december 1990, *NJ* 1991, 474 m.nt. E.A.A. Luijten (*SHV/Nauta*).

270. HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 473 en HR 20 december 2002, *NJ* 2003, 325.

271. HR 14 juni 2013, *NJ* 2013, 340 (*B/Spaar en Beleenbank Curaçao*).

272. HR 23 december 1994, *NJ* 1996, 627 (*Gerritse c.s./V*) (mogelijke aansprakelijkheid van notaris jegens crediteuren van zijn cliënt).

de ernstigverwijtmaatstaf.²⁷³ Ook op de bestuurder rusten *door zijn hoedanigheid* juist aanvullende zorgplichten gelet op zijn bewaarnemersrol in het maatschappelijk verkeer (zie hierover par. 10.8), waardoor juist een ‘lagere drempel’²⁷⁴ voor aansprakelijkheid bestaat.

Er bestaat overigens wel een – beperkt – aantal wettelijke uitzonderingen. Zo sluit art. 6:168 lid 2 BW de persoonlijke aansprakelijkheid van een ondergeschikte uit terzake van gedragingen die door de rechter niet worden verboden omdat deze gedragingen op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen behoren te worden geduld. Op grond van art. 6:170 BW blijft de opdrachtgever echter wel aansprakelijk. Daarnaast geldt voor rechterlijke ambtenaren en rechterlijke ambtenaren in opleiding dat een *wettelijke* uitzondering bestaat op het beginsel dat eenieder zelf aansprakelijk blijft voor de door hem veroorzaakte schade. Zie art. 42 lid 1 t/m lid 4 van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Wrra):

- “1. *Voor schade die een rechterlijk ambtenaar of een rechterlijk ambtenaar in opleiding bij de vervulling van zijn ambt aan een derde toebrengt en waarvoor hij zelf krachtens de wet aansprakelijk zou zijn, is jegens de derde uitsluitend de Staat aansprakelijk.*
2. *Voor schade als bedoeld in het eerste lid en voor schade die hij bij de vervulling van zijn ambt aan de Staat toebrengt, is een rechterlijk ambtenaar of rechterlijk ambtenaar in opleiding jegens de Staat niet aansprakelijk, behalve voor zover de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid.*
3. *Voor schade die een gevolg is van een rechterlijke uitspraak is een rechterlijk ambtenaar niet aansprakelijk.*
4. *Onze Minister kan de betrokken rechterlijk ambtenaar of rechterlijk ambtenaar in opleiding bij besluit verplichten om ter zake van schade waarvoor deze op grond van het tweede lid aansprakelijk is, aan de Staat ter finale kwijting een vergoeding te betalen.”*

273. HR 18 september 2015, *NJ* 2016, 66 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2015/289 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Breeweg/Wijnkamp*).

274. De term ‘lagere drempel’ is overigens net zo ongelukkig als de door de Hoge Raad gebezigde term ‘hoge drempel’. Ik hanteer deze term hier uitsluitend om te laten zien dat de term ‘hoge drempel’ per definitie niet op zijn plaats is. Uiteindelijk moet niet gesproken worden over ‘hoge of lage drempels’ (hoog of laag ten opzichte van wat?), maar van de door art. 6:162 gehanteerde termen ‘inbreuk op een recht’, ‘een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht’ of ‘een handelen in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid’.

Maar dit zijn juist hele bijzondere *wettelijke* uitzonderingen op de hoofdregel.²⁷⁵ De stelling dat het echt ‘niets bijzonders’ zou zijn om in het kader van de aansprakelijkheidsvraag aan te sluiten bij de hoedanigheid van de persoon, lijkt mij dan ook weinig grondslag hebben. Het lijkt mij ook niet werkbaar. Het zou namelijk tot de bizarre consequentie leiden dat de maatschappelijke betamelijkheid van art. 6:162 BW steeds een andere betekenis zou hebben afhankelijk van de hoedanigheid waarin een rechtssubject handelt. Sterker nog, is het inmiddels in het maatschappelijk verkeer niet zo dat een rechtssubject eerder wel dan niet in een bepaalde hoedanigheid zal handelen? Timmerman zelf verwees, zoals hierboven uiteengezet, in dit verband naar de hoedanigheden genoemd in de kwalitatieve aansprakelijkheidsbepalingen van de art. 6:169-184 BW. Deze zouden volgens hem ook aanhaken bij een bepaalde hoedanigheid (de ouder van een kind jonger dan veertien, de persoon die misleidende reclame-uitingen doet, de werkgever, de vertegenwoordigde, de opdrachtgever, de bezitter van een dier, de huizenbezitter, etc.).²⁷⁶ Moet nu steeds voor ieder natuurlijk persoon die in zijn hoedanigheid handelt (de werknemer, kapper, bloemist, krantenverkoper, verkoopvertegenwoordiger, etc.) worden beoordeeld of voor hem een andere maatschappelijke betamelijkheidsnorm geldt die al dan niet zwaarder of lichter is dan wat ‘normaal’ is? En waarom zou bestuurderschap (ondernemerschap?) mee moeten brengen dat daar minder snel (want een ‘hogere drempel’) tot schending van die betamelijke zorgvuldigheid moet worden geconcludeerd dan gangbaar is voor (gewone) burgers²⁷⁷ of voor werknemers? Zo heeft de wetgever art. 6:162 BW niet bedoeld. Dit blijkt ook duidelijk uit de wetsgeschiedenis van artt. 6:170-172 BW (zie par. 10.2.2 en 10.2.3). Art. 2:9 BW legt bovendien juist *aanvullende* zorgvuldigheidsverplichtingen op een bestuurder omdat hij een bewaarnemersrol voor de rechtspersoon inneemt, waarmee mede de belangen van het maatschappelijk verkeer worden gediend (zie par. 10.5.4.7 en par. 10.8 hierna). Van Veen merkte

275. Klaassen 2000, p. 31 noemt nog het voorbeeld van de kapitein van een schip. Deze zou in het oude art. 342 WvK nog beschermd worden tegen persoonlijke aansprakelijkheid jegens derden indien dit niet het gevolg was van opzet of grove schuld. Deze bescherming is in Boek 8 BW echter ook komen te vervallen.

276. Overigens zie ik het nut van de verwijzing naar deze kwalitatieve aansprakelijkheidsbepalingen niet helemaal nu deze bepalingen juist een aparte wettelijke grondslag bevatten voor *verdergaande* aansprakelijkheid dan de eigen aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW. A contrario zou men dus kunnen stellen dat het afwijken van de ‘normale’ regels van art. 6:162 BW eveneens een wettelijke basis vereisen.

277. Zie: Van Veen 2016, par. 3.4, die dat evenmin inziet.

in dit verband op, onder verwijzing naar het hiervoor door mij bekritiseerde arrest *RCI/Kastrop* (zie par. 9.4.3 en 10.2.6): “*Als de verzwaarde norm tot dergelijke ongenueanceerde resultaten leidt, vraag ik mij af hoe dit zich verhoudt tot het maatschappelijke belang bij integer ondernemingsbestuur.*”²⁷⁸ Art. 6:162 BW voorziet in een algemene maatschappelijke betamelijkheidsnorm die voor iedereen geldt en die voor rechtssubjecten die in een bepaalde hoedanigheid handelen, juist tot ‘snellere’ aansprakelijkheid kan leiden, maar zeker niet tot ‘minder snelle’²⁷⁹ aansprakelijkheid. Indien daarop uitzonderingen worden gemaakt, gebaseerd op hoedanigheden, is het hek van de dam en wordt art. 6:162 BW uitgehold.²⁸⁰ Als daar overigens uitzonderingen op zouden worden gemaakt dan is dat een taak van de wetgever en, gelet op de trias politica (zie par. 2.3), niet van de rechter.²⁸¹

Al met al moet naar mijn mening geconcludeerd worden dat, op basis van de analogie die kan worden gemaakt tussen bestuurders en andere rechtssubjecten, geen rechtstheoretische rechtvaardiging bestaat een ‘hogere’ drempel voor aansprakelijkheid van bestuurders jegens derden te handhaven op grond van primaire en secundaire aansprakelijkheid of op grond van de hoedanigheid waarin is gehandeld, dan die geldt voor andere rechtssubjecten.

278. Van Veen 2016, par. 3.4.

279. Ook deze door mij gehanteerde termen ‘snellere’ en ‘minder snelle aansprakelijkheid’ zijn net zo ongelukkig als de door de Hoge Raad gebezigde term ‘hoge drempel’. Ik hanteer deze term hier uitsluitend om te laten zien dat de term ‘hoge drempel’ per definitie niet op zijn plaats is.

280. Het maatschappelijk (economisch) (rechts)verkeer, waar wij rechtspersonen uitdrukkelijk deel van laten uitmaken is, anders dan gesuggereerd door Olden 2015, overigens niet te vergelijken met een sport- en spelsituatie. Indien een speler een andere speler in het spel blesseert, zal dat doorgaans niet tot aansprakelijkheid leiden, omdat geen sprake is van maatschappelijk onbetamelijk gedrag. Dat heeft niet met de hoedanigheid te maken, maar met het gegeven dat de betrokkenen zich moedwillig hebben begeven in een situatie waarin zij aan bepaalde (fysieke) gevaren worden blootgesteld. Als een partij met een rechtspersoon handelt, zal hij dat (terecht) niet zien als een situatie waarin hij zich aan bepaalde (fysieke of financiële) gevaren blootstelt. Dat zou immers afbreuk doen aan het idee dat rechtspersoonlijkheid het maatschappelijk economisch verkeer juist moet bevorderen.

281. Timmerman 2016, par. 4 betoogde dat het rechtspolitek goed verdedigbaar is dat het handelen in de hoedanigheid van bestuurder via het begrip ‘ernstig verwijt’ tot een aangepaste toepassing leidt van het algemene aansprakelijkheidsrecht van Boek 6 BW. Het algemene aansprakelijkheidsrecht mag best met een beetje ondernemingsrechtelijk serum geïnjecteerd worden, aldus Timmerman. Ik denk hier anders over, omdat ik vind dat het niet aan de rechter is het algemene aansprakelijkheidsrecht van Boek 6 BW ‘aangepast’ toe te passen zonder dat de wetgever daartoe heeft besloten.

10.6 Analyse van *Willemsen/NOM*, *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop*: het belang van ondernemen

10.6.1 Inleiding

Naast het argument van primair en secundair handelen, onderbouwt de Hoge Raad de verhoogde drempel voor aansprakelijkheid in de vorm van de ernstigverwijtmaatstaf in *Hezemans Air*²⁸² en *RCI/Kastrop*²⁸³ door te overwegen dat een maatschappelijk belang bestaat dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen. De Hoge Raad verwees in dat verband naar het arrest *Willemsen/NOM*.²⁸⁴ Dit arrest had betrekking op de vraag of een aandeelhouder een bestuurder op grond van onrechtmatige daad kon aanspreken voor zijn handelen als bestuurder van de rechtspersoon. De Hoge Raad overwoog als volgt:²⁸⁵

“Ingevolge art. 2:9 BW is elke bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Deze bepaling wordt naar vaste rechtspraak aldus uitgelegd, dat voor aansprakelijkheid op de voet daarvan noodzakelijk is dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Bij de beoordeling of de bestuurder inderdaad een ernstig verwijt treft als zojuist bedoeld, moeten alle omstandigheden van het geval worden betrokken (HR 29 november 2002, nr. C 01/096, NJ 2003, 455).

In deze zaak gaat het echter niet om de aansprakelijkheid van de bestuurder tegenover de rechtspersoon die hij bestuurt, maar tegenover een individuele aandeelhouder. Het onderdeel stelt in wezen de vraag aan de orde of de voormelde norm voor interne aansprakelijkheid overeenkomstig heeft te gelden wanneer een individuele aandeelhouder een bestuurder aansprakelijk stelt voor de wijze waarop deze zijn bestuurstaken heeft uitgeoefend. Deze vraag moet bevestigend worden beantwoord. Door een hoge drempel te aanvaarden voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover de door hem bestuurde vennootschap wordt mede het belang van die vennootschap en de daarmee verbonden onderneming gediend omdat daardoor wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door

282. HR 5 september 2014, NJ 2015, 21 m.nt. P. van Schilfgaarde en JOR 2014/296 m.nt. M.J. Kroeze (*Hezemans Air*).

283. HR 5 september 2014, NJ 2015, 22 m.nt. P. van Schilfgaarde en JOR 2014/325 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*RCI/Kastrop*).

284. HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (*Willemsen/NOM*).

285. r.o. 5.3.

defensieve overwegingen laten bepalen. Gezien de zelfgekozen betrokkenheid van individuele aandeelhouders bij de gang van zaken binnen de vennootschap, brengen de in art. 2:8 lid 1 BW bedoelde maatstaven van redelijkheid en billijkheid mee dat de hoge drempel van art. 2:9 BW overeenkomstig van toepassing is bij een door een individuele aandeelhouder tegen een bestuurder aanhangig gemaakte aansprakelijkheidsprocedure.”

Wij hebben hiervoor in par. 5.3.2 reeds gezien dat vanuit wetshistorisch oogpunt vraagtekens kunnen worden geplaatst bij deze onderbouwing van de ernstigverwijtmaatstaf, omdat de hoge drempel voor aansprakelijkheid (zou men deze terminologie willen hanteren) al besloten ligt in de vraag of sprake is van (on)behoorlijke taakvervulling. Die vraagtekens doen echter niet af aan het feit deze onderbouwing, hoewel wetshistorisch ondeugdelijk voor de ernstigverwijtmaatstaf, inhoudelijk wel rijmt met de wetsgeschiedenis. De wetgever wilde met de behoorlijke taakvervullingsnorm de bestuurder immers beleidsruimte geven en duidelijk maken dat ondernemen mogelijk moet blijven, “zonder al te grote persoonlijke risico’s” (zie par. 3.7.8 en par. 5.3.10).²⁸⁶

10.6.2 *Rationele analyse: beleidsruimte is intern in het belang van de rechtspersoon*

De voormelde beleidsruimte heeft de bestuurder bij het (behoorlijk) vervullen van zijn taken op grond van art. 2:9 BW *jegens de rechtspersoon*. Uit de hiervoor geciteerde overwegingen uit *Willemsen/NOM* volgt dat de Hoge Raad allesbepalend achtte dat (i) de hoge drempel voor aansprakelijkheid in de vorm van de ernstigverwijtmaatstaf *het belang van de vennootschap* zou dienen en (ii) de in art. 2:8 lid 1 BW bedoelde maatstaven van redelijkheid en billijkheid, *mede gelet op de zelfgekozen betrokkenheid van individuele aandeelhouders*, bij die rechtspersoon maken dat die hoge drempel ook geldt wanneer een individuele bestuurder wordt aangesproken door een aandeelhouder op grond van art. 6:162 BW.

Voormeld belang van de rechtspersoon loopt parallel met het belang van de aandeelhouder, die er belang bij heeft dat de bestuurder beleidsruimte heeft. Het zou dan mede gelet op art. 2:8 BW vreemd zijn als de bestuurder niet kan worden aangesproken door de rechtspersoon omdat hij binnen zijn beleidsruimte is gebleven (zie hoofdstuk 3), maar wel door de aandeelhouder die in beginsel ex art. 2:8 BW ook behoort tot de *interne* kring van de rechtspersoon. In feite volgt uit *Willemsen/NOM* dat eventuele aansprakelijkheid van een bestuurder jegens een aandeelhouder onder omstandigheden kan worden beschouwd als een vorm van *interne* aansprakelijkheid, waarvoor de

286. *Kamerstukken II* 1981/82, 16 631, nr. 5 (Voorlopig Verslag), p. 11.

normen voor interne aansprakelijkheid dus een rol spelen. Overigens zou ik menen dat een bestuurder daarnaast nog altijd persoonlijk een zorgvuldigheidsnorm kan schenden jegens de aandeelhouder, waardoor de aandeelhouder *andere* schade lijdt dan de schade die de rechtspersoon leidt als gevolg van eventuele schending van art. 2:9 BW door de bestuurder. Voor schending van een dergelijke zorgvuldigheidsnorm jegens de aandeelhouder (te denken valt aan het jegens een verkopende aandeelhouder bewust verzwijgen van gunstige informatie omtrent de vennootschap waardoor deze aandeelhouder zijn belang tegen een te lage prijs verkoopt), is de bestuurder aansprakelijk los van de voor hem geldende normen jegens de rechtspersoon. Om die reden is sowieso niet in te zien waarom de ernstigverwijtmaatstaf zou gelden in de relatie tussen de bestuurder en de aandeelhouder, maar dat terzijde.²⁸⁷

Wat van dit laatste ook zij, in *Willemsen/NOM* zette de Hoge Raad “het belang van de vennootschap, de zelfgekozen betrokkenheid van individuele aandeelhouders” en art. 2:8 BW centraal. Rationeel en rechtstheoretisch gezien is de verwijzing door de Hoge Raad in *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop* naar *Willemsen/NOM*, ter onderbouwing van de overweging dat een maatschappelijk belang bestaat dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen, waardoor de hoge drempel van aansprakelijkheid ook jegens derden is in te roepen, daarom moeilijk te begrijpen.²⁸⁸ Een derde heeft namelijk geen enkele zelfgekozen betrokkenheid bij de rechtspersoon en staat niet in een verhouding ex art. 2:8 BW tot de bestuurder.²⁸⁹ De beleidsruimte, die de bestuurder bij het (behoorlijk) vervullen van zijn taken op grond van art. 2:9 BW intern *jegens de rechtspersoon* heeft, doet voorts niet af aan de maatschappelijke betamelijkheidsnormen die de bestuurder extern als vertegenwoordiger van de rechtspersoon jegens derden heeft na te leven. Welk maatschappelijk belang ermee wordt gediend dat bestuurders hun handelen niet in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen, blijft ook onduidelijk in de genoemde arresten. Tegelijkertijd is niet in te zien welk ‘maatschappelijk’ belang bestaat om de hoge drempel van aansprakelijkheid, die in het belang van de betrokkenen bij de rechtspersoon zou zijn, *extern* tegen te werpen aan derden die geen zelfgekozen betrokkenheid bij de rechtspersoon hebben en die de bestuurder

287. Ik laat de problematiek rondom afgeleide schade (de bestuurder die onbehoorlijk bestuur kan worden verweten, kan weliswaar schade hebben gecreëerd bij de rechtspersoon, maar daarmee is niet reeds gezegd dat de aandeelhouder schade lijdt, omdat daarvoor een specifieke zorgvuldigheidsverplichting moet zijn geschonden jegens de aandeelhouders) hier onbesproken omdat dit het bestek van deze analyse te buiten gaat. Zie hierover onder meer: HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 288 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Poot/ABP*).

288. Van Veen 2016, par. 3.2.

289. Net zo min als een toeschouwer bij een voetbalwedstrijd zich in een ‘sport- en spelsituatie’ begeeft om de door P.D. Olden, in ‘Koester de maatstaf “ernstig verwijt”: beter hebben we niet’, *Ondernemingsrecht* 2015/70, afl. 11, p. 367 gemaakte vergelijking met een sport- en spelsituatie door te trekken.

aanspreken op grond van art. 6:162 BW.²⁹⁰ Voor alle ondernemingsvormen, of dat nu een besloten/naamloze vennootschap, een maatschap, een CV of een VOF betreft, geldt dat een belang bestaat om handelingen niet in ‘onwenselijke mate’ door defensieve overwegingen te laten bepalen. Dit geldt ook voor managers, werknemers, niet-ondergeschikten, vertegenwoordigers, etc. die bijvoorbeeld bonusafhankelijk werken.²⁹¹ Maar dat maakt dit geen *maatschappelijk* belang. Integendeel: de individuele belangen, de belangen van de rechtspersoon en de maatschappelijke belangen kunnen soms volstrekt tegenovergesteld zijn. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat ook deze onderbouwing van de ernstigverwijtmaatstaf rechtstheoretisch niet goed te verdedigen is.

10.6.3 *Wetshistorische en wetsystematische analyse: maatstaf is gebaseerd op gedachte dat bestuurder moet kunnen ondernemen*

Zoals hiervoor in par. 5.3.10 uiteengezet, heeft het leerstuk van interne bestuurdersaansprakelijkheid zich zowel in de wetsgeschiedenis als in de literatuur met name ontwikkeld met het oog op kapitaalvennootschappen, commerciële verenigingen en commerciële stichtingen (die per definitie een onderneming drijven), maar niet met het oog op rechtspersonen in het algemeen (die niet per se steeds een onderneming drijven). Ik heb hiervoor in par. 5.3.10 in dat verband uiteengezet dat de door de Hoge Raad in *Willemsen/NOM* gegeven rechtvaardiging voor de ernstigverwijtmaatstaf, te weten dat een belang bestaat dat bestuurders hun handelen niet in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen, is terug te voeren op deze wetsgeschiedenis en literatuur, maar dat deze rechtvaardiging voor rechtspersonen die geen onderneming drijven niet goed te verdedigen is.

Ook het leerstuk van externe bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW heeft zich met name ontwikkeld in de jurisprudentie ten aanzien van bestuurders van kapitaalvennootschappen.²⁹² De hiervoor uiteengezette rechtvaardiging voor de maatstaf bij interne aansprakelijkheid is voorts herhaald als rechtvaardiging voor de maatstaf bij externe aansprakelijkheid. Er zou zelfs een *maatschappelijk* belang bestaan dat bestuurders hun handelen niet in

290. Zie ook: Bartman 2014. Anders: M.J. Kroeze in zijn noot bij HR 5 september 2014, *JOR* 2014/296 (*Hezemans Air*), die dit kennelijk een logische of vanzelfsprekende volgende stap vindt op het arrest *Willemsen/NOM*.

291. De stelling van Timmerman 2016, voetnoot 20, dat het maatschappelijk en economisch gewicht van de rechtspersoon is toegenomen, hetgeen een reden zou vormen tot een meer terughoudende toetsing wegens primaire aansprakelijkheid van de rechtspersoon, geldt evengoed voor al deze personen/samenwerkingsverbanden.

292. Tekenend in dit verband is dat, waar het gaat om de aansprakelijkheid jegens derden, Overes schrijft dat de toetsing plaatsvindt “*langs de maatstaven zoals die tot ontwikkeling zijn gekomen in de jurisprudentie ten aanzien van bestuurders van NV's en BV's*” en dat Overes in dat verband verwijst naar de arresten *Beklamel* en *Ontvanger/Roelofs*. Zie: Overes 2015, p. 522, voetnoot 53.

onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen (*Hezemans Air* en *RCI Kastrop*). Maar voor externe bestuurdersaansprakelijkheid geldt hetzelfde als wat ik hiervoor in par. 5.3.10 heb uiteengezet voor interne bestuurdersaansprakelijkheid. Veel rechtspersonen drijven geen onderneming en ten aanzien van deze rechtspersonen kan moeilijk verdedigd worden dat de door de Hoge Raad in *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop* gegeven rechtvaardiging voor het hanteren van de ernstigverwijtmaatstaf opgaat.²⁹³ Deze rechtvaardiging zal immers niet dragend, laat staan relevant zijn voor rechtspersonen die geen onderneming drijven.

Dan is er nog iets, want niet alleen rechtspersonen drijven een onderneming. In dit verband is hierna een cijfermatig overzicht opgenomen van de hoeveelheid en soorten rechtsvormen die wij in Nederland kennen.²⁹⁴

293. Welk ‘maatschappelijk’ belang de Hoge Raad op het oog zou hebben, licht de Hoge Raad niet toe, maar gelet op de verwijzing naar *Willemsen/NOM* mag aangenomen worden dat de Hoge Raad bedoelt het belang dat een bestuurder moet kunnen ondernemen.

294. Bron: resultaten van een in opdracht van de auteur uitgevoerd onderzoek door de Kamer van Koophandel per 15 februari 2017. Hierbij zij opgemerkt dat geen verplichting bestaat voor rechtsvormen om het aantal werkzame personen op te geven en bij te houden zodat de hierin genoemde getallen indicatief zijn (12.138 eenmanszaken melden bijvoorbeeld nul werkzame personen te hebben, hetgeen gelet op de aard van de eenmanszaak niet logisch lijkt). Uit gegevens van het Centraal Planbureau voor de Statistiek blijkt evenwel dat de beroepsbevolking eind 2016 uit ca. 8,8 miljoen natuurlijk personen bestond, waartoe ca. 915.000 ambtenaren en ca. 500.000 werklozen behoorden. Indien men deze getallen (915.000 en 500.000) optelt bij het totaal aantal werkzame personen zoals blijkt uit bovenstaande tabel, dan komt men uit op een totaal van ca. 8,8 miljoen. Aangezien deze cijfers overeenkomen met de door het CBS genoemde cijfers, geven de cijfers afkomstig van de Kamer van Koophandel een goed beeld van de verdeling van de beroepsbevolking over de verschillende rechtsvormen in Nederland.

HOOFDSTUK 10

Rechtsvorm	Aantal	Aantal werknemers
Rechtspersonen gericht op winst		
Besloten vennootschappen	917.019	4.325.127
(Europese) naamloze vennootschappen	4.235	218.552
Buitenlandse (op) EG-vennootschappen (lijkende vennootschappen) met onderneming/ hoofdvestiging in Nederland	7.539	196.506
Europees economisch samenwerkingsverband	54	84
Commanditaire vennootschappen	10.090	30.904
Onderlinge Waarborgmaatschappijen	279	3.730
Subtotaal	939.216	4.774.903
Rechtspersonen met ander/bijzonder doel		
Stichtingen	216.412	354.150
Verenigingen	234.812	86.230
Kerkgenootschappen	1.443	754
Publiekrechtelijke rechtspersonen	985	82.968
Andere privaatrechtelijke rechtspersonen	86	0
Subtotaal	453.738	524.102
Andere rechtsvormen gericht op winst		
Eenmanszaken	1.085.079	1.320.313
Vennootschappen onder firma	171.730	572.933
Maatschappen	35.457	135.454
Coöperaties	8.284	59.697
Rederijen	100	59
Subtotaal	1.300.650	2.088.456
Rechtspersonen met doel onbekend		
Rechtspersonen in oprichting	847	1.248
Totaal alle rechtsvormen	2.694.451	7.388.709

Wat betekent dit nu voor de door de Hoge Raad gegeven rechtvaardiging voor de ernstigverwijtmaatstaf, te weten dat een maatschappelijk belang bestaat dat bestuurders van rechtspersonen zich niet door defensieve overwegingen laten leiden? Anders gezegd, dat bestuurders moeten durven ondernemen. Om te beginnen is het goed te kijken naar het aantal werkzame personen in Nederland. Naast de genoemde ca. 7,4 miljoen personen, werken nog eens 915 duizend ambtenaren bij de Staat. In totaal zijn er ca. 8,3 miljoen werkzame

personen in Nederland. Uit bovenstaande tabel kan worden opgemaakt dat in Nederland ongeveer 1,3 miljoen rechtsvormen (met ca. 2,1 miljoen werkzame personen)²⁹⁵ bestaan die géén rechtspersoon zijn, doch die wel primair gericht zijn op het bedrijven van economische activiteit.²⁹⁶ Het totale aantal rechtsvormen dat geen rechtspersoon is, maar wel een economische activiteit verricht (ca. 1,3 miljoen) is groter dan het aantal rechtsvormen dat wel rechtspersoon is en een economische activiteit verricht (ca. 940 duizend). Als men de door de Hoge Raad gegeven rechtvaardiging voor de ernstigverwijtmaatstaf wenst te aanvaarden, dan zou die rechtvaardiging gelet op deze gegevens toch ook voor de eigenaren, vennoten en werknemers van deze rechtsvormen gelden? Als men al van een maatschappelijk belang om te durven ondernemen zou willen spreken, dan vormt de mogelijkheid om te ondernemen voor deze rechtsvormen, waar ca. 2,1 miljoen natuurlijk personen werkzaam zijn (ca. 25% van de werkzame beroepsbevolking), toch ook onderdeel van dat maatschappelijk belang? Waarom zouden de betrokkenen bij deze rechtsvormen dan minder goed beschermd moeten worden? Omdat zij niet gekozen hebben voor de oprichting van of indiensttreding bij de rechtsvorm van de rechtspersoon, maar voor een andere rechtsvorm? Dat kan uiteraard niet de bedoeling zijn.²⁹⁷

10.7 Analyse in het licht van samenloop en normatieve convergentie

Assink stelde dat in ‘alle verschijningsvormen van het ernstig verwijt begrip de bestuurder juridisch telkens in een andere verhouding tot de benadeelde partij staat, dat het ernstig verwijt begrip context afhankelijk wordt toegepast en langs die lijnen dient te worden ingevuld’. Hij stelde verder dat de ernstigverwijtmaatstaf “*een relatieve, rechtsverhouding en grondslag gebonden maatstaf met een wisselend profiel [is], met dien verstande dat in iedere context de bestuurlijke toerekenbare tekortkoming van een zekere ernst moet zijn om het predikaat ‘ernstig verwijt’ te kunnen rechtvaardigen*”. Assink stelde daarom dat indien de bestuurder in de ene verhouding een ernstig verwijt gemaakt kan

295. Waarvan ca. 1.100.000 zelfstandig ondernemers via hun eenmanszaak.

296. De tabel geeft overigens een vertekend beeld over de grootte van de genoemde rechtsvormen. Uit de cijfers van de Kamer van Koophandel blijkt dat bij meer dan 10% van de eenmanszaken bijvoorbeeld twee of meer natuurlijk personen zijn betrokken. Bij duizenden eenmanszaken zijn meer dan twee personen betrokken. Bij honderden eenmanszaken zijn tussen de 20 en de 50 werkzame personen betrokken. Bij sommige eenmanszaken zijn honderden werkzame personen betrokken.

297. Dit betekent vanzelfsprekend niet dat het toepassingsbereik van de ernstigverwijtmaatstaf zou moeten worden uitgebreid naar alle werknemers in Nederland, zoals betoogd door Van Bekkum 2013 en Van Bekkum 2015a. Zie in dat verband: Westenbroek 2017a, waarin ik toelicht dat een dergelijke ontwikkeling kan leiden tot een maatschappelijk ongewenst effect op de zorgvuldigheid die ieder (rechts)persoon, ongeacht diens ‘hoedanigheid’, geacht wordt in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen jegens derden.

worden (bijvoorbeeld in de verhouding bestuurder/vennootschap, waarbij art. 2:9 BW of art. 6:162 BW beoogt de vennootschap te beschermen), daarmee nog niet is gegeven dat die bestuurder ook in de andere verhouding(en) een ernstig verwijt gemaakt kan worden (bijvoorbeeld in de verhouding bestuurder/aandeelhouder en/of bestuurder/crediteur, waarbij art. 6:162 BW beoogt de derde te beschermen).²⁹⁸ Dat zou omgekeerd naar mijn mening precies hetzelfde moeten zijn. Een bestuurder die niet (jegens de rechtspersoon) aansprakelijk is op grond van art. 2:9 BW, kan namelijk nog steeds persoonlijk (jegens een derde) aansprakelijk zijn op grond van art. 6:162 BW.²⁹⁹ Assink stelde verder dat een ‘wezenlijk verdergaande’ inhoudelijke convergentie van de ernstigverwijtmaatstaf, in de respectievelijke contexten waarin het wordt toegepast, niet mogelijk is, niet moet worden nagestreefd en dat een dergelijke convergentie slechts schijn duidelijkheid biedt.³⁰⁰ Naar mijn mening leidt het gebruik van de ernstigverwijtmaatstaf *zelf* al tot een schijn duidelijkheid.

In dat verband staat voorop dat art. 2:9 BW en art. 6:162 BW in beginsel verschillende belangen beschermen. Art. 2:9 BW en de in dat kader (in mijn ogen ten onrechte) gehanteerde ernstigverwijtmaatstaf strekken ter bescherming van de belangen van de rechtspersoon. Normadressant is uitsluitend de bestuurder. De rechtspersoon (en blijkens het arrest *Willemsen/NOM*³⁰¹ ook de aandeelhouder, als die rechtspersoon een kapitaalvennootschap is, zie par. 10.6) is belanghebbende. Art. 6:162 BW strekt ter bescherming van eenieder jegens wie een onrechtmatige daad wordt gepleegd. De normadressant kan eenieder zijn: een bestuurder van een rechtspersoon, maar ook andere personen die geen statutair bestuurder zijn, zoals een werknemer, een feitelijk beleidsbepaler, een indirect bestuurder of een aandeelhouder. Beide bepalingen bevatten dus een eigen toetsingskader. Een schending van de norm van art. 2:9 BW die geldt in de verhouding tussen de bestuurder en de rechtspersoon, impliceert niet een schending van de norm van art. 6:162 BW die geldt in de verhouding tussen de bestuurder en een derde.³⁰² Dit blijkt ook goed uit hetgeen ik in par.

298. Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 1131.

299. Vgl. J.S. Kortmann, ‘De bewuste wetsovertreding: geen onbehoorlijk bestuur?’, *Ondernemingsrecht* 2013/84, p. 433.

300. Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 1129 t/m 1133, waarin wordt gesteld dat de kwalificatie ‘voldoende’ zelfstandige betekenis mist en dat de kwalificatie ‘persoonlijk’ duidelijk maakt dat bij art. 6:162 BW geen collectieve aansprakelijkheid bestaat.

301. HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (*Willemsen/NOM*).

302. Zie ook De Jongh 2011, p. 20, die schreef: “*Toch meen ik dat de aansprakelijkheidsmaatstaven van ernstige verwijtbaarheid (art. 2:9 BW) en ernstige persoonlijke verwijtbaarheid (art. 6:162 BW) niet identiek zijn. Dat volgt reeds uit het feit dat de normadressaat in beide gevallen verschilt: art. 2:9 BW betreft een norm die bestuurders jegens de vennootschap moeten betrachten; art. 6:162 BW creëert een norm jegens derden. De verschillende normadressaten kunnen leiden tot een uiteenlopende inhoud van de norm.*”

10.2.3 en 10.2.4 heb uiteengezet. Van een samenloop van rechtsregels, zoals bedoeld door Bakels,³⁰³ is dus geen sprake zodat geen noodzaak bestaat om te streven naar normatieve convergentie. Van een werkelijke normatieve convergentie kan in de praktijk naar mijn mening ook niet gesproken worden als men beschouwt hoe Assink de ernstigverwijtmaatstaf relateert in de verschillende contexten en verhoudingen waarin deze wordt gehanteerd. Het voorgaande neemt niet weg dat de op een bestuurder rustende normen van art. 2:9 BW verdere invulling kunnen geven aan art. 6:162 BW, omdat deze normen met zich brengen dat de bestuurder van een rechtspersoon ook een bewaarnemersrol vervult in het maatschappelijk verkeer (zie hierna par. 10.8).

Er bestaan overigens nog meer (wettelijke) gronden voor aansprakelijkheid van een bestuurder jegens derden waar de maatstaf van 2:9 BW geen rol speelt, maar waarin een eigen toetsingskader geldt. Zie bijvoorbeeld art. 2:138 BW³⁰⁴ en art. 2:139 BW. Kroeze schreef hierover dat juist omdat in art. 2:139 BW sprake is van quasi-risicoaansprakelijkheid, het niet voor de hand ligt om bij aansprakelijkheid uit hoofde van art. 2:139 BW automatisch onbehoorlijke taakvervulling van de bestuurders tegenover de vennootschap in de zin van art. 2:9 BW aan te nemen.³⁰⁵ Hiermee wordt eigenlijk gezegd dat geen sprake is van samenloop van rechtsregels. Ditzelfde geldt bijvoorbeeld voor aansprakelijkheid op grond van art. 6:194 BW. Dit is een *lex specialis* van art. 6:162 BW. Er bestaat geen rechtvaardiging om bij externe bestuurdersaansprakelijkheid dat is gebaseerd op de *lex generalis* van art. 6:162 BW een andere benadering te kiezen.

Van samenloop is bijvoorbeeld wel sprake in het arrest *Nutsbedrijf Westland*,³⁰⁶ waarin een bestuurder die tevens werknemer is *door de rechtspersoon* aansprakelijk werd gesteld op grond van zowel art. 6:162 BW als art. 2:9 BW en art. 7:661 BW. In dat geval is (terecht) geoordeeld dat art. 6:162 BW wordt ingekleurd door de zwaardere normen van art. 2:9 BW en art. 7:661 BW. Maar die 'inkleuring' is goed te begrijpen, omdat de aangesproken bestuurder of werknemer in de verhouding tot de rechtspersoon juist wordt beschermd door die bepalingen en sprake is van samenloop tussen de art. 6:162, 2:9 en 7:661 BW. Indien de *bestuurder* (die al dan niet werknemer

303. F.B. Bakels, 'Aspecten van samenloop I en II', *WPNR* 2009/6796, p. 337-346 en *WPNR* 2009/6797, p. 359-369.

304. Zie o.a.: HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 454 en *JOR* 2001/171 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Gilhuis q.q. Panmo/H*) en HR 18 maart 2011, *JOR* 2011/144 m.nt. G. van Solinge (*D Group Europe/Schreurs q.q.*) onder verwijzing naar HR 7 juni 1996, *NJ* 1996, 695 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1996/69 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Ontvanger/Van Zoolingen*). Zie ook: Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 1125.

305. Kroeze 2005, p. 20.

306. HR 2 maart 2007, *NJ* 2007, 240 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 2007/137 m.nt. P.D. Olden (*Holding Nutsbedrijf Westland*).

is) wordt aangesproken door de rechtspersoon op grond van art. 6:162 BW, leidt deze samenloop ertoe dat voor zover de bestuurder wordt aangesproken voor handelingen die verband houden met de uitoefening van zijn functie als bestuurder, art. 6:162 BW moet worden ingekleurd door art. 2:9 BW (en niet 7:661 BW aangezien art. 2:9 BW derogeert aan art. 7:661 BW, zie par. 5.3.5). Indien de *werknemer* wordt aangesproken door de rechtspersoon op grond van art. 6:162 BW, leidt deze samenloop ertoe dat, voor zover de werknemer wordt aangesproken voor handelingen die verband houden met de uitoefening van zijn functie, art. 6:162 BW moet worden ingekleurd door art. 7:661 BW.

10.8 Analyse in het licht van de bewaarnemersrol van de bestuurder in het maatschappelijk belang op grond van art. 2:5 BW jo. art. 2:9 BW

In alle voorgaande paragrafen heb ik uiteengezet waarom het ‘overwaaien’ van de ernstigverwijtmaatstaf uit het leerstuk van interne bestuurdersaansprakelijkheid naar externe bestuurdersaansprakelijkheid rechtstheoretisch niet te rechtvaardigen is. In het kader van externe bestuurdersaansprakelijkheid is – kort gezegd – uitsluitend relevant de vraag of een (rechts)persoon, die heeft gehandeld als bestuurder van een andere rechtspersoon, persoonlijk een zorgvuldigheidsverplichting heeft geschonden jegens een derde. Dat de ernstigverwijtmaatstaf uit het interne bestuurdersaansprakelijkheidsrecht is overgewaaid in een hang naar normatieve convergentie, is echter wel te begrijpen. Want hoewel de normen verschillen en de vraag of een bestuurder intern aansprakelijk is, losstaat en dient te staan van de vraag of een bestuurder extern aansprakelijk is, brengt de aard van de functie van een bestuurder van een rechtspersoon met zich dat zijn verhouding ten opzichte van de rechtspersoon mede van belang is voor zijn verhouding ten opzichte van een derde in het maatschappelijk verkeer. Om dat belang goed te begrijpen, dient eerst nader te worden stilgestaan bij de idee van rechtspersoonlijkheid en bij de verhouding van de bestuurder ten opzichte van de rechtspersoon. Hierna zal ik daarop ingaan.

Wij kennen rechtspersoonlijkheid omdat wij het wenselijk en in het belang van het maatschappelijk (economisch) verkeer hebben geacht dat individuele rechtssubjecten door middel van een wettelijk geregeld organisatorisch samenwerkingsverband gezamenlijk, doch niet voor eigen rekening en risico, kunnen deelnemen aan datzelfde maatschappelijk verkeer. Andere deelnemers van het maatschappelijk verkeer kunnen op hun beurt met dit organisatorisch samenwerkingsverband handelen. Om dat te realiseren heeft de wetgever onder meer de rechtsvorm van de rechtspersoon gecreëerd en erkend. Rechtspersoonlijkheid

is niet meer weg te denken. Het aantal rechtspersonen dat thans bestaat, maakt dan ook een belangrijk deel uit van alle rechtssubjecten in de maatschappij. Zo stonden op 15 februari 2017 ca. 1,4 miljoen rechtspersonen ingeschreven in het Nederlandse handelsregister op een totaal van ca. 2,7 miljoen ingeschreven rechtsvormen (zie par. 10.6.3).

Wat hier van belang is, is dat de rechtspersoon als abstract rechtssubject zoals gezegd niet ‘echt’ kan handelen zonder tussenkomst van natuurlijk personen (zie par. 10.4.3). Het accepteren van de abstracte vorm van de rechtspersoon, zoals in feite vastgelegd in art. 2:5 BW brengt daarom noodzakelijkerwijs met zich dat de rechten, bevoegdheden en verplichtingen van de betrokkenen bij de rechtspersoon zijn gereguleerd. Dat is gebeurd in het systeem van Boek 2 BW. Hiermee heeft de wetgever door middel van dwingendrechtelijke bepalingen een systeem van *checks and balances* gecreëerd dat onder meer dient ter borging van de belangen betrokken bij de rechtspersoon. In de literatuur wordt in dit verband gesproken over de waarborgfunctie van het dwingendrechtelijk vennootschapsrecht.³⁰⁷

De bestuurder van een rechtspersoon speelt daarin vanzelfsprekend een centrale rol. Hij heeft op grond van art. 2:9 BW een mede door het rechtspersonenrecht bepaalde maatschappelijke positie waarbij hij een ‘trusteefunctie’, een bewakers- of bewaarnemersrol vervult ten opzichte van de hem toevertrouwde, bij de rechtspersoon betrokken belangen.³⁰⁸ Hij is tezamen met zijn medebestuurders in het maatschappelijk verkeer de stem van de abstracte rechtsvorm van de rechtspersoon, welke rechtspersoon met art. 2:5 BW een juridische werkelijkheid is geworden. De bestuurder kan deze rechtspersoon rechtsgeldig vertegenwoordigen en binden. Hij bepaalt samen met zijn medebestuurders wat de rechtspersoon doet of nalaat en hij beschikt (of beter: behoort te beschikken) met zijn medebestuurder over de kennis die relevant is voor de economische en maatschappelijke positie van de rechtspersoon in het rechtsverkeer. Zonder deze bestuurder, is de rechtspersoon *de facto* nog immer een volstrekte abstractie. De bestuurder is iemand die deel uitmaakt van de juridische structuur van de rechtspersoon en – zoals Blanco Fernández dat goed zei – door zijn deelname aan het functioneren van het bestuursorgaan, maakt hij het mogelijk dat de rechtspersoon deelneemt aan het rechtsverkeer.³⁰⁹

307. W.J.M. van Veen, *Boek 2 BW, statuten en aandeelhoudersovereenkomsten – stand van zaken en blik vooruit*, Deventer: Kluwer 2011, p. 21; L. Timmerman, ‘Waarom hebben wij dwingend vennootschapsrecht?’, in: L. Timmerman e.a. (red.), *Ondernemingsrechtelijke contracten* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 14), Deventer: Kluwer 1991, p. 8.

308. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/482 en Asser/Maeijer 2-III, 2000/321.

309. Blanco Fernández 2000, p. 474.

Hoewel dat inmiddels zo vanzelfsprekend is dat men snel eraan voorbij zou kunnen gaan, ligt één van voormelde belangen van de rechtspersoon, die de bestuurder dient te behartigen, in de functie van rechtspersoonlijkheid zelf. Met de rechtspersoon kunnen individuele rechtssubjecten in georganiseerd verband deelnemen aan het maatschappelijk verkeer en kunnen andere deelnemers aan het maatschappelijk verkeer met het georganiseerd verband handelen. Derden en investeerders durven met de rechtspersoon te handelen *omdat* de rechtspersoon is gereguleerd en *omdat* de betrokkenen daarbij aan bepaalde dwingendrechtelijke verplichtingen zijn gehouden. Het feit dat de rechtspersoon een volwaardige plaats in het maatschappelijk verkeer heeft, die zelfs wettelijk is verankerd (zie art. 2:5 BW), hangt daarom onlosmakelijk samen met het dwingendrechtelijk karakter van bepalingen in Boek 2, die gedrags- en taaknormerende voorschriften bevatten voor de betrokkenen bij de rechtspersoon.³¹⁰ Zouden die bepalingen, die tevens de fundamentele bestuursverplichtingen van de artt. 2:10 en 2:394 e.v. BW (zie par. 5.3.9) omvatten, niet bestaan, dan zou de rechtspersoon als instituut een weinig aantrekkelijke contractspartner zijn, omdat voor derden in het geheel niet duidelijk is hoe ‘betrouwbaar’ deze partner is. Omdat de rechtspersoon juist erop is gericht deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer en anders geen functie heeft, heeft de rechtspersoon dus belang erbij om als ‘betrouwbaar’ te worden gezien. Zowel het maatschappelijk belang van het enkele bestaan van rechtspersoonlijkheid als voormeld belang van de rechtspersoon zelf, wordt dus door voormeld systeem van *checks and balances* gewaarborgd.

De hiervoor bedoelde gedrags- en taaknormerende voorschriften zijn gelet op het voorgaande niet alleen relevant voor de interne verhoudingen, maar kunnen ook relevant zijn voor de externe verhoudingen. Dat dit het geval is, blijkt allereerst uit wettelijke bepalingen waarin expliciet is omschreven dat de bestuurder aansprakelijkheid jegens derden of – als gevolg van een tekort – jegens de boedel riskeert (zie bijvoorbeeld de artt. 2:69/180 lid 2, 2:93/203 lid 3, 2:207 lid 3, 2:216 lid 3 en 2:138/248 BW, zie par. 3.7.5). Maar andere bepalingen, die op het eerste gezicht weliswaar betrekking hebben op de interne verhoudingen, kunnen ook relevant zijn voor de externe verhoudingen. Zo overwoog de Rechtbank Midden-Nederland in 2014 dat de verplichtingen uit art. 2:10 BW niet alleen strekken tot bescherming van het belang van de rechtspersoon, maar ook van zijn schuldeisers. De rechtbank overwoog voorts dat als schending van die verplichtingen kwalificeert als onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:9 BW (hetgeen volgens mij per definitie als zodanig

310. Van Veen 2011, p. 19.

kwalificeert, zie par. 5.3.9), daarmee ook vaststaat dat onrechtmatig is gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers.³¹¹ In zijn kritische noot bij deze uitspraak schreef Van Andel:

*“De vanuit juridisch oogpunt meest interessante overweging in het vonnis is te vinden onder 5.15. De rechtbank stelt daar dat het niet-naleven van de administratieplicht en de verplichting tot het opmaken van een jaarrekening niet alleen als onbehoorlijke taakvervulling jegens de rechtspersoon kwalificeert, maar ook als onrechtmatig handelen jegens de gezamenlijke schuldeisers. Ik vraag mij af of dat onder alle omstandigheden zo is. In het algemeen past enige terughoudendheid om aan te nemen dat iets dat onbehoorlijk is in relatie tot de één (hier: de rechtspersoon), ook wel onbehoorlijk zal zijn in relatie tot de ander (hier: de schuldeisers van de rechtspersoon). De dief die mijn debiteur besteelt waardoor die debiteur mij niet kan betalen, handelt wel onrechtmatig jegens mijn debiteur maar – bijzondere omstandigheden daargelaten – niet jegens mij. Evenzo handelt een derde die onrechtmatig handelt jegens een vennootschap, niet automatisch onrechtmatig jegens haar aandeelhouders of crediteuren, ook niet als die daardoor schade lijden. Dat zal alleen onder bijzondere omstandigheden het geval zijn (bijvoorbeeld als die derde het oogmerk had om juist de aandeelhouders of de crediteuren van de vennootschap te treffen). Of overtreding van een norm in relatie tot de rechtspersoon, ook onrechtmatig handelen in relatie tot crediteuren van de rechtspersoon impliceert, zal moeten worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval.”*³¹²

Ik deel de mening van Van Andel in zoverre dat de vraag of de bestuurder de tussen hem en de *rechtspersoon* geldende norm van art. 2:9 BW heeft geschonden, in beginsel inderdaad losstaat van de vraag of hij de tussen hem en *een derde* geldende norm van art. 6:162 BW heeft geschonden.³¹³ Omgekeerd houdt

311. Rb. Midden-Nederland 30 april 2014, JOR 2014/291 m.nt. W.J.M. van Andel (*Stichting Daidalos*), r.o. 5.15.

312. Van Andel merkt overigens wel terecht op dat de rechtbank moet worden nagegeven dat juist de schending van verplichtingen van het bestuur tot het bijhouden van een behoorlijke administratie en het tijdig publiceren van een jaarrekening in art. 2:138/248 lid 2 BW moeten worden aangemerkt als daden van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Omdat het bij die artikelen gaat om externe aansprakelijkheid (formeel jegens de boedel, maar materieel jegens de gezamenlijke schuldeisers), valt er volgens hem veel voor te zeggen om ervan uit te gaan dat het schenden van die verplichtingen inderdaad niet alleen een normschending jegens de rechtspersoon, maar ook jegens de gezamenlijke schuldeisers oplevert. Toch is volgens Van Andel twijfel op zijn plaats omdat de wettelijke fictie van art. 2:138/248 lid 2 BW, namelijk dat het niet nakomen van de genoemde verplichtingen impliceert dat het bestuur zijn taak ook voor het overige onbehoorlijk heeft vervuld en dat vermoed wordt dat die (fictieve) onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is, niet van toepassing is bij art. 2:9 BW (laat staan bij art. 6:162 BW).

313. Westenbroek 2015b.

het jegens een derde plegen van een onrechtmatige daad als vertegenwoordiger van de rechtspersoon, evenmin noodzakelijkerwijs onbehoorlijke vervulling van de bestuurstaak ten opzichte van de rechtspersoon in.³¹⁴ Maar dit neemt niet weg dat de norm van art. 2:9 BW (en bijvoorbeeld art. 2:10 BW) wel degelijk betekenis kan hebben voor de invulling van art. 6:162 BW in de verhouding tussen een bestuurder en een derde. Art. 2:9 BW regelt namelijk weliswaar uitsluitend expliciet de zogenoemde interne aansprakelijkheid, maar de daarin omschreven algemene gedragsnorm heeft een belangrijke maatschappelijke betekenis, omdat art. 2:9 BW bij uitstek een gedrags- en taaknormerend voorschrift is waar derden op varen. In zijn hoedanigheid van bestuurder heeft de handelende persoon dus ook jegens deze derden een centrale ‘bewakers- of bewaarnemersrol’. Er gaat dus een normatieve en maatschappelijke werking uit van art. 2:9 BW³¹⁵ die ook van betekenis is voor de verhouding tussen de bestuurder van de rechtspersoon en een derde. Dat is niet alleen in het belang van de rechtspersoon, maar gelet op de ratio van rechtspersoonlijkheid ook in het belang van het maatschappelijk verkeer.

De bredere en maatschappelijke betekenis van art. 2:9 BW komt ook duidelijk terug in de veel gestelde vraag wat nu precies bedoeld wordt met het vennootschappelijk belang. Het bestuur van een kapitaalvennootschap heeft de wettelijke verplichting om te handelen naar het vennootschappelijk belang (zie art. 2:139/239 lid 5 BW) en handelen in strijd daarmee kan onbehoorlijk bestuur opleveren.³¹⁶ Maar wat betekent dat nu? In dat verband wordt ook vaak de vraag gesteld of wij in Nederland een stakeholders model of een shareholders model hebben. Ik zal hier niet verder op ingaan,³¹⁷ maar beperk mij tot een verwijzing naar de Corporate Governance Code van 8 december 2016.³¹⁸ Die Corporate Governance Code geeft naar mijn mening een goed beeld van ons maatschappelijk denken over de rol en de functie van een bestuurder van een rechtspersoon in Nederland. De Corporate Governance omschrijft het volgende uitgangspunt:

“De Code berust op het uitgangspunt dat de vennootschap een lange termijn samenwerkingsverband is van diverse bij de vennootschap betrokken stakeholders. Stakeholders zijn groepen en individuen die direct of

314. Zo ook: Van der Heijden/Van der Grinten/Honée & Hendriks-Jansen, *Handboek NV/BV* 1992/257.

315. Vgl. G.H. Potjewijd, ‘Vrijwaring voor bestuurders en commissarissen’, *Ondernemingsrecht* 2003/16.

316. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 4-5.

317. Zie hierover: B. Kemp, Aandeelhoudersverantwoordelijkheid: De positie en rol van de aandeelhouder en *aandeelhoudersvergadering* (Serie Van der Heijden Instituut, nr. 129), Deventer: Kluwer 2015, par. 3.6 en de daarin genoemde bronnen; M.M. Mendel en W.J. Oostwouder, ‘Het vennootschappelijk belang na recente uitspraken van de Hoge Raad’, *NJB* 2013/1776 en de daarin genoemde bronnen.

318. De Nederlandse Corporate Governance Code 2016, preambule, p. 8.

indirect het bereiken van de doelstellingen van de vennootschap beïnvloeden of er door worden beïnvloed: werknemers, aandeelhouders en andere kapitaalverschaffers, toeleveranciers, afnemers en andere belanghebbenden. Het bestuur en de raad van commissarissen hebben een verantwoordelijkheid voor de afweging van deze belangen en zijn doorgaans gericht op de continuïteit van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Daarbij streeft de vennootschap naar het creëren van waarde op de lange termijn. Stakeholders moeten erop kunnen vertrouwen dat hun belangen op zorgvuldige wijze worden meegewogen, omdat dit een voorwaarde is voor hen om binnen en met de vennootschap samen te werken. Goed ondernemerschap en goed toezicht zijn essentiële voorwaarden voor stakeholders voor het vertrouwen in het bestuur en het toezicht.”

De verwachtingsfunctie van art. 2:9 BW (zie par. 1.1) komt hierin duidelijk naar voren. Stakeholders – en dat kunnen blijkens voorgaand citaat ook uitdrukkelijk derden zijn – mogen verwachten dat hun belangen op een zorgvuldige wijze worden meegewogen. Dat kan een bestuurder alleen maar doen indien hij handelt naar “*het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult*” (zie par. 3.7.4 en par. 3.7.7). Anders gezegd, de bestuurder dient zijn taak inhoudelijk en collegiaal behoorlijk te vervullen (zie par. 3.6.3). Dat houdt dus ook in het houden van voldoende collegiaal toezicht (zie par. 3.6.3 en 3.6.4 en de relativering daarvan in par. 3.6.5). Hoewel dat primair een verplichting is jegens de rechtspersoon, dient deze dus in een bredere maatschappelijke context te worden geplaatst. De bestuurder heeft niet alleen een bewaarnemersrol jegens de rechtspersoon, maar ook jegens de maatschappij. Hij heeft een maatschappelijke functie die de rechtspersoon onderdeel doet zijn van het maatschappelijk verkeer. Daarom zullen de op een bestuurder rustende dwingendrechtelijke normen niet steeds uitsluitend relevant zijn voor de interne orde van de rechtspersoon, maar kunnen deze ook doorspelen in dat maatschappelijk verkeer. Assink stelde dat het in de rede ligt de maatman evenzeer tot uitgangspunt te nemen in de externe aansprakelijkheidsanalyse op de voet van art. 6:162 BW.³¹⁹ Dat lijkt mij gelet op al het voorgaande juist.

Anders gezegd, het feit dat de bestuurder een bewaarnemersrol heeft, legt in zeker mate ook een zorgplicht op hem jegens derden. In de regel leidt de toepassing van zorgplichten juist tot een *verscherpt* schuldbegrip (dus schuld wordt sneller aangenomen). Uit zorgplichten kunnen bijvoorbeeld onderzoeksplichten voortvloeien, die meebrengen dat een beroep op onwetendheid

319. Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 1106.

minder snel verschoonbaar zal worden geacht.³²⁰ In dit verband kan bijvoorbeeld worden gewezen op de uitspraak in de enquêteprocedure van Fortis³²¹ waarin de Hoge Raad, in het kader van de vraag of sprake was van wanbeleid bij Fortis (in de zin van art. 2:345 BW) rondom de overname van ABN AMRO, oordeelde:

“Naarmate op een (rechts)persoon (op een bepaald terrein) een zwaardere verantwoordelijkheid rust, zal hij ook scherper moeten opletten, opdat hem geen voor het voeren van een verantwoord beleid relevante feiten en omstandigheden ontgaan, en zal hij zijn besluitvorming – dan ook – moeten doen berusten op een zorgvuldige informatievoorziening, analyse en beoordeling. Dat betekent dat wat voor de één slechts een hindsight inzicht is, onder omstandigheden voor de ander tot op zekere hoogte foresight inzicht behoort te zijn.”

Natuurlijk had de genoemde uitspraak betrekking op de vraag of sprake was van wanbeleid en niet op de vraag of sprake was van bestuurdersaansprakelijkheid, maar dat is hier niet relevant. Het gaat om de constatering dat de aanwezigheid van een zorgplicht tot een verscherpt schuldbegrip leidt en dus juist niet tot een verlicht schuldbegrip zoals met de ernstigverwijtmaatstaf als ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’ is beoogd. De bewaarnemersrol van de bestuurder brengt in vergelijking met andere betrokkenen (niet-bestuurders) bij de rechtspersoon ten opzichte van derden een zekere aanvullende zorgplicht met zich jegens deze derden. Anders gezegd, de bewaarnemersrol geeft invulling aan de maatschappelijke betamelijkheid die een bestuurder heeft na te leven jegens een derde.

Uit het voorgaande volgt dat, hoewel art. 6:162 BW en art. 2:9 BW verschillende normen met zich brengen en verschillende belangen beogen te beschermen, de verbintenissen die art. 2:9 BW op de bestuurder legt van belang kunnen zijn voor de vraag of een bestuurder een norm ex art. 6:162 BW heeft geschonden jegens een derde. De verbintenissen die op grond van art. 2:9 BW op de bestuurder van een rechtspersoon rusten, geven invulling aan de bewaarnemersrol die de bestuurder inneemt in het maatschappelijk verkeer, als gevolg waarvan aanvullende maatschappelijke betamelijkheidsnormen komen te rusten op de bestuurder die art. 6:162 BW van geval tot geval kunnen inkleuren.

De consequenties van de bewaarnemersrol van de bestuurder in het maatschappelijk verkeer blijken uit de rechtspraak van de Hoge Raad over externe bestuurdersaansprakelijkheid. Op grond van het *Beklamel*-arrest³²² kan een

320. Jansen 2014, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162, aant. 14.2.

321. HR 6 december 2013, *NJ* 2014, 167 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Fortis*), r.o. 4.2.1.

322. HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 m.nt. Maeijer (*Beklamel*).

bestuurder bijvoorbeeld aansprakelijk zijn jegens een derde op grond van art. 6:162 BW omdat hij een overeenkomst met een derde is aangegaan terwijl hij ‘behoorde te weten’ dat de vennootschap zijn verplichtingen niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor de daardoor ontstane schade (zie ook par. 10.5.4.7). Dit ‘behoren te weten’ heeft een objectiverende factor in zich, die in feite verwijst naar de verplichting van bestuurders om hun taken zowel ‘inhoudelijk’ als ‘collegiaal’ behoorlijk te vervullen (zie over deze termen, par. 3.6.3) en die mede kan strekken ter bescherming van derden.³²³ Ook al ‘wist’ de bestuurder het niet, als hij het had ‘behoren te weten’, brengt de ratio van art. 2:9 BW met zich dat zijn gebrekkige kennis krachtens de wet en de in het verkeer geldende opvattingen op grond van art. 6:162 lid 3 BW voor zijn rekening komt. Die objectiverende factor komt ook uitdrukkelijk terug in vennootschapsrechtelijke bepalingen die de facto strekken ter bescherming van derden. Zo spreken de art. 2:93/203, 2:207 lid 3 en 2:216 lid 3 BW, die de verplichting tot aanvulling van een tekort in de boedel op de bestuurders leggen, expliciet van bestuurders die ‘wisten of redelijkerwijs konden weten’ dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen.³²⁴

De bedoelde collegiaal behoorlijke taakvervulling ziet op (i) de betrokkenheid bij de gezamenlijke besluitvorming, (ii) het houden van (collegiaal) toezicht op de organisatie, de structuur en medebestuurders (toezichtsfunctie),³²⁵ (iii) het zich voldoende laten informeren door medebestuurders (waarbij overigens geldt dat hij in zekere zin mag afgaan op de juistheid van hetgeen aan hem door een medebestuurder is gerapporteerd),³²⁶ (iv) het kritisch zijn op medebestuurders (sociale controle)³²⁷ en (v) het zo nodig zelfstandig

323. Vgl. HR 26 juni 2009, *JOR* 2009/221 m.nt. Y. Borrius (*Eurocommerce*) en r.o. 3.10 van de conclusie van A-G Timmerman, waarin Timmerman in het kader van de *Beklamel*-norm benadrukt dat deze objectivering in het bijzonder gepast is ingeval een norm van toepassing is “die beoogt een bepaalde partij die door de handelwijze van een andere partij benadeeld kan worden te beschermen, zoals de *Beklamel*-norm.”

324. Bij art. 2:93/203 BW betreft dit overigens een connotatie die wordt gebruikt in verband met de aansprakelijkheid van degenen die voor de oprichting van de vennootschap namens de vennootschap hebben gehandeld. Er wordt evenwel ook in bepaald dat dit geldt “onverminderd de aansprakelijkheid terzake van de bestuurders wegens de bekrachtiging”. Die laatste aansprakelijkheid van de bestuurders wordt echter volgens hetzelfde criterium vastgesteld, terwijl de grondslag daarvoor art. 6:162 BW is. Zie: HR 28 maart 1997, *NJ* 1997, 582 m.nt. J.M.M. Maeijer.

325. Borrius 2012, par. 8.2.

326. Mussche 2011, p. 41; Borrius 2012, par. 8.5.3; Hof Amsterdam 21 september 2010, *JOR* 2011/40 m.nt. J.B. Wezeman (*Stichting Freule Lauta van Aysma*), r.o. 4.31 en 4.32.

327. Slagter 1993, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 61.

onderzoek doen naar de wijze waarop zijn medebestuurder de aan hem toebedeelde taken heeft vervuld³²⁸ (zie par. 3.6.3). Een bestuurder die door medebestuurders wordt belet behoorlijk te besturen dient actie te ondernemen en in het ergste geval zal hij moeten aftreden (zie par. 3.6.4).³²⁹

Een bestuurder A die door een eigen gebrekkige collegiale taakvervulling geen kennis heeft van de bij zijn medebestuurders B en C aanwezige kennis dat een overeenkomst, die deze bestuurder A beoogt aan te gaan niet zal kunnen worden nagekomen en dat de rechtspersoon geen verhaal zal bieden, zal mijns inziens daarom ook ex art. 6:162 BW aansprakelijkheid moeten kunnen riskeren op grond van de *Beklamel*-norm. Hetzelfde geldt voor een bestuurder A die door een eigen gebrekkige collegiale taakvervulling geen kennis heeft van het oogmerk van zijn medebestuurder B een overeenkomst aan te gaan (welke vervolgens ook wordt aangegaan), terwijl bestuurder A bij kennis van dat oogmerk zou hebben geweten of behoren te weten dat de rechtspersoon deze overeenkomst niet zou kunnen nakomen noch verhaal zou bieden. Bestuurder A had dan immers moeten ingrijpen en het nalaten om dat te doen, zou naar mijn mening aangemerkt moeten kunnen worden als een schending van een zorgvuldigheidsverplichting jegens de derde. Dit alles geldt ook voor de in *Ontvanger/Roelofsen*³³⁰ genoemde tweede variant waarop aansprakelijkheid kan worden gebaseerd, namelijk dat een bestuurder heeft ‘toegelaten’ dat een rechtspersoon zijn (wettelijke) verplichtingen niet nakomt. Dat ‘toelaten’ impliceert dat de bestuurder een bepaalde actieve rol dient te spelen in de naleving van wettelijke en contractuele verplichtingen van de rechtspersoon door hemzelf en door medebestuurders. Indien zijn (collegiale) passiviteit als bestuurder jegens (de medebestuurders van) de rechtspersoon leidt tot schending van deze verplichtingen van de rechtspersoon, zou deze bestuurder zelf onder omstandigheden schending van een maatschappelijke betamelijkheidsnorm ex art. 6:162 BW moeten kunnen worden verweten en moet hij dus zelf aansprakelijkheid jegens derden riskeren.

Het zijn allemaal logische consequenties van het zogenaamde collegialiteitsbeginsel dat wordt gezien als een “*fundamenteel en waardevol beginsel van vennootschapsrecht*”³³¹ (zie hierover relativerend: par. 3.6.5) en dat doorwerkt in de bewaarnemersrol die de bestuurder in het maatschappelijk verkeer vervult. Een tekortkoming in de nakoming van de in beginsel interne verantwoordelijkheden van de bestuurder, kan *extern* gevolgen hebben omdat de

328. Zie ook: Rb. Oost-Brabant 17 december 2014, *JOR* 2015/129 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Stichting Bureau Jeugdzorg*), r.o. 3.5 en 3.6.

329. Slagter 1993, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 61; *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 19 en *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. c (MvA), p. 5, 6, 15 en 16.

330. HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*), r.o. 3.5.

331. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 37. Zie voorts: Timmerman 2009a, nr. 28-29; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/194; Verdam 2013, par. 1.

bestuurder mede op basis van deze verantwoordelijkheden wordt geacht over bepaalde capaciteiten en over geobjectiveerde wetenschap te beschikken ('behoren te weten'). De bewaarnemersrol brengt met zich dat de bestuurder ook wordt geacht deze capaciteiten en geobjectiveerde wetenschap aan te wenden. Zijn bewaarnemersrol leidt tot een zorgplicht zowel intern als extern, waarvan schending kan leiden tot interne en externe aansprakelijkheid. Dat geldt, zoals hierna in hoofdstuk 11 zal blijken, overigens evengoed voor de tweedegraads bestuurders die op grond van art. 2:11 BW jo. art. 6:162 BW worden aangesproken.³³²

In dit verband moet opnieuw worden stilgestaan bij de overweging van de Hoge Raad in de veelbesproken arresten *Hezemans Air*³³³ en *RCI/Kastrop*,³³⁴ inhoudende dat voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon jegens een derde, vereist is dat die bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt en dat voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder aldus *hogere* eisen gelden dan in het algemeen het geval is. Ik heb hiervoor reeds uiteengezet dat de daarvoor gegeven rechtvaardiging door de Hoge Raad, te weten dat een bestuurder in het belang van de rechtspersoon moet kunnen ondernemen, voorbijgaat aan (i) het feit dat de norm voor onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:9 BW al de ruimte biedt om te ondernemen, zodat de ernstigverwijtmaatstaf voor interne aansprakelijkheid daarvoor niet nodig is³³⁵ (par. 5.3.2) en (ii) het feit dat een derde niets te maken heeft met het interne belang van de rechtspersoon (par. 10.6.2).³³⁶ De (rechtvaardiging voor de) hogere drempel voor aansprakelijkheid gaat evenmin op wanneer men het betreft op de verplichting tot het behoorlijk vervullen van de *collegiale* bestuurstaak. Ondanks een eventuele taakverdeling, blijven de bestuurders die niet zijn belast met een specifieke inhoudelijke taak die aan een specifieke andere bestuurder is toebedeeld, de verantwoordelijkheid houden om erop toe te zien dat die andere bestuurder zijn taak naar behoren vervult en om maatregelen te treffen indien hij zijn taken niet behoorlijk vervult. Daar past geen ondernemend en mogelijk risiconemend gedrag bij en derhalve past daarbij evenmin de vrees dat de bestuurder zijn gedrag op dat vlak in 'onwenselijke

332. Zie daarover: HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 in cassatie op Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, *JIN* 2014/8 m.nt. J. van der Kraan en *JOR* 2014/3 m.nt. S.M. Bartman en X.D. van Leeuwen (*Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*).

333. HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 21 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2014/296 m.nt. M.J. Kroeze (*Hezemans Air*).

334. HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 22 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2014/325 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*RCI/Kastrop*).

335. Westenbroek 2016c.

336. Van Veen 2016, par. 3.2, die in dit verband spreekt van een vergissing van de Hoge Raad; Bartman 2014; Westenbroek 2015b.

mate door defensieve overwegingen³³⁷ laat bepalen. Hier past namelijk het tegenovergestelde gedrag bij: onderzoekend, doorvragend, kritisch en risico-analyserend. Dat houdt collegiaal besturen in en dat heeft onder meer als defensief doel om de rechtspersoon, als abstract rechtssubject, volwaardig deel te kunnen laten uitmaken van het maatschappelijk economisch verkeer. Met zijn bewaarnemersrol speelt de bestuurder daarin een essentiële rol (zie par. 3.6.3, 5.3.7 en 5.3.10). Als een bestuurder het *gewone* verwijt valt te maken dat hij, gelet op zijn verplichtingen van art. 2:9 BW, onvoldoende toezicht heeft gehouden op medebestuurders als gevolg waarvan derden schade hebben geleden, waarvan hij deze derden had kunnen behoeden als hij niet was tekortgekomen in de vervulling van zijn bestuurstaak, dan riskeert ook hij aansprakelijkheid jegens derden. Die aansprakelijkheid vindt zijn grondslag in eerdergenoemde bewaarnemersrol die in zeker mate ook een zorgplicht op hem legt jegens derden.

Kortom, een bestuurder heeft *intern* een verantwoordelijkheid ('behoren te weten') die *extern* gevolgen kan hebben³³⁸ en de vraag of een bestuurder zijn taak inhoudelijk en collegiaal behoorlijk heeft vervuld ex art. 2:9 BW kan mede van belang zijn voor de vraag of een bestuurder extern aansprakelijk is ex art. 6:162 BW. Die interne verantwoordelijkheid leidt tot een *externe* zorgplicht en die externe zorgplicht leidt zoals gezegd juist tot een *verscherpt* schuldbegrip (dus schuld wordt *sneller* aangenomen) en dus een 'lagere drempel'³³⁹ voor aansprakelijkheid. Men zou het ook zo kunnen zien: de op basis van art. 2:9 BW aangenomen geobjectiveerde wetenschap leidt ertoe dat in het systeem van art. 6:162 BW de bestuurder die persoonlijk een onrechtmatige daad wordt verweten minder snel zal kunnen stellen dat deze ex art. 6:162 lid 3 BW niet aan hem kan worden toegerekend. Lid 3 bepaalt dat een onrechtmatige daad aan de dader kan worden toegerekend indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak die krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. Omdat de ratio van art. 2:9 BW met zich

337. Vgl. HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (*Willemsen/NOM*).

338. De positie van de bestuurder ten opzichte van de derde verschilt in dit kader fundamenteel met die van een werknemer die de rechtspersoon vertegenwoordigt ten opzichte van een derde. De maatschappelijke betamelijkheid van de werknemer wordt niet mede ingevuld door de norm van art. 2:9 BW. Hierdoor hoeft bij de werknemer niet te worden uitgegaan van een bepaalde geobjectiveerde wetenschap, althans deze werknemer zal zich kunnen beroepen op het feit dat zijn handelen krachtens de wet en de in het verkeer geldende opvattingen op grond van art. 6:162 lid 3 BW niet voor zijn rekening komt. Alleen als bij de werknemer subjectieve wetenschap aanwezig is, kan worden betoogd dat hij maatschappelijk onbetamelijk heeft gehandeld jegens de derde. De vraag of hij regres kan nemen op de werkgever en/of op de bestuurder van de werkgever, zal vervolgens aan de hand van art. 7:661 BW respectievelijk 6:10 BW beantwoord moeten worden.

339. Van 'hoge of lage drempels' (hoog of laag ten opzichte van wat?) zou volgens mij, zoals eerder gezegd, evenwel in het geheel niet moeten worden gesproken.

brengt dat zijn gebrekkige kennis krachtens de wet en de in het verkeer geldende opvattingen op grond van art. 6:162 lid 3 BW voor zijn rekening komt, zal hij dus juist sneller aansprakelijk zijn dan een andere betrokkene bij de rechtspersoon, net zoals de eerder in par. 10.5.5 genoemde beroepsbeoefenaars.

Het gegeven dat art. 2:9 BW op de hiervoor omschreven wijze van invloed kan zijn op de invulling van de norm van art. 6:162 BW verklaart waarom in de doctrine en rechtspraak sinds het arrest *Ontvanger/Roelofsen* met gebruikmaking van de ernstigverwijtmaatstaf is gestreefd naar zogenaamde normatieve convergentie³⁴⁰ van de normen voor interne en externe aansprakelijkheid. Onjuist is echter om de maatstaf van externe aansprakelijkheid gelijk te trekken met die van interne aansprakelijkheid, dan wel om de vraag naar externe aansprakelijkheid afhankelijk te maken van het antwoord op de vraag of tevens sprake is van interne aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW. Een derde die een bestuurder aansprakelijk stelt ex art. 6:162 BW zal dus niet per definitie hoeven te stellen dat een bestuurder zijn verplichtingen ex art. 2:9 BW niet is nagekomen. Anderzijds zal een derde die, ter onderbouwing van zijn stelling dat een bestuurder jegens hem aansprakelijk is ex art. 6:162 BW, aanvoert dat een bestuurder zijn taken ex art. 2:9 BW onbehoorlijk heeft vervuld, zich niet kunnen baseren op de uit art. 2:9 BW voortvloeiende hoofdelijke aansprakelijkheid om ook andere bestuurders hoofdelijk aan te spreken voor de onrechtmatige daad van hun medebestuurder. De systematiek voor de beoordeling van interne aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW, op grond waarvan (i) hoofdelijke aansprakelijkheid van alle bestuurders ontstaat als de onbehoorlijke taakvervulling van een der bestuurders is vastgesteld en (ii) bestuurders aansprakelijkheid uitsluitend kunnen ontlopen op grond van door hen aan te voeren en te bewijzen disculpatiegronden (zie par. 3.4), is niet van toepassing op externe bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW.

Zoals hierna in par. 10.9 zal worden toegelicht, zou de derde mijns inziens in eerste instantie echter wel mogen volstaan met de stelling en het bewijs dat de gezamenlijke bestuurders, handelend als orgaan, in beginsel onrechtmatig handelen kan worden verweten zonder dat op deze derde de last zou moeten liggen welke bestuurder in dat verband concreet het verwijt van onrechtmatig handelen valt te maken. De individuele bestuurders zullen mijns inziens ter afwering van aansprakelijkheid moeten stellen en zo nodig bewijzen dat zij aan

340. Borrius 2003, p. 79-102; Timmerman 2009b; Wezeman 2010, p. 106; Assink, Bröring, Timmerman & De Valk 2011, p. 35; Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 1124 en 1133.

hun verbintenissen voortvloeiende uit art. 2:9 BW, bestaande uit het behoorlijk vervullen van zowel de inhoudelijke als de collegiale bestuurstaak, hebben voldaan althans dat een tekortkoming in die verbintenissen niet in causaal verband staat tot de door de derde geleden schade.

Hoewel een normschending van art. 2:9 BW gelet op al het voorgaande van belang kan zijn voor de vraag of bestuurders maatschappelijk onbetamelijk hebben gehandeld in de zin van art. 6:162 BW, blijven het verschillende normen, wetsbepalingen, grondslagen voor aansprakelijkheid en toetsingskaders (zie par. 10.7), waarmee verschillende belangen beschermd worden.

10.9 Analyse in verband met de stelplicht en bewijslast van art. 6:162 BW

Op grond van art. 6:162 BW geldt dat een rechtssubject dat meent schade te hebben geleden als gevolg van onrechtmatig handelen van een ander rechtssubject, zoals een bestuurder van een rechtspersoon, wordt belast met de plicht om te stellen en bewijzen dat dit andere rechtssubject een onrechtmatige daad heeft gepleegd. Die onrechtmatige daad bestaat uit een inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Voor zover een rechtvaardigingsgrond voor het betrokken handelen bestaat, zal de stelplicht en bewijslast daarvan op de ‘dader’ rusten. Dat is het systeem van art. 6:162 BW.

Het is niet duidelijk hoe en waar de ernstigverwijtmaatstaf hierin wetsystematisch is in te passen. Geeft de ernstigverwijtmaatstaf bijvoorbeeld invulling aan de vraag wanneer sprake is van een inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, of speelt de ernstigverwijtmaatstaf een rol bij de vraag wanneer sprake is van een rechtvaardigingsgrond?

Belangrijker is dat niet duidelijk is waarom een derde, die meent dat de bestuurders van een rechtspersoon *jegens deze derde* (a) persoonlijk een inbreuk op een recht hebben gemaakt of (b) hebben gehandeld of nagelaten in strijd met een persoonlijk op hen rustende wettelijke plicht of met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, belast wordt met de stelplicht en bewijslast dat is voldaan aan een maatstaf die is ontwikkeld om de *interne* bestuurdersaansprakelijkheid *jegens de rechtspersoon* te bepalen.³⁴¹

341. Terwijl die maatstaf ook voor interne aansprakelijkheid mijns inziens rechtstheoretisch niet te rechtvaardigen is, zie hoofdstuk 5 t/m 8.

Het lijkt er namelijk op dat de derde met deze maatstaf wordt belast met een zwaardere stelplicht en bewijslast dan is voorzien in art. 6:162 BW, zonder dat daar een duidelijke rechtvaardiging voor bestaat.

Timmerman schreef in dit verband dat de Hoge Raad in *Ontvanger/Roelofsen* een mooi overzicht geeft van verschillende types externe bestuurdersaansprakelijkheid en:

*“dat in een bepaald type gevallen ernstige verwijtbaarheid behoudens tegenbewijs wordt verondersteld; in een ander type gevallen moet de benadeelde schuldeiser van de vennootschap bewijs leveren. Prachtig, op mijns inziens overtuigende wijze wordt een algemene regel over bewijs(last)verdeling voor bestuurdersaansprakelijkheid geformuleerd.”*³⁴²

Deze regel over bewijs(last)verdeling ziet kennelijk op de ernstige verwijtbaarheid, zo lijkt Timmerman te stellen. Maar dat is niet wat art. 6:162 BW bepaalt en dat is ook niet te rijmen met het systeem van art. 6:162 BW. Als men in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht al gebruik zou willen maken van de ernstigverwijtmaatstaf,³⁴³ dan zou minst genomen ingezien moeten worden dat dit criterium uitsluitend betrekking heeft op de verhouding tussen de bestuurder en de rechtspersoon waar de derde in beginsel niets mee te maken heeft (zie par. 10.2.2 t/m 10.2.4 en de relativering hiervan in par. 10.8). De derde bevindt zich buiten de sfeer van de rechtspersoon en zal per definitie geen goed zicht hebben op de vraag of de bestuurder een ernstig verwijt zal treffen als bedoeld (of beter: ingelezen) in art. 2:9 BW. Door het vereist stellen van aanwezigheid van een ernstig verwijt wijkt, de Hoge Raad af van de vereisten van art. 6:162 BW. De Hoge Raad lijkt hier aan rechtsvorming in de meeste strikte zin (dus niet aan rechtsvormende rechtsvinding) te hebben gedaan en daar zijn zoals gezegd de nodige staatsrechtelijke bedenkingen bij te plaatsen (zie par. 2.3).

Naar mijn mening is in het kader van de stelplicht en bewijslast bij externe bestuurdersaansprakelijkheid voorts van fundamenteel belang te onderkennen dat de derde in beginsel ervan zal mogen uitgaan dat het bestuur *als orgaan* een verwijt ex art. 6:162 BW treft.³⁴⁴ Het is op basis van de wet immers het bestuur als *geheel* dat wordt geacht de rechtspersoon te besturen en te vertegenwoordigen. Dat is voor de vereniging, kapitaalvennootschappen en de stichting vastgelegd in de artt. 2:44-2:45, 2:129/239-2:130/240 en 2:291-2:292

342. Timmerman 2009c, p. 33.

343. Hetgeen wij naar mijn overtuiging niet zouden moeten.

344. In HR 31 januari 1958, *NJ* 1958, 251 (*Van Dullemen/Sala*) spreekt de Hoge Raad in het verband van externe bestuurdersaansprakelijkheid dan ook over de aansprakelijkheid van *het orgaan*.

BW.³⁴⁵ Het aan de wet ten grondslag liggende beginsel van collegiaal bestuur komt volgens Kroeze dan ook juist onder meer tot uitdrukking in deze bepalingen.³⁴⁶ Indien een derde meent benadeeld te zijn door de eerste in *Ontvanger/Roelofsen* omschreven verschijningsvormen van externe bestuurdersaansprakelijkheid (schending van de *Beklamel*-norm), zal hij in beginsel ervan mogen uitgaan dat de bestuurder die de overeenkomst *de facto* met hem is aangegaan, dat heeft gedaan met medeweten en instemming van het gehele bestuur als orgaan. Indien een derde bijvoorbeeld meent benadeeld te zijn door de tweede verschijningsvorm (nakomingsfrustratie), zal hij in beginsel ervan mogen uitgaan dat die nakomingsfrustratie door het bestuur als orgaan is veroorzaakt of is gedoogd. In dit verband moet worden gewezen op de volgende opmerking van de Minister bij de totstandkoming van art. 2:11 BW:

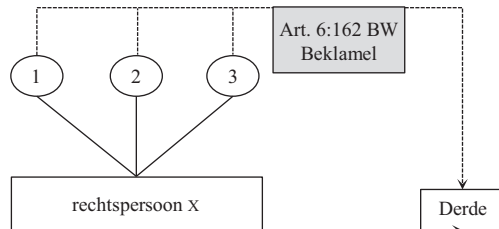
*“dat het feit dat een rechtspersoon bestuurder is, het voor degene die de bestuurder-rechtspersoon aanspreekt niet gemakkelijker maakt, vast te stellen tot wie hij zijn aanspraak moet richten. Het kan immers zijn dat elk van de bestuurders van de bestuurder-rechtspersoon zich op verschillende tijden feitelijk met het bestuur heeft bezig gehouden. Tot wie moet men zich dan richten? Door hen allen hoofdelijk aansprakelijk te maken wordt die moeilijkheid vermeden.”*³⁴⁷

Een belangrijke gedachte achter de hoofdelijke aansprakelijkheid van art. 2:11 BW (ik ga in hoofdstuk 11 nader in op art. 2:11 BW) was dus de onduidelijkheid die kan bestaan over de vraag welke (*tweedegraads*) bestuurders van de *rechtspersoon-bestuurder* zich met het bestuur van de *onderliggende* rechtspersoon hebben beziggehouden. Maar dat speelt evengoed bij de vraag welke (*eerstegraads*) bestuurders van een *rechtspersoon* zich met het bestuur van *deze* rechtspersoon hebben beziggehouden als gevolg waarvan de derde schade heeft geleden. Ik licht dat hierna toe aan de hand van onderstaand voorbeeld, waarin sprake is van schending van de eerste in *Ontvanger/Roelofsen* omschreven verschijningsvorm van externe bestuurdersaansprakelijkheid (de *Beklamel*-norm).

345. Omgekeerd kan een gebrek in de besluitvorming binnen het bestuur ook aan een derde worden tegengeworpen. Zie: HR 17 december 1982, *NJ* 1983/480 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bibolini*).

346. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/194.

347. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 18.



Bestuurder 1 van rechtspersoon X is namens rechtspersoon X een overeenkomst met een derde aangegaan. Bestuurder 1 wist niet dat rechtspersoon X de overeenkomst niet kon nakomen en geen verhaal zou bieden omdat bestuurder 2, die verantwoordelijk was voor de cijfers, bestuurder 1 (nog) niet of onjuist had geïnformeerd over de deplorabele financiële situatie bij rechtspersoon X en/of bestuurder 2 er ook niet naar had gevraagd. Bestuurder 2 wist niet dat bestuurder 1 voornoemde overeenkomst aanging, omdat deze dat niet met bestuurder 2 had gedeeld en/of bestuurder 1 er ook niet naar had gevraagd. Bestuurder 3 wist helemaal niets, omdat hij door bestuurder 1 en 2 sinds korte tijd bewust in het ongewisse werd gelaten wegens een verschil van inzicht in het te voeren beleid.

Betoogd zou kunnen worden dat geen van de drie natuurlijk personen persoonlijk jegens de derde de *Beklamel*-norm heeft geschonden aangezien de bestanddelen van die norm, zijnde enerzijds (i) het aangaan van de overeenkomst en anderzijds (ii) de geobjectiveerde wetenschap van benadeling, bij verschillende natuurlijk personen lag. Maar als geen van de drie natuurlijk personen de *Beklamel*-norm heeft geschonden, zou men kunnen concluderen dat de benadeelde op geen van deze drie natuurlijk personen aanspraken heeft, terwijl de kennis en handelingen van de verschillende bestuurders in samenhang bezien (gebundeld in rechtspersoon X) dat niet rechtvaardigen. De derde zou alsnog achter het net vissen. Deze conclusie lijkt mij dan ook niet juist.

Bij de vraag of de *Beklamel*-norm is geschonden, staat zoals gezegd immers de *geobjectiveerde* wetenschap centraal. Onderzocht zal derhalve moeten worden welke bestuurder het *gewone* verwijt kan worden gemaakt van het niet tijdig navraag doen bij de andere bestuurder en/of van het niet tijdig informeren van de andere bestuurder en/of van het nalaten in te grijpen. Hoewel bestuurder 1, 2 en zeker 3 in het normale taalgebruik wellicht geen verwijt, laat staan een 'ernstig verwijt' kan worden gemaakt, hoeft dat hun persoonlijke aansprakelijkheid dus niet per definitie uit te sluiten. Door de bewaarnemersrol die de bestuurder vervult ten opzichte van de rechtspersoon en het

maatschappelijk verkeer, zal het niet behoorlijk vervullen van de inhoudelijke of collegiale bestuurstaak, alsnog kunnen leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW jegens een derde.

In dit verband is van belang dat de derde veelal uitsluitend aan zijn stelplicht, dat sprake is van een van de twee bedoelde verschijningsvormen van externe bestuurdersaansprakelijkheid als omschreven in *Ontvanger/Roelofsen*, kan voldoen door zich te baseren op hem (achteraf) bekend geworden informatie aangaande de rechtspersoon als geheel (zoals jaarrekeningen, faillissementsverslagen en/of eventuele informatie verkregen van andere derden), welke informatie niet iets hoeft te zeggen over de wetenschap van een specifieke bestuurder. De derde zal uit deze informatie veelal alleen iets kunnen herleiden over de geobjectiveerde wetenschap van het bestuur als geheel. Het ligt daarom voor de hand dat de derde slechts hoeft te stellen dat de bestuurders van een rechtspersoon als collectief een onrechtmatige daad kan worden verweten waardoor de derde schade heeft geleden. Individuele bestuurders kunnen ter afwering van aansprakelijkheid vervolgens stellen dat:

- (i) zij niet zelf *direct* een zorgvuldigheidsverplichting jegens de derde hebben geschonden;
- (ii) zij voorts – gelet op de hiervoor in par. 10.8 omschreven bewaarnemersrol in het maatschappelijk verkeer – ook niet *indirect* een zorgvuldigheidsverplichting jegens de derde hebben geschonden, bestaande uit het *gewone* persoonlijk verwijt van onbehoorlijke uitoefening van de (collegiale) bestuurstaak waardoor een (of meer) medebestuurder(s) tezamen direct een zorgvuldigheidsverplichting heeft/hebben kunnen schenden jegens de derde; en
- (iii) een eventueel te maken verwijt van onbehoorlijke taakuitoefening niet in causaal verband staat tot de schade die de derde heeft geleden.

Hierin zal aan de hand van het collegialiteitsbeginsel centraal staan de vraag of de betrokken bestuurders wisten of redelijkerwijs hadden behoren te begrijpen dat de door hen bewerkstelligde *of toegelaten* handelwijze van de rechtspersoon tot schade bij de derde zou leiden. De stelplicht en zo nodig de bewijslast ten aanzien van de vraag of de betrokken bestuurders hun taak inhoudelijk en collegiaal behoorlijk hebben vervuld, welke mede van belang kan zijn voor de vraag of hun jegens derden een verwijt valt te maken (zie par. 10.8), zou bij deze bestuurders moeten liggen. Van een derde kan immers niet verwacht worden dat hij bewijst dat alle bestuurders hun taak niet behoorlijk vervuld hebben. De derde heeft immers steeds van doen gehad met de rechtspersoon, vertegenwoordigd door *het bestuur*. Hij heeft geen inzicht in de wijze waarop individuele bestuurders intern hun taken vervuld hebben. Deze stelplicht- en bewijslastverdeling doet voorts recht aan de bewaarnemersrol van de bestuurder. In het hierna in hoofdstuk 11 te bespreken arrest

*Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*³⁴⁸ heeft de Hoge Raad de voornoemde stelplicht- en bewijslastverdeling in feite bevestigd voor zaken waarin bestuurders ex art. 2:11 BW aansprakelijk worden gesteld voor de onrechtmatige gedraging van een rechtspersoon-bestuurder. Er bestaat echter geen reden waarom dat voor zaken waarin bestuurders direct zelf ex art. 6:162 BW aansprakelijk worden gesteld, anders zou moeten zijn.

10.10 Analyse in het licht van het gevaar van hindsight bias en ‘vaderlijke aanmaning’ aan de feitenrechter

Net als bij interne bestuurdersaansprakelijkheid (zie par. 5.3.11), wordt ook bij externe bestuurdersaansprakelijkheid de ernstigverwijtmaatstaf onderbouwd met de stelling dat het achteraf gemakkelijk is te oordelen dat, als een zaak misloopt, een bestuurder in een complexe situatie met grote tijdsdruk anders had moeten handelen. Wijsheid achteraf is gemakkelijk. Het idee van het ernstig verwijt zou de rechter in feitelijke instantie volgens Timmerman mede om die reden waarschuwen om telkens met een zekere terughoudendheid te oordelen in kwesties van bestuurdersaansprakelijkheid.³⁴⁹ In de literatuur wordt in dit verband gesproken over een ‘vaderlijke aanmaning’ van de Hoge Raad aan rechters niet té streng te toetsen en niet té snel aan te nemen dat het bestuur ‘grensoverschrijdend’ heeft gehandeld.³⁵⁰ De voornaamste functie van de ernstigverwijtmaatstaf (oftewel die ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’, die ‘verzwaarde maatstaf’) zou dan klaarblijkelijk zijn het bevorderen dat in rechte niet lichtvaardig aansprakelijkheid van de aangesproken bestuurder(s) wordt aangenomen, dus dat de feitenrechter hierdoor gepaste terughoudendheid betracht. De rechtspraak ter zake zou men dan vrijelijk kunnen vertalen als een ‘vaderlijke aanmaning’ daartoe.³⁵¹

Deze in de literatuur genoemde vaderlijke aanmaning wordt mede noodzakelijk geacht vanwege het gevaar van hindsight bias. Zo stelde Assink: “*Achteraf bezien (i.e. ex post) lijken beleidsfouten altijd beter voorzienbaar; waardoor het tentoonspreiden van wijsheid achteraf dreigt*”.³⁵² Assink lichtte in dat

348. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (*Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*) in cassatie op Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, *JIN* 2014/8 m.nt. J. van der Kraan en *JOR* 2014/3 m.nt. S.M. Bartman en X.D. van Leeuwen (*Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*).

349. Timmerman 2016, par. 3. Zie ook: Assink 2013, par. 8. die sprak over een ‘rechtspolitieke boodschap’ van de Hoge Raad dat de verhoogde drempel van aansprakelijkheid niet snel wordt gehaald.

350. Assink 2005.

351. Assink 2016, par. 7 en voetnoot 21.

352. Assink 2005. Het hindsight bias probleem werd ook aangehaald door Assink 2016, par. 45 en voetnoot 24 daarbij.

verband nog toe dat bestuurders soms in een complexe casus onder grote tijdsdruk tot een bepaalde handelwijze moeten komen, waarbij de sociaal-psychologische realiteit speelt dat het menselijke brein nu eenmaal beperkt in staat is brokken informatie te verstouwen, te onthouden en om te zetten in inzichten en een daarop gebaseerde gedragslijn.³⁵³ Met de ernstigverwijtmaatstaf zou de Hoge Raad, indachtig voorgaande problematiek, daarom een regel hebben geformuleerd die feitenrechters waarschuwt niet te snel bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW aan te nemen, onder meer in de vrees dat deze feitenrechters beïnvloed zouden kunnen worden door hindsight bias.

Nu zijn het fenomeen van hindsight bias en de door Assink genoemde sociaal-psychologische realiteit uiteraard punten die onderkend moeten worden. Het is mij uit de rechtspraak van de Hoge Raad echter niet gebleken dat juist deze motieven een rol hebben gespeeld bij de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf door de Hoge Raad in het arrest *Ontvanger/Roelofsen* uit 2006. Uit deze en latere rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat in ieder geval niet expliciet met zo veel woorden. Als dat overigens wel zo zou zijn, dan zou men moeten concluderen dat deze motieven weliswaar begrijpelijk zijn, maar tevens overbodig. Want hebben feitenrechters een ‘vaderlijke aanmaning’ van de Hoge Raad nodig? Ik zou menen van niet. Ten aanzien van de beoordeling van interne bestuurdersaansprakelijkheid zijn rechters in de wetsgeschiedenis expliciet erop gewezen dat zij dienen te toetsen naar het moment van handelen van de bestuurder (zie par. 5.3.11). Bij externe bestuurdersaansprakelijkheid is dat – net zoals bij de beoordeling van iedere vorm van onrechtmatig handelen ex art. 6:162 BW – vanzelfsprekend niet anders.

Ik zou voorts menen dat rechters (dus ook feitenrechters) juist bij uitstek geacht worden te toetsen naar het moment van handelen. Een ‘vaderlijke aanmaning’ van de Hoge Raad in de vorm van de ernstigverwijtmaatstaf (een aanmaning die bovendien alles behalve duidelijk is) is daarvoor niet nodig. Uit de (feiten)rechtspraak (van de tijd voor en na de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf) is mij ook niet te ontwaren dat rechters een andere toetsing hanteren. Wij mogen in een rechtsstaat als Nederland, waarin de redelijkheid en billijkheid hoog in het vaandel staat en waarin de kwaliteit van rechtspraak hoog is, voorts veronderstellen dat rechters in ieder geval in staat zijn rekening te houden met de door Assink gesignaleerde sociaal-psychologische realiteit. Wij doen rechters tekort als wij aannemen dat zij daarvoor een waarschuwing of vaderlijke aanmaning van de Hoge Raad nodig hebben. Maar als een dergelijke vaderlijke aanmaning al geboden zou zijn, dan lijkt het mij, gelet op de ratio van rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit enerzijds (zie par. 10.4 en par. 10.5) en de bewaarnemersrol van de bestuurder in het maatschappelijk verkeer anderzijds (zie par. 10.8), zuiverder als deze aanmaning zou luiden dat

353. Assink 2016, par. 45 en de daarin genoemde bronnen.

feitenrechters bij de beoordeling van externe aansprakelijkheid van een bestuurder gehouden zijn te onderzoeken of de bestuurder *persoonlijk* een maatschappelijke betamelijkheidsnorm heeft geschonden zonder deze te verwarren met de normschending van de rechtspersoon.

Rechters zullen bovendien vrijwel altijd een situatie achteraf moeten beoordelen en daarbij derhalve vrijwel altijd rekening moeten houden met de gesignaleerde sociaal-psychologische realiteit en met het gevaar van hindsight bias. Dat is niet alleen in bestuurdersaansprakelijkheidszaken het geval, maar ook in talloze andere rechtsgebieden (denk aan de nakoming van inspanningsverbintenissen, de vraag of een opdrachtnemer ex art. 7:401 BW ‘heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot te werk zou zijn gegaan’ of het strafrecht, om maar een paar voorbeelden te noemen). Dat is met name ook het geval bij de beoordeling van het onrechtmatig karakter van een handeling, of dat nu een handeling is van een bestuurder van een rechtspersoon of van enig ander persoon die al dan niet in een bepaalde hoedanigheid als deelnemer in het economisch maatschappelijk verkeer een handeling verricht. Het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht vormt daar geen uitzondering op. Het vormt dus ook geen reden een zwaardere drempel voor aansprakelijkheid in de vorm van de ernstigverwijtmaatstaf te hanteren als waarschuwing voor feitenrechters om terughoudend te zijn in het concluderen tot aansprakelijkheid. Als een rechter in een specifiek geval onverhoopt wel gevoelig blijkt voor hindsight bias en zich daardoor heeft laten beïnvloeden (rechtspraak blijft mensenwerk),³⁵⁴ dan zal de ernstigverwijtmaatstaf het ‘hindsight bias-probleem’ bovendien niet oplossen. De rechter zal onder invloed van hindsight bias immers evengoed alsnog kunnen concluderen dat een ernstig verwijt aanwezig is.

Overigens dient bij dit alles te worden opgemerkt dat de Hoge Raad uiteraard een belangrijke functie heeft in het bevorderen en bewaken van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid. Daarbij gaat het om de eenvormige uitleg en toepassing van rechtsregels en rechtsbegrippen door de *nadere* invulling en uitleg van open wettelijke normen (zie par. 2.3.4). Feitenrechters ontleen daarom ook houvast aan de rechtspraak van de Hoge Raad en de Hoge Raad kan als het ware ‘vaderlijke aanmaningen’ geven in de vorm van verder verfijnde rechtsregels die zijn gebaseerd op de wet (zie par. 2.4.9). Maar is de ernstigverwijtmaatstaf aan te merken als een dergelijke verder verfijnde norm van de open wettelijke norm van art. 6:162 BW? Ik zou menen van niet. De ernstigverwijtmaatstaf is op zijn beurt immers zelf een open en vage norm, die

354. Zoals Huizink 2009, p. 113 opmerkt, is rechtspraak mensenwerk. In gelijke zin Bartman 2014: “*Het betreft weliswaar ons hoogste rechtscollege, maar tenslotte blijft het mensenwerk.*”

bovendien voorbijgaat aan art. 6:162 BW en de beginselen van rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit. De Hoge Raad geeft met de maatstaf niet een nadere invulling aan de norm van art. 6:162 BW in het kader van externe bestuurdersaansprakelijkheid door een op art. 6:162 BW geënte verder verfijnde norm te formuleren die in specifieke omstandigheden kan worden toegepast. Dat heeft de Hoge Raad bijvoorbeeld wel gedaan in de arresten *Kretzschmar/Mendes de Leon*,³⁵⁵ *Van Dullemen/Sala*³⁵⁶ en *Beklamel*³⁵⁷ (zie par. 10.2.5). De daarin geformuleerde verfijnde normen van art. 6:162 BW bieden houvast aan feitenrechters voor de invulling van art. 6:162 BW in het kader van externe bestuurdersaansprakelijkheid. De ernstigverwijtmaatstaf is zoals gezegd echter niet als een zodanige verder verfijnde norm aan te merken (zie par. 10.2.5 en par. 10.2.6) en voor zover met de ernstigverwijtmaatstaf zou zijn beoogd feitenrechters een vaderlijke aanmaning te geven niet tot aansprakelijkheid te komen, terwijl op basis van een ‘gewone’ toepassing van art. 6:162 BW wel tot aansprakelijkheid dient te worden geconcludeerd, geldt dat deze vaderlijke aanmaning naar mijn mening strijdig is met de trias politica (zie par. 2.3.2, 2.3.4 en 2.3.5). Hoewel feitenrechters in beginsel de Hoge Raad zullen volgen, zijn zij daartoe niet verplicht en zijn ook zij gehouden aan de in art. 11 Wet AB neergelegde verplichting om “*volgens de wet*” recht te spreken. We kennen in Nederland bovendien geen strikte precedentenwerking (zie ook het citaat van oud-raadsheer bij de Hoge Raad Hammerstein in par. 2.3.4).³⁵⁸ Ik zou menen dat feitenrechters gelet op het voorgaande gehouden zijn de bedoelde vaderlijke aanmaning naast zich neer te leggen.

Al hetgeen ik hiervoor in par. 10.10 heb uiteengezet, geldt evengoed bij interne bestuurdersaansprakelijkheid (zie par. 5.3.11).

10.11 Conclusie

Een onderbouwing voor de toepasselijkheid van de ernstigverwijtmaatstaf bij de beoordeling van externe bestuurdersaansprakelijkheid ontbrak in *Ontvanger/Roelofsen*. De Hoge Raad verwees weliswaar naar *New Holland Belgium/Oosterhof*, maar hoewel daarin terminologie werd gebruikt die leek op de ernstigverwijtmaatstaf werd de ernstigverwijtmaatstaf daarin niet gehanteerd. Verdedigd kan worden dat de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in het leerstuk van externe bestuurdersaansprakelijkheid uitsluitend verband hield met terminologie die is gehanteerd in het arrest *New Holland Belgium/Oosterhof*, zonder dat die terminologie een daadwerkelijke juridisch inhoudelijke betekenis

355. HR 25 november 1927, *NJ* 1928, 364 m.nt. Scholten (*Kretzschmar/Mendes de Leon*).

356. HR 31 januari 1958, *NJ* 1958, 251 (*Van Dullemen/Sala*).

357. HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Beklamel*).

358. Hammerstein 2009, p. 674.

had. Voor zover met de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in het leerstuk van externe bestuurdersaansprakelijkheid beoogd is de normen voor interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid te uniformeren, moet worden vastgesteld dat die normatieve convergentie wetsystematisch en wetshistorisch niet goed te rechtvaardigen lijkt.

De ernstigverwijtmaatstaf en het sinds *Ontvanger/Roelofsen* bestaande toetsingsmodel kunnen in tegenstelling tot de arresten *Van Dullemen/Sala* en *Beklamel* voorts niet als rechtsverfijning worden aangemerkt. De *inhoudelijke* criteria die de Hoge Raad heeft geformuleerd vóór het arrest *Ontvanger/Roelofsen*, aan de hand waarvan het handelen/nalaten van de bestuurder in het kader van externe bestuurdersaansprakelijkheid wordt getoetst, zijn immers ongewijzigd. Dit blijkt afdoende uit de verwijzing door de Hoge Raad in *Ontvanger/Roelofsen* naar het arrest *New Holland Belgium/Oosterhof* waarin wordt verwezen naar de standaardarresten *Beklamel* en *Van Dullemen/Sala* waarin de *Beklamel*-norm en de zogenoemde *nakomingsfrustratie*-norm zijn ontwikkeld. Deze criteria zijn goed toepasbaar op bestuurders van *alle* soorten rechtspersonen, zonder dat relevant is of het een bestuurder betreft van een voetbalvereniging of van een multinational en zonder dat relevant is of de rechtspersoon een onderneming drijft of niet. De ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’ in de vorm van de ernstigverwijtmaatstaf bestond toen nog niet. Steeds stond centraal de vraag of de bestuurder persoonlijk een zorgvuldigheidsnorm had geschonden.

In *Spaanse Villa* heeft de Hoge Raad overwogen dat een onderscheid bestaat tussen externe bestuurdersaansprakelijkheid en een ‘gewone’ onrechtmatige daad. Daarbij overwoog de Hoge Raad dat niet de gewone regels van onrechtmatige daad gelden, maar een hogere drempel voor aansprakelijkheid in de vorm van de verzwaarde maatstaf van het ernstig verwijt. Hiermee is de Hoge Raad mijns inziens afgeweken van zijn verplichting om de wet toe te passen. Hij is rechtsvormend (in de strikte zin) te werk gegaan, waarbij de nodige staatsrechtelijke vraagtekens moeten worden geplaatst. Gelet op de uitkomst van de hierboven uiteengezette rechtstheoretische analyse van de onderbouwing van de ernstigverwijtmaatstaf, dient de vraag te worden gesteld of dit eigenlijk wel de bedoeling was van de Hoge Raad. De onderbouwing van de verhoogde drempel voor aansprakelijkheid in de vorm van de ernstigverwijtmaatstaf door de Hoge Raad in *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop*, inhoudende dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de rechtspersoon, is rechtstheoretisch namelijk niet goed te verdedigen. Het gaat voorbij aan de beginselen van rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit, die de werkelijke redenen vormen waarom een bestuurder geen aansprakelijkheidsrisico’s hoeft te vrezen als hij zich maatschappelijk betamelijk gedraagt in de uitoefening van zijn (vertegenwoordigings)functie. De termen ‘primair’ en ‘secundair daderchap’ omschrijven het gevolg van rechtspersoonlijkheid, maar vormen geen

grondslag voor een rechtvaardiging voor het hanteren van een verhoogde drempel voor aansprakelijkheid. Bestuurders worden al ‘beschermd’ door rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit. Indien zij als rechtssubject persoonlijk geen rechtsnorm jegens een benadeelde schenden, zijn zij per definitie niet aansprakelijk. Dat komt vanwege het in het aansprakelijkheidsrecht geldende uitgangspunt dat eenieder in beginsel alleen voor zijn *eigen* daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden. De onderbouwing dat een hoge drempel voor aansprakelijkheid wordt gerechtvaardigd door een maatschappelijk belang dat de bestuurder moet kunnen ondernemen, is voorts rationeel niet te rechtvaardigen. Er bestaat geen maatschappelijk belang dat een dergelijke drempel rechtvaardigt en het doet geen recht aan het feit dat veel rechtspersonen geen onderneming drijven.

De *Beklamel*-norm laat bovendien zien dat voor de bestuurder in de praktijk van een *Beklamel*-situatie juist geen ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’ bestaat. Een bestuurder die namens de rechtspersoon een overeenkomst aangaat, loopt namelijk juist een groter risico dan de werknemer die op last van de bestuurder die overeenkomst namens de rechtspersoon aangaat. De reden daarvoor is dat (i) de bestuurder gelet op de objectieve toets (zie par. 3.7.4 en par. 3.7.7) wordt geacht over een bepaalde mate van geobjectiveerde wetenschap te beschikken (‘wist of moet hebben geweten’) en (ii) de bestuurder een bewaarnemersrol voor de rechtspersoon inneemt, die tevens een maatschappelijke functie heeft in het rechtsverkeer (zie par. 10.8). Hierdoor zal hij sneller dan de werknemer een maatschappelijke betamelijkheidsnorm en dus een zorgvuldigheidsnorm schenden jegens een derde met wie de rechtspersoon contracteert. Als men dus al over hoge of lage drempels voor aansprakelijkheid zou moeten spreken, hetgeen wij in mijn visie niet zouden moeten doen gelet op rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit, dan zou men moeten concluderen dat de *Beklamel*-norm zelfs leidt tot een lagere drempel van aansprakelijkheid voor de bestuurder. Dat is een merkwaardige vaststelling. Terwijl enerzijds de *Beklamel*-norm nog staat als een huis spreekt anderzijds de Hoge Raad namelijk van een ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’ van bestuurders. Dat leidt tot onduidelijkheid en rechtsonzekerheid voor bestuurders, rechtspersonen en derden.

Ondanks het voorgaande is de jurisprudentie van de Hoge Raad breed en veelal kritiekloos overgenomen. Er bestaat weinig (openlijke) discussie over de regel dat sprake zou moeten zijn van een ernstig verwijt om tot externe bestuurdersaansprakelijkheid te komen. De introductie van de uniforme maatstaf werd in de literatuur eerder zelfs gesteund in het streven naar normatieve convergentie.³⁵⁹ De toepassing van de ernstigverwijtmaatstaf in de casuïstiek van externe

359. Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 1124 en 1133, die overigens een verdergaande convergentie niet mogelijk achten; Assink, Bröring, Timmerman & De Valk 2011, p. 35; Wezeman 2010, p. 106.

bestuurdersaansprakelijkheid en het streven naar uniforme criteria, leidt naar mijn mening echter tot gekunstelde geformuleerde rechtsregels (*ongewone* regels van onrechtmatige daad), die geen verduidelijking bieden van de omstandigheden waaronder een bestuurder van een vennootschap persoonlijk jegens een derde aansprakelijk kan zijn. Ook Timmerman heeft in dit verband onlangs nog geconstateerd dat het begrip ‘ernstig verwijt’ een complex karakter heeft.³⁶⁰ Art. 6:162 BW, zijnde een *gewone* onrechtmatige daad, is de wettelijke grondslag voor externe bestuurdersaansprakelijkheid. De bestuurder valt *jegens de derde* persoonlijk een verwijt te maken (van het schenden van een zorgvuldigheidsverplichting/plegen van een onrechtmatige daad) of niet. Als het verwijt niet ‘persoonlijk’ is, is er in het geheel geen verwijt te maken. Als wel persoonlijk een verwijt valt te maken, is het niet nodig dat het verwijt ‘ernstig’ of zelfs ‘voldoende ernstig’ is om tot aansprakelijkheid te komen. Het hanteren van een ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’, omdat geen sprake zou zijn van een ‘gewone’ onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW, vormt een afwijking van de wettelijke norm waarmee de Hoge Raad aan rechtsvorming in strikte zin heeft gedaan. Daar zijn staatsrechtelijke bedenkingen bij te plaatsen (zie par. 2.3).

Tot slot, waarom moest in de arresten *Spaanse Villa* en *Hezemans Air* tot de Hoge Raad worden doorgeprocedeerd? Is het zo ingewikkeld om vast te stellen dat een persoon onzorgvuldig handelt als hij persoonlijk en tegen beter weten in een echtpaar adviseert om met pensioengelden op vooruitbetaling in Spanje een villa te kopen, terwijl hij weet dat deze villa afgebroken wordt nog voordat deze is afgebouwd (*Spaanse Villa*)? Dat lijkt mij niet. Was *Hezemans Air* een ingewikkelde zaak? In die zaak trad de rechtspersoon als tussenpersoon van een verkoper op. Deze verkoper had de bestuurder van de rechtspersoon een volmacht gegeven om namens hem te handelen waarbij hij deze bestuurder de instructie had gegeven de koper mede te delen de koopprijs rechtstreeks naar de verkoper over te maken. De bestuurder volgde die instructie niet op en liet de koopprijs naar de rechtspersoon overmaken, waarna hij deze koopprijs wegsluisde. Met dit – weliswaar eenvoudig weergegeven – feitencomplex moet de conclusie dat de bestuurder aansprakelijk is mijns inziens niet zo ingewikkeld zijn. Toch concludeerden de rechtbank, het hof en de advocaat-generaal dat geen sprake was van persoonlijke aansprakelijkheid, terwijl de Hoge Raad, mijns inziens terecht, uiteindelijk wel tot aansprakelijkheid concludeerde. Waarom kwam die conclusie pas bij de Hoge Raad? In mijn ogen kan het antwoord op die vraag niet los worden gezien van de complexiteit die de ernstigverwijtmaatstaf in het recht heeft gebracht. De uitkomst van de zaak *RCI/Kastrop*, bij welke uitkomst naar mijn mening toch wel vraagtekens zijn te plaatsen (zie par. 10.2.6, kan evenmin los worden gezien van de complexiteit die de ernstigverwijtmaatstaf in het recht heeft gebracht.

360. Timmerman 2016, par. 11.

Het zou gelet op al het voorgaande naar mijn mening de rechtszekerheid en de kwaliteit van rechtspraak ten goede komen als de Hoge Raad zou teruggaan naar het tijdperk waarin de ernstigverwijtmaatstaf nog niet was geïntroduceerd in het externe bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. De Hoge Raad zou art. 6:162 BW weer zuiver moeten toepassen en de Hoge Raad zou derhalve weer rechtsverfijnend te werk moeten gaan, zoals de Hoge Raad dat ook gedaan heeft in de richtinggevende arresten *Van Dullemen/Sala* en *Beklamel*. Zoals Bartman schreef in zijn commentaar op *Hezemans Air*, “*Het betreft weliswaar ons hoogste rechtscollege, maar tenslotte blijft het mensenwerk*”.³⁶¹ Terug naar de basis kan geen kwaad. De centrale vraag in de voornoemde richtinggevende arresten was uitsluitend of de bestuurder *persoonlijk* een zorgvuldigheidsnorm jegens de derde had geschonden, hetgeen werd beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval. Uit deze rechtspraak blijkt duidelijk waar het daarbij om draait. Als bestuurder van een rechtspersoon heeft de natuurlijk persoon (i) een bepaalde kennisvoorsprong³⁶² ten opzichte van de wederpartij (wist of behoorde te weten; vgl. de *Beklamel*-norm) en (ii) het in zijn macht de rechtspersoon al dan niet bepaalde handelingen te laten verrichten en/of verplichtingen te laten aangaan en nakomen (vgl. de *nakomingsfrustratie*-norm uit *Van Dullemen/Sala*). In feite gaat het dus om een vorm van gevaarzetting.³⁶³ Als de bestuurder niet zorgvuldig met die kennis of die machtspositie omgaat jegens derden, schendt hij persoonlijk een zorgvuldigheidsnorm en is de bestuurder *primair* aansprakelijk voor de schade die dáárdoor is ontstaan. De vraag of het onrechtmatig handelen van de bestuurder kan worden toegerekend aan de rechtspersoon, is in verband met de vaststelling van deze aansprakelijkheid niet relevant.³⁶⁴ Verstijlen stelt mijns inziens – overigens om andere redenen – terecht dat het vanuit het oogpunt van de rechtsontwikkeling is te prefereren de discussie te laten verlopen langs de lijn van de voor de bestuurder in de relatie tot (onder meer) wederpartijen van de vennootschap te stellen normen.³⁶⁵ Daar sta ik volledig achter.

361. Bartman 2014.

362. Timmerman 2016, par.13, wijst erop dat een superieure kennis van de bestuurder ten opzichte van een gemiddelde (maatman-)bestuurder van betekenis is voor het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag.

363. Vgl. B.E.L.J.C. Verbunt en R.F. van den Heuvel, ‘De rol van toerekening van wetenschap bij aansprakelijkheid voor zuiver nalaten in het rechtspersonenrecht’, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten, en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2006-2007*, Deventer: Kluwer 2007, p. 211-230. Zie voorts mijn noot bij Hof ’s-Hertogenbosch 12 augustus 2014, *JOR* 2015/2 m.nt. W.A. Westenbroek.

364. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/334.

365. Verstijlen 2013, slot.

Hoofdstuk 11. Doorbraak van aansprakelijkheid ex art. 2:11 BW

11.1 Inleiding

Er is de afgelopen jaren een behoorlijk aantal uitspraken gewezen betrekking hebbende op de doorbraak van aansprakelijkheid ex art. 2:11 BW.¹ De bepaling wordt gezien als een lastige² waarover verschillende onduidelijkheden bestaan. In het verleden bijvoorbeeld over de vraag of de feitelijk beleidsbepaler ex art. 2:138/248 lid 7 BW³ onder de werking van art. 2:11 BW viel. De Hoge Raad heeft die discussie al enige tijd geleden beslecht door te beslissen dat (i) de aansprakelijkheid die art. 2:11 BW op de bestuurder van de aansprakelijke rechtspersoon legt, alleen op de formele bestuurder rust en niet op degene die het beleid van de aansprakelijke rechtspersoon (mede) heeft bepaald en (ii) wanneer een rechtspersoon als feitelijk beleidsbepaler ex art. 2:138/248 lid 7 BW kan worden aangemerkt, de formele bestuurders van die rechtspersoon wel onder de werking van art. 2:11 BW vallen.⁴ Er bestond ook lang onduidelijkheid over de vraag of art. 2:11 BW wel of niet van toepassing is op aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder die niet voortvloeit uit een wettelijke bepaling die

-
1. Hof 's-Hertogenbosch 1 mei 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW5200; Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, *JIN* 2014/8 m.nt. J. van der Kraan en *JOR* 2014/3 m.nt. S.M. Bartman en X.D. van Leeuwen (*Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*); Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, *JOR* 2014/295 m.nt. J. van Bakkum (*Goedewaagen*); Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, *JOR* 2015/32 m.nt. M. Holtzer (Meepo); Hof Arnhem-Leeuwarden 25 november 2014, *JOR* 2015/3 m.nt. J. van Bakkum (*De Vries Yacht- en Interieurbouw*); Hof 's-Hertogenbosch 17 februari 2015, *JOR* 2016/25 (*Aerts Europa*); Rb. Overijssel 24 juni 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3364; Rb. Rotterdam 22 juli 2015, *RO* 2015/70 (*Antaser/Tima*); Rb. 's-Gravenhage 16 september 2015, *JOR* 2016/3 m.nt. J. Roest; Hof 's-Hertogenbosch 29 september 2015, *JIN* 2015/200 m.nt. E. Bagheri; Hof Amsterdam 9 februari 2016, *JOR* 2016/123 m.nt. S.M. Bartman; Hof Amsterdam 12 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1430; Hof 's-Gravenhage 13 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2619.
 2. Bulten & Leijten 2013, p. 166.
 3. Zie hierover: Westenbroek 2014.
 4. Zie: HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 411 en *JOR* 2000/128 (*Montedison*) en HR 14 maart 2008, *NJ* 2008, 466 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders en *JOR* 2008/152 m.nt. Y. Borrius (*Lammers/Aerts*).

specifiek betrekking heeft op de uitoefening van taken als bestuurder. Meer specifiek bestond in dat verband de vraag of art. 2:11 BW van toepassing is op zogenoemde externe bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW van de rechtspersoon-bestuurder. Op 17 februari 2017 heeft de Hoge Raad in de zaak *Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters* geoordeeld dat dit wel het geval is.⁵ In dit hoofdstuk ga ik daar nader op in. Ik sta daarbij stil bij de bewaarnemersrol van de bestuurder, de ernstigverwijtmaatstaf, de stelplicht- en bewijslastverdeling en het toerekeningsleerstuk. Daarnaast zal in dit hoofdstuk aandacht worden besteed aan de positie van de rechtspersoon-bestuurder als aansprakelijke partij en de mogelijkheid van disculpatie van de rechtspersoon-bestuurder onder art. 2:11 BW.

11.2 Artikel 2:11 BW

Art. 2:11 BW luidt als volgt:

“De aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon rust tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is.”

De bepaling is ingevoerd als onderdeel van de Derde Misbruikwet waarmee de antimisbruikbepalingen van art. 2:138/248 BW zijn vastgesteld. De achtergrond ervan is dat men vreesde dat deze antimisbruikbepalingen en de rechtspraak over bestuurdersaansprakelijkheid een ontwikkeling teweeg zouden kunnen brengen waarin rechtspersonen als bestuurders zouden worden benoemd met als doel om persoonlijke bestuurdersaansprakelijkheid te ontlopen. Een dergelijke ontwikkeling zou het effect van de op bestrijding van misbruik gerichte wetgeving en rechtspraak doorkruisen:

“Het is de strekking van de wetsontwerpen tot bestrijding van misbruik, dat bestuurders van rechtspersonen zich minder gemakkelijk achter de rechtspersoonlijkheid kunnen verschuilen wanneer benadeling van crediteuren het gevolg is van slecht of onbehoorlijk bestuur. Bepaalde rechterlijke uitspraken gaan in diezelfde richting. Naarmate door de wettelijke maatregelen en de rechtspraak de aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen

5. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (*Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*) in cassatie op Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, *JIN* 2014/8 m.nt. J. van der Kraan en *JOR* 2014/3 m.nt. S.M. Bartman en X.D. van Leeuwen (*Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*). Zie voorts: Rb. Arnhem 14 december 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BV0508 (*Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*).

meer op de voorgrond treedt, kan de neiging toenemen om rechtspersonen als bestuurders aan te wijzen, omdat daarmee aan de omvang van de bestuurdersaansprakelijkheid een duidelijke grens wordt gesteld. Een dergelijke ontwikkeling zou het effect van de op bestrijding van misbruik gerichte wetgeving en rechtspraak doorkruisen.”⁶

Een verbod op het aanstellen van een rechtspersoon als bestuurder werd echter niet wenselijk geacht gelet op de praktische voordelen om (binnen concernverband) een rechtspersoon als bestuurder aan te stellen:

“In concernverhoudingen kan het wenselijk zijn» – aldus het rapport – «dat een rechtspersoon – gewoonlijk een dochtervennootschap – als bestuurder van een aantal dochtervennootschappen fungeert. De bestuurstaken in deze dochter kunnen dan worden uitgeoefend door de functionaris van de beherende vennootschap die daarvoor het meest in aanmerking komt. Ook is de vennootschap dan niet afhankelijk van verhindering van één persoon, terwijl zij anderzijds de kosten en nadelen van meerhoofdig bestuur vermijdt, waarvoor de bestuurstaak te licht is». (...) In «joint ventures» willen partijen de leiding van de gezamenlijke onderneming niet in handen leggen van een aantal natuurlijke personen, maar in die van een rechtspersoon. Dit voorkomt het probleem van wisselende bestuurders en het bijeenbrengen van alle vereiste deskundigheid in het bestuur. De gezamenlijke onderneming kan profiteren van het gehele apparaat van de rechtspersoon-bestuurder en alle daarin aanwezige deskundigheid.”⁷

Gelet op deze voordelen is gezocht naar een minder vergaande oplossing dan een verbod. Die oplossing, die is vastgelegd in art. 2:11 BW, komt erop neer dat:

“als het ware wordt heengezien door de rechtspersoon-bestuurder en dat naast de rechtspersoon ook haar bestuurders (natuurlijke personen) aansprakelijk worden in de gevallen waarin de wet de aansprakelijkheid van bestuurders regelt. Is een van die bestuurders weer een rechtspersoon, dan geldt voor die rechtspersoon hetzelfde enz.”⁸

Tegelijkertijd is in de wetsgeschiedenis opgemerkt dat disculpatie mogelijk is:

“De bestuurder van de rechtspersoon-bestuurder die uit hoofde van de wetsoepaling waaruit de aansprakelijkheid voortvloeit een grond tot disculpatie heeft om de aanspraak af te weren, kan zich daarop beroepen.”⁹

6. *Kamerstukken II 1980/81, 16 631, nr. 3 (MvT), p. 2.*

7. *Kamerstukken II 1980/81, 16 631, nr. 3 (MvT), p. 2-3.*

8. *Kamerstukken II 1980/81, 16 631, nr. 3 (MvT), p. 3.*

9. *Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 17 en Huizink 2014c, GS Rechtspersonen, art. 2:11, aant. 7.1.*

De eerste hiervoor geciteerde passage, waarin is omschreven dat als het ware wordt heengezien door de rechtspersoon-bestuurder en opvolgende rechtspersoon-bestuurders, lijkt echter niet geheel te stroken met de laatste hiervoor geciteerde passage, waaruit blijkt dat een mogelijkheid bestaat voor bestuurders om zich te disculperen. Ook rechtspersoon-bestuurders zijn immers bestuurders en zouden zich dus moeten kunnen disculperen. Ik kom hierna in par. 11.7 daarop terug.

11.3 Toepassing op interne en wettelijke aansprakelijkheid en vorm van risicoaansprakelijkheid

Men is altijd eensgezind geweest over het feit dat art. 2:11 BW van toepassing is op alle vormen van zogenoemde interne en wettelijke bestuurdersaansprakelijkheid. Dit kan aansprakelijkheid zijn op grond van art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW, maar ook bijvoorbeeld op grond van de artt. 2:69/180, 2:93/203 lid 3, 2:98a/207a, 2:216 lid 3, 2:139/249 BW en 36 Invorderingswet.¹⁰ Waar het betreft aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder op grond van de artt. 2:69/180 en 2:98a/207a BW, vormt art. 2:11 BW een strenge vorm van risicoaansprakelijkheid voor de bestuurders van de rechtspersoon-bestuurder, omdat deze bepalingen zelf geen disculpatiemogelijkheid kennen. De op grond van art. 2:11 BW aansprakelijke (rechtspersoon-)bestuurders kunnen zich voor die aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder dus evenmin disculperen.¹¹ Alle (rechtspersoon-)bestuurders van een rechtspersoon(-bestuurder) doen er dus goed aan, onafhankelijk van hun taakverdeling, om de naleving van deze bepalingen nauwlettend te volgen binnen het concern. Wanneer de onderliggende wetsbepaling waaruit de aansprakelijkheid voortvloeit wel een grond tot disculpatie bevat om de aanspraak af te weren, kunnen de tweede-, derde- en vierdegraads (rechtspersoon-)bestuurders deze op een gelijke wijze invoeren als ware zij eerstegraads bestuurders. Zoals hierna zal blijken, zal dat – behoudens wanneer sprake is van belet – niet ertoe kunnen leiden dat geen enkele tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurder aansprakelijk is. Om dat goed te begrijpen dient nogmaals stil te worden gestaan bij het begrip ‘rechtspersoonlijkheid’ en bij de bewaarnemersrol van de bestuurder.

10. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/476 en Hof Amsterdam 12 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1430.

11. Rb. Overijssel 24 juni 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3364 (2:180 BW) en Hof Amsterdam 9 februari 2016, *JOR* 2016/123 m.nt. S.M. Bartman (2:203 BW).

11.4 Rechtspersoonlijkheid, de bewaarnemersrol van de bestuurder bij art. 2:9 BW jo. art. 2:11 BW en het toerekeningsleerstuk

Zoals hiervoor in par. 10.8 toegelicht, hebben wij in het belang van het maatschappelijk (economisch) verkeer het wenselijk geacht dat individuele rechtssubjecten georganiseerd en gezamenlijk, doch niet voor eigen rekening en risico daaraan kunnen deelnemen. Om dat te realiseren, heeft de wetgever onder meer de rechtsvorm van de rechtspersoon gecreëerd en erkend. De wet bepaalt in art. 2:5 BW dat een rechtspersoon, voor wat het vermogensrecht betreft, gelijkstaat met een natuurlijk persoon, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit. De rechtspersoon is zelfstandig drager van eigen rechten en verplichtingen (hij is rechtsbevoegd),¹² kan zelf rechtshandelingen verrichten en kan in rechte optreden (handelingsbevoegd). Kort gezegd: de rechtspersoon heeft 'rechtssubjectiviteit'. De rechtspersoon kan hierdoor¹³ ook bestuurder zijn van een andere rechtspersoon, hetgeen wordt geïllustreerd door art. 2:11 BW. We hebben hiervoor echter ook gezien dat een rechtspersoon(-bestuurder) als abstract rechtssubject in feite niet kan handelen zonder tussenkomst van de mens (zie par. 10.4.3).

Het feit dat een rechtspersoon een abstract rechtssubject is, dat niet kan handelen zonder tussenkomst van natuurlijk personen, brengt een zekere problematiek met zich ten aanzien van de rechtspersoon-bestuurder en de eerder in par. 10.8 genoemde bewaarnemersrol die de rechtspersoon-bestuurder als bestuurder van de onderliggende rechtspersoon heeft in het maatschappelijk verkeer. Want net zo min als een rechtspersoon een auto kan besturen, kan een rechtspersoon een andere rechtspersoon *de facto* besturen. Art. 2:9 BW legt een verplichting op bestuurders waaraan uitsluitend kan worden voldaan door natuurlijk personen. Sterker, er dient aan te worden voldaan door de natuurlijk persoon-bestuurders van die rechtspersoon-bestuurder. De rechtspersoon dient namelijk behoorlijk bestuurd te worden en dat kan alleen een mens doen. Het accepteren van de abstracte vorm van de rechtspersoon en de mogelijkheid dat deze rechtspersoon ook bestuurder van een andere rechtspersoon is, brengt daarom noodzakelijkerwijs en redelijkerwijs met zich dat de verplichtingen die art. 2:9 BW legt op de rechtspersoon-bestuurder, alsmede de voornoemde bewaarnemersrol, één op één komen te rusten op de natuurlijk persoon-bestuurders van die rechtspersoon-bestuurder. Zij zullen immers *de facto* moeten besturen en op hen rust de facto de voornoemde bewaarnemersrol. Zo

12. HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 288 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Poot/ABP*).

13. Honée 1986, p. 101 stelt terecht dat dit een gevolg is van art. 2:5 BW.

hebben alle natuurlijk persoon-bestuurders van één of verschillende rechtspersoon-bestuurders op grond van art. 2:9 BW de verplichting om hun taken ten opzichte van de onderliggende rechtspersoon inhoudelijk en collegiaal behoorlijk te vervullen (zie par. 3.6.3). Dat betekent dat collectieve verantwoordelijkheid op hen rust alsof zij eerstegraads bestuurder zijn van de onderliggende rechtspersoon.¹⁴

Hoewel in het aansprakelijkheidsrecht het uitgangspunt geldt dat een rechtssubject alleen voor zijn *eigen* daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden, behoudens welomschreven op de wet gebaseerde uitzonderingen (zie par. 10.5.3),¹⁵ vormt art. 2:11 BW, in ieder geval voor wat betreft de aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW, daarom in feite een wettelijke uitzondering op dit uitgangspunt. De rechtvaardiging voor die uitzondering ligt voor de hand, omdat de rechtspersoon-bestuurder niet ‘echt’ als bestuurder kan handelen of besturen zonder tussenkomst van de natuurlijk persoon-bestuurders van die rechtspersoon-bestuurder (zie par. 10.4.3).¹⁶ Dit brengt met zich dat indien het handelen en/of nalaten van natuurlijk persoon-bestuurders, mede in het licht van de bij hen persoonlijk aanwezige kennis, ieder afzonderlijk bezien niet per definitie ‘onbehoorlijk’ is, doch samengesmolten¹⁷ in het bestuursorgaan van de onderliggende rechtspersoon wel onbehoorlijk is, ieder van deze natuurlijk persoon-bestuurders aansprakelijk is ex art. 2:9 BW jo. art. 2:11 BW. Dat is een logisch gevolg van het collegialiteitsbeginsel dat op tweedegraads bestuurders rust alsof zij eerstegraads bestuurders zijn. Individuele disculpatie blijft uiteraard mogelijk, maar dit kan naar mijn mening, behoudens indien sprake is van belet van een of meer van de individuele bestuurders (zie daarover par. 3.5, 3.6.4 en 3.8),¹⁸ niet leiden tot de situatie dat geen enkele natuurlijk persoon-bestuurder aansprakelijk is ex art. 2:9 BW jo. art. 2:11 BW. Dat zou art. 2:9 BW jo. art. 2:11 BW namelijk een wassen neus maken.

14. Zou men bijvoorbeeld in een civiele procedure de nakoming van bepaalde verplichtingen door een onwillige rechtspersoon-bestuurder willen afdwingen, dan zal het *de facto* het meeste effect sorteren om de natuurlijk persoon-bestuurders van die rechtspersoon-bestuurder in rechte te betrekken: zij zullen *de facto* moeten handelen.

15. HR 8 augustus 2014, *JOR* 2014/320 m.nt. A.J. Tekstra (*X/Staat*); HR 11 november 2005, *NJ* 2007, 231 m.nt. J.B.M. Vranken en *JOR* 2006/90 (*Voorsluijs*), r.o. 3.5; HR 23 februari 1954, *NJ* 1954, 378 (*IJzerdraad*); J.P. Hellinga, ‘Persoonlijke verwijtbaarheid en art. 2:11 BW: gaat dat samen?’, *FIP* 2013/3, p. 82-86.

16. Timmerman 2003b, p. 555.

17. Hetgeen geschiedt middels toerekening, zonder welke toerekening de onderliggende rechtspersoon-bestuurder als abstracte rechtsvorm immers niet kan besturen, laat staan kan tekortkomen in de bestuurstaak of aansprakelijk kan zijn ex art. 2:9 BW. Zie hierover in het kader van externe bestuurdersaansprakelijkheid: Westenbroek 2015b.

18. Het kan bijvoorbeeld zo zijn dat een natuurlijk persoon-bestuurder, die verantwoordelijk was voor de schadeveroorzakende gedraging of omissie van de rechtspersoon-bestuurder, belet was en dat de overige bestuurders geen *gewoon* verwijt valt te maken.

Omgekeerd geldt in dit verband ook dat de vraag of een rechtspersoon-bestuurder ex art. 2:9 BW aansprakelijk is, moet worden beantwoord door een beoordeling van het handelen en de kennis van de uiteindelijke (tweede-, derde- en/of vierdegraads) natuurlijk persoon-bestuurders van deze rechtspersoon-bestuurder. Omdat rechtspersoon-bestuurders niet *daadwerkelijk* kunnen handelen, besturen of collegiaal toezicht kunnen houden, moeten de juridische gevolgen van de abstracte gedachte dat zij dat allemaal wel zouden kunnen, worden vastgesteld door het handelen en de kennis van de daarbij betrokken natuurlijk personen toe te rekenen aan de rechtspersoon-bestuurder (zie par. 10.4.4 t/m par. 10.4.7). Voor de vraag of een rechtspersoon-bestuurder zijn wettelijke verplichtingen van Boek 2 BW is nagekomen en – in geval zij deel uitmaakt van een meerhoofdig bestuur – zich kan disculperen (zie par. 11.7 hierna), zal dus steeds gekeken moeten worden naar de individuele natuurlijk persoon-bestuurder(s) van die rechtspersoon-bestuurder. Hoewel deze benadering nogal theoretisch lijkt en in de literatuur, noch rechtspraak expliciet is terug te vinden, blijkt uit de rechtspraak dat deze benadering *de facto* wel wordt toegepast. In het kader van het vaststellen van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder ex art. 2:9 BW en de doorbraak van aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW jo. art. 2:11 BW, alsmede bij het vaststellen van aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW, wordt bij de toetsing van de feiten en omstandigheden die tot aansprakelijkheid leiden *de facto* namelijk steeds begonnen bij het beoordelen van het handelen of nalaten van de natuurlijk personen betrokken bij de rechtspersoon-bestuurder.

Zo werd in de hierna nader te bespreken zaak *Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters* uit 2013 de rechtspersoon-bestuurder door het hof aansprakelijk geacht op grond van externe bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW omdat de natuurlijk persoon-bestuurder een derde verkeer had geïnformeerd. Zijn medebestuurder werd niet aansprakelijk geacht omdat niet vaststond dat hij daar weet van had.¹⁹ In cassatie werd dit oordeel door de Hoge Raad overigens vernietigd voor wat betreft de verdeling van de stelplicht en bewijslast die het hof in dat verband had aangenomen (waarover hierna in par. 11.5 meer).

In de zaak *Goedewaagen* uit 2014 had de eisende rechtspersoon de tweede-graads natuurlijk persoon-bestuurders rechtstreeks aangesproken op grond van art. 2:9 BW, zonder de tussenliggende eerste-graads rechtspersoon-bestuurder aan te spreken. Het hof Arnhem-Leeuwarden overwoog vervolgens: “*In de stellingen van [eiseres] acht het hof, zij het impliciet en mede gelet op de betrokkenheid van Kamer (als (in)direct bestuurder) bij zowel [de rechtspersoon-bestuurders] als [eiseres] niettemin voldoende kenbaar besloten liggen dat zij de aansprakelijkheid van [de natuurlijk persoon-bestuurder] jegens [eiseres]*

19. Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, *JIN* 2014/8 m.nt. J. van der Kraan en *JOR* 2014/3 m.nt. S.M. Bartman en X.D. van Leeuwen (*Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*).

baseren op de aansprakelijkheid van [de rechtspersoon-bestuurders] jegens eiseres ex artikel 2:9 BW jo. 2:11 BW". In de daarop volgende rechtsoverwegingen is het hof vervolgens uitvoerig ingegaan op het handelen van de natuurlijk persoon-bestuurder, teneinde te beoordelen of sprake is van aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW jo. art. 2:11 BW.²⁰

In de zaak *Antaser/Tima* uit 2015, dat overigens betrekking had op externe bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW, gebeurde hetzelfde. De rechtbank Rotterdam overwoog daarin dat niet in geschil is dat alle relevante beslissingen van de rechtspersoon en van de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder werden genomen door de tweede graads natuurlijk persoon-bestuurder. Na een uitvoerige uiteenzetting van de omstandigheden die de natuurlijk persoon-bestuurder had gecreëerd, overwoog de rechtbank dat de vraag voor ligt "*of het onder de hierboven omschreven omstandigheden onrechtmatig was dat [de rechtspersoon-bestuurder] (handelend via [de natuurlijk persoon-bestuurder])*" had gehandeld op de wijze zoals hem werd verweten. Met deze woordkeuze ("*handelend via*") gaf de rechtbank impliciet aan het door haar beoordeelde handelen van de natuurlijk persoon-bestuurder aan de rechtspersoon-bestuurder toe te rekenen.²¹

Het wordt ook goed geïllustreerd in de zaak *NFNvB* uit eind 2015, waarin de persoonlijke holdingvennootschappen van de feitelijk (indirect) bestuurders van een vennootschap een *Beklamel*-type onrechtmatige daad werd verweten. Terwijl de natuurlijk persoon-bestuurders zelfs geen gedaagden waren in de procedure, werd ter beantwoording van de vraag of de rechtspersoon-bestuurders (hun persoonlijke holdingvennootschappen) onrechtmatig hadden gehandeld, juist *hun* handelen en wetenschap beoordeeld en concludeerde het hof 's-Hertogenbosch dat hun "*een ernstig verwijt [kan] worden gemaakt, dat hen (althans de gedagvaarde beheersmaatschappijen (...)) aansprakelijk doet zijn voor de schade die het gevolg is van de verweten gedragingen*".²² Wederom werd het handelen van de natuurlijk personen eerst beoordeeld en werd nu niet met het woord "*via*", maar met een "*althans*" de toerekening gerealiseerd.

20. Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, *JOR* 2014/295 m.nt. J. Van Bakkum (*Goedewaagen*), r.o. 6.16 t/m 6.21. Hetzelfde gebeurde in Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, *JOR* 2015/32 m.nt. M. Holtzer (Meepo), r.o. 3.6 (interne aansprakelijkheid) en Hof 's-Hertogenbosch 29 september 2015, *JIN* 2015/200 m.nt. E. Bagheri (externe aansprakelijkheid).

21. Rb. Rotterdam 22 juli 2015, *RO* 2015/70 (*Antaser/Tima*), r.o. 4.9 en 4.10.

22. Hof 's-Hertogenbosch 13 november 2015, *JOR* 2015/290 m.nt. D.F. Berkhout, r.o. 4.13. Berkhout besteedt in punt 14 e.v. ook expliciet aandacht aan de toerekening van het handelen van de feitelijk (indirect) bestuurders aan de holdingvennootschappen.

In een zaak uit 2016, waarin de bestuurder handelde in strijd met art. 2:203 lid 3 BW en de bestuurder tevens een onrechtmatige daad werd verweten, gebeurde tot slot het omgekeerde. Daar was de rechtspersoon-bestuurder, die ‘formeel’ had bekrachtigd ex art. 2:203 lid 3 BW, geen partij, maar oordeelde het hof Amsterdam dat dit gelet op art. 2:11 BW niet relevant is. Beoordeeld moet worden of “[de natuurlijk persoon-bestuurder] *indirect (namelijk via zijn BV) bestuurder van [de rechtspersoon] onrechtmatig tegenover [de derde] heeft gehandeld door te bekrachtigen*”.²³ Opnieuw stond de natuurlijk persoon centraal en werd zijn gedrag, dat ex art. 6:162 BW onrechtmatig werd geacht, met de woordkeuze “*via zijn BV*” toegerekend aan de rechtspersoon-bestuurder.

11.5 De toepasselijkheid van art. 2:11 BW op art. 6:162 BW-aansprakelijkheid (*Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*)

11.5.1 Inleiding

Net als bij aansprakelijkheid van tweedegraads bestuurders op grond van art. 2:9 BW jo. art. 2:11 BW, zal ook wanneer de rechtspersoon-bestuurder ex art. 6:162 BW aansprakelijk is, in beginsel (in beginsel, omdat het niet per definitie zo hoeft te zijn, zie daarover par. 11.6 hierna) uiteindelijk tenminste één van de achterliggende tweede- of derdegraads natuurlijk persoon-bestuurders aansprakelijk zijn op grond van art. 6:162 BW. De vraag die ik hieronder in dat verband centraal stel, is of dat een gevolg is van de toepasselijkheid van art. 2:11 BW op art. 6:162 BW-aansprakelijkheid, zoals dat uit de hierna te behandelen parlementaire geschiedenis blijkt, of dat hier een andere reden voor bestaat. Daartoe zal ik hieronder eerst kort stilstaan bij de relevante parlementaire geschiedenis.

11.5.2 *Parlementaire geschiedenis van art. 2:11 BW met betrekking tot art. 6:162 BW*

Over de vraag of art. 2:11 BW ook van toepassing is op aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder uit hoofde van art. 6:162 BW, is de parlementaire geschiedenis beknopt, doch niet onduidelijk. De Minister merkte het volgende op:

“Prof. Honée staat nog stil bij de vraag welke aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder ingevolge het voorgestelde artikel 4a tevens aansprakelijkheid is van de bestuurders van die rechtspersoon. Met de

23. Hof Amsterdam 9 februari 2016, *JOR* 2016/123 m.nt. S.M. Bartman, r.o. 3.6.

hoogleraar ben ik van mening dat hier wordt gezien op de wettelijke aansprakelijkheid, niet de contractuele aansprakelijkheid. Waarom de aansprakelijkheid ex artikel 1401 [thans art. 6:162 BW, toev. auteur] tegenover schuldeisers en die uit artikel 8 (ik neem aan dat dat artikel is bedoeld en niet artikel 7) boek 2 B.W. [thans art. 2:9 BW, toev. auteur] zouden zijn uitgesloten, is mij niet duidelijk. Men kan deze aansprakelijkheden weliswaar niet op één lijn stellen met die uit de artikelen 138 en 248, dan toch wel als wettelijke aansprakelijkheden daarmee vergelijken.”²⁴

In weerwil van deze parlementaire geschiedenis is in het verleden door verschillende schrijvers gesteld dat art. 2:11 BW niet geldt voor de onrechtmatige gedraging van de rechtspersoon-bestuurder.²⁵ Zij baseerden zich eveneens op de wetsgeschiedenis waaruit blijkt dat art. 2:11 BW uitsluitend betrekking heeft op gevallen waarin *de wet* aansprakelijkheid van *bestuurders* regelt:

“dat naast de rechtspersoon ook haar bestuurders (natuurlijke personen) aansprakelijk worden in de gevallen waarin de wet de aansprakelijkheid van bestuurders regelt.”²⁶

Art. 2:11 BW zou daarom beperkt zijn tot de aansprakelijkheden van de rechtspersoon-bestuurder ‘als bestuurder’ van de onderliggende rechtspersoon. Een onrechtmatige gedraging is niet een aansprakelijkheid die typisch samenhangt met de rol van bestuurder en dus zou art. 2:11 BW niet van toepassing zijn op art. 6:162 BW.²⁷ De bedoelde schrijvers stelden voorts dat de hiervoor geciteerde opmerking van de Minister over de toepasselijkheid op art. 6:162 BW²⁸ alles behalve overtuigend is. De Minister had immers alleen maar opgemerkt dat hem niet duidelijk was waarom deze bepaling zou zijn uitgesloten voor de toepassing van art. 2:11 BW, terwijl hij niet had toegelicht waarom hem dat niet duidelijk was.²⁹ Bij een dergelijke onduidelijkheid omtrent de wil van de wetgever tot uitbreiding van aansprakelijkheid zou een terughoudende interpretatie

24. *Kamerstukken I* 1985/86, 16 631, nr. 27b (MvA), p. 22.

25. Honée 1986, p. 103; Wezeman 1998, p. 372; M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid* (diss. Groningen; Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 32), Deventer: Kluwer 1998, p. 262 e.v.; Hellinga 2013; Van Bakkum 2015b; Roest 2016.

26. *Kamerstukken I* 1980/81, 16 631, nr. 3 (MvT), p. 3.

27. Honée 1986, p. 103; Wezeman 1998, p. 371-372 (die blijkens Van Schilfgaarde, Winter & Wezeman 2013, *Van de BV en de NV*, nr. 49 mogelijk zijn mening heeft bijgesteld); Lennarts 1998, p. 262 e.v.; Hellinga 2013 onder verwijzing naar A-G Langemeijer in zijn conclusie bij HR 28 april 2000, *JOR* 2000/128; Van Bakkum 2015b; Roest 2016.

28. Art. 1401 BW (oud).

29. Lennarts 1998, p. 262 e.v.; Hellinga 2013.

passen.³⁰ Uit rechtszekerheidsoverwegingen zou art. 2:11 BW voorts restrictief dienen te worden uitgelegd.³¹ Dit zou te meer gelden gelet op het in het aansprakelijkheidsrecht geldende uitgangspunt dat eenieder alleen voor zijn *eigen* daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden, behoudens wettelijke uitzonderingen.³² Ook stelden zij onder verwijzing naar *Ontvanger/Roelofsen*³³ dat toepassing van art. 2:11 BW ertoe zou leiden dat voor bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW niet langer persoonlijke ernstige verwijtbaarheid zou zijn vereist. Dat zou in strijd zijn met het oordeel van de Hoge Raad dat een bestuurder jegens een schuldeiser van de vennootschap alleen onrechtmatig kan hebben gehandeld, wanneer hem *persoonlijk* een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Bovendien zijn eerstegraads natuurlijk persoon- of rechtspersoon-bestuurders evenmin hoofdelijk aansprakelijk voor de onrechtmatige gedragingen van hun mede-eerstegraads bestuurders.³⁴ Het zou niet logisch zijn dat dit uitgangspunt door art. 2:11 BW zou veranderen.

Een meerderheid van de schrijvers was, onder verwijzing naar voormelde parlementaire geschiedenis, echter van mening dat art. 2:11 BW wel geldt voor de onrechtmatige gedraging van de rechtspersoon-bestuurder³⁵ en in de feitenrechtspraak was dat ook de heersende leer.³⁶ De Hoge Raad heeft deze leer bevestigd in de zaak *Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*.

11.5.3 Het hof in *Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*

In de zaak die bij de Hoge Raad voorlag had het hof, onder verwijzing naar voornoemde parlementaire geschiedenis, overwogen dat (i) naar de letterlijke tekst van art. 2:11 BW de aansprakelijkheid van een rechtspersoon, als bestuurder van een andere rechtspersoon, tevens hoofdelijk rust op alle bestuurders die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid bestuurder waren van die

30. Hellinga 2013 onder verwijzing naar A-G Langemeijer in zijn conclusie bij HR 28 april 2000, *JOR* 2000/128.

31. Wezeman 1998, p. 371.

32. Hellinga 2013 onder verwijzing naar A-G Langemeijer in zijn conclusie bij HR 28 april 2000, *JOR* 2000/128.

33. HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*), r.o. 3.5.

34. Hellinga 2013; Van Bakkum 2015b; Roest 2016.

35. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/476; Van Schilfgaarde, Winter & Wezeman 2013, *Van de BV en de NV*, nr. 49; Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 270 e.v.; Bulten & Leijten 2013, p. 166; Huizink 2014c, *GS Rechtspersonen*, art. 2:11, aant. 6.5; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/211; M.J. Kroeze en J.B. Wezeman, 'Over art. 2:11 BW, matroesjkapoppetjes en de aansprakelijkheid van de beleidsbepaler', in: C.D.J. Bulten, A.F.J.A. Leijten, J. Fleming e.a. (red.), *Marius geannoteerd – Opstellen aangeboden aan Mr. M.W. Josephus Jitta* (Serie Van der Heijden Instituut, nr. 133), Deventer: Kluwer 2016, p. 219-232.

36. Zie de jurisprudentie genoemd in de inleiding van dit hoofdstuk.

rechtspersoon en (ii) de grondslag voor de voornoemde aansprakelijkheid ook gelegen kan zijn in art. 6:162 BW. Het hof overwoog daarna echter dat wanneer het gaat om aansprakelijkheid in de zin van art. 6:162 BW:

“het voor de hand [ligt] om te oordelen dat voor aansprakelijkheid van de tweedegraadsbestuurder nog steeds moet worden geëist dat hem persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.”

Daartoe overwoog het hof dat indien de tweedegraads bestuurders, eerste-graads bestuurders zouden zijn geweest, het voor aansprakelijkheid van deze eerste-graads bestuurders op grond van art. 6:162 BW ook zou zijn vereist dat hun persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van de antimisbruikbepaling van art. 2:11 BW kon volgens het hof niet de bedoeling zijn dat alle tweedegraads bestuurders zonder meer aansprakelijk zijn op de enkele grond dat één van hun collega-bestuurders persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. De door de eisende partij voorgestane letterlijke toepassing van art. 2:11 BW op de tweedegraads bestuurder zou, aldus het hof, niet zonder meer leiden tot zijn aansprakelijkheid.³⁷

11.5.4 De Hoge Raad in *Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*

De Hoge Raad vernietigde het arrest van het hof onder verwijzing naar de hierboven genoemde parlementaire geschiedenis. De Hoge Raad overwoog dat noch uit de tekst, noch uit de ratio van art. 2:11 BW volgt dat een beperking is beoogd tot toepassing van art. 2:11 BW op een of meer bepaalde wettelijke grondslagen van bestuurdersaansprakelijkheid en dat de bepaling van toepassing is in alle gevallen waarin een rechtspersoon in zijn hoedanigheid van bestuurder aansprakelijk is op grond van de wet. Daaronder valt, aldus de Hoge Raad, ook de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder die is gebaseerd op art. 6:162 BW. Deze aansprakelijkheid rust dan tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder daarvan bestuurder is. Vervolgens overwoog de Hoge Raad:

“Dit betekent dat voor vestiging van de aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder niet de aanvullende eis geldt dat de schuldeiser stelt, en zo nodig bewijst, dat ook die bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.”

37. Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, *JIN* 2014/8 m.nt. J. van der Kraan en *JOR* 2014/3 m.nt. S.M. Bartman en X.D. van Leeuwen (*Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*), r.o. 4.3.

Uit de aard van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW volgt echter wel dat als een rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk is op die grond, een bestuurder van die rechtspersoon-bestuurder aansprakelijkheid op grond van art. 2:11 BW (alsnog) kan voorkomen door te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van de gedragingen waarop de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder is gebaseerd. Deze bewijslastverdeling doet recht zowel aan de ratio van art. 2:11 BW als aan de vereisten voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW.”³⁸

De Hoge Raad heeft de zaak vervolgens verwezen naar het hof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing.

11.5.5 Stelplicht- en bewijslastverdeling in het licht van de abstracte rechtsvorm staan centraal

In de zaak *Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters* oordeelde het hof dat art. 2:11 BW weliswaar ook van toepassing is op aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder uit hoofde van art. 6:162 BW, maar paste het art. 2:11 BW niet letterlijk toe door alsnog vereist te stellen dat iedere tweedegraads bestuurder, persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.³⁹ Hiermee werd verwezen naar het criterium uit *Ontvanger/Roelofsen*. In latere rechtspraak is deze benadering herhaald. Hier is kritisch op gereageerd. Roest schreef bijvoorbeeld:⁴⁰

“Deze benadering van het hof en de rechtbank acht ik tweeslachtig. Eerst wordt geoordeeld dat art. 2:11 BW bij onrechtmatige daadvorderingen van toepassing is en met dat uitgangspunt is verbonden dat tweedegraads bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn. Vervolgens wordt de in art. 2:11 BW vervatte collectieve aansprakelijkheid verlaten doordat wordt geoordeeld dat eiser ten aanzien van (ieder der) tweedegraads bestuurders dient te onderbouwen (dus te stellen en zo nodig te bewijzen) dat hem “persoonlijk een voldoende ernstig verwijt treft.”

38. Hoge Raad 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275, r.o. 3.4.2-3.4.3.

39. Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, *JIN* 2014/8 m.nt. J. van der Kraan en *JOR* 2014/3 m.nt. S.M. Bartman en X.D. van Leeuwen (*Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*), r.o. 4.5.

40. Roest 2016. Zie voorts: Hellinga 2013; Van Bakkum 2015b.

Roest en anderen betoogden dat de uitspraak van het hof illustreert dat art. 2:11 BW zich niet leent voor toepassing bij art. 6:162 BW-aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder. De kritiek is begrijpelijk gelet op de rechtspraak van de Hoge Raad sinds het arrest *Ontvanger/Roelofsen*. Toch oordeelde de Hoge Raad dat art. 2:11 BW onverkort van toepassing is op art. 6:162 BW in die zin dat de aansprakelijkheid van iedere tweedegraads bestuurder op grond van die bepaling in beginsel is gegeven, maar dat tweedegraads bestuurders de mogelijkheid hebben zich te disculperen door te stellen en zo nodig te bewijzen dat hun *geen* ernstig verwijt kan worden gemaakt.

De uitspraak van de Hoge Raad past naar mijn mening bij de ratio van de Derde Misbruikwet om te voorkomen dat een natuurlijk persoon zich achter rechtspersoonlijkheid van een rechtspersoon-bestuurder kan verschuilen. Dat geldt niet alleen voor de aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW van een rechtspersoon-bestuurder, maar ook voor de aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW. Ik ben het dan ook ten volle eens met de weg die de Hoge Raad is ingeslagen voor wat betreft de toepassing van art. 2:11 BW op externe bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW.

Toch acht ik de onderbouwing van de Hoge Raad met een enkele verwijzing naar de summiere parlementaire geschiedenis en met gebruikmaking van de ernstigverwijtmaatstaf niet bevredigend. Het is weliswaar juist dat in de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat art. 2:11 BW ook van toepassing is op art. 6:162 BW-aansprakelijkheid, maar er moet toch minst genomen toegegeven worden dat deze opmerking in de praktijk zonder nadere uitwerking, die in de parlementaire geschiedenis ontbreekt, bepaald niet goed toepasbaar is. Om maar een voorbeeld te noemen: de parlementaire geschiedenis bepaalt (zie par. 11.2) dat een bestuurder, die uit hoofde van de wetsbepaling waaruit de aansprakelijkheid voortvloeit een grond tot disculpatie heeft om de aanspraak af te weren, zich daarop kan beroepen. Art. 6:162 BW bevat echter helemaal geen disculpatiegrond. De Hoge Raad loste dit probleem op met een symbiotische benadering waarin enerzijds de parlementaire geschiedenis wordt gevolgd op het gebied van de toepasselijkheid van art. 2:11 BW op art. 6:162 BW en waarin anderzijds op de bestuurder de stelplicht en bewijslast wordt gelegd dat hem géén ernstig verwijt treft. Dit zou, aldus de Hoge Raad recht doen “zowel aan de ratio van art. 2:11 BW als aan de vereisten voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW.” Alvorens hierop in te gaan is het goed om nader stil te staan bij een opmerking van de Minister bij de totstandkoming van art. 2:11 BW. De Minister merkte op:

“dat het feit dat een rechtspersoon bestuurder is, het voor degene die de bestuurder-rechtspersoon aanspreekt niet gemakkelijker maakt, vast te stellen tot wie hij zijn aanspraak moet richten. Het kan immers zijn dat elk van de bestuurders van de bestuurder-rechtspersoon zich op verschillende tijden

*feitelijk met het bestuur heeft bezig gehouden. Tot wie moet men zich dan richten? Door hen allen hoofdelijk aansprakelijk te maken wordt die moeilijkheid vermeden.”*⁴¹

Een belangrijke gedachte achter de hoofdelijke aansprakelijkheid van art. 2:11 BW was dus de onduidelijkheid die kan bestaan over de vraag welke bestuurders van de rechtspersoon-bestuurder zich met het bestuur van de onderliggende rechtspersoon hebben beziggehouden. In het geval dat de onderliggende wetsbepaling waaruit de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder met een meerhoofdig bestuur voortvloeit, een grond tot disculpatie bevat om de aanspraak af te weren, wordt aan de hiervoor geciteerde gedachte tegemoetgekomen doordat (i) de eiser zijn aanspraak in *eerste instantie* tot elk van de tweedegraads bestuurders kan richten⁴² en (ii) deze bestuurders zich dienen te disculperen om aansprakelijkheid te ontlopen. In verband met die disculpatie zal alsnog aan de orde moeten komen welke natuurlijk persoon-bestuurders zich in welke mate met het bestuur van de rechtspersoon hebben beziggehouden. De rechtspersoon of curator die op grond van art. 2:9 BW (voormalige) tweedegraads bestuurders aanspreekt, wordt door art. 2:11 BW dus geholpen in zoverre dat sprake is van een ‘in beginsel hoofdelijke aansprakelijkheid’, doordat de stelplicht en bewijslast om aan aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW te ontkomen bij de aangesproken rechtspersoon- en natuurlijk persoon-bestuurders ligt.⁴³ De bestuurder zal mijns inziens uiteindelijk moeten stellen en bewijzen dat hij heeft voldaan aan de verbintenissen die voortvloeien uit de op hem rustende verplichting om zijn (collegiale en inhoudelijke) bestuurstaak behoorlijk te vervullen. Toont hij dat aan, dan valt hem geen gewoon verwijt in taalkundige zin te maken (zie par. 3.8).⁴⁴

Nu kan de benadering van de Hoge Raad in *Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*, welke mede is ontleend aan de opmerking van de Minister dat hem niet duidelijk is waarom art. 6:162 BW zou zijn uitgesloten (zie par. 11.5.2), weliswaar recht doen aan de hiervoor uiteengezette ratio bij art. 2:11 BW, maar dat betekent niet dat de parlementaire geschiedenis van art. 2:11 BW ook de rechtstheoretisch juiste grondslag is voor deze benadering. Want het kan toch niet zo zijn, hoewel de Hoge Raad dat nu wel heeft geoordeeld, dat art. 2:11 BW

41. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 18.

42. Wezeman 1998, p. 369.

43. *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. c (MvA), p. 5; *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 8; F.J.P. van den Ingh in zijn noot bij Rb. Rotterdam 17 juni 1999, *JOR* 1999/244; Strik 2010, p. 47.

44. Dat in de praktijk door eisende partijen niet steeds alle bestuurders worden aangesproken, maakt dat niet anders en is proceseconomisch ook te verklaren, bijvoorbeeld omdat soms op voorhand een inschatting wordt gemaakt van de slagingskans van een disculpatieberoep door de overige bestuurders.

onverkort van toepassing is wanneer een rechtspersoon-bestuurder een onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW wordt verweten? Daargelaten dat art. 6:162 BW, zoals gezegd, geen disculpatiegrond kent, waardoor het artikel zich per definitie niet goed leent voor een toepassing met art. 2:11 BW, is art. 2:11 BW bijvoorbeeld toch niet bedoeld voor doorbraak van aansprakelijkheid van een onrechtmatige gedraging van een rechtspersoon-bestuurder wanneer die onrechtmatige gedraging uitsluitend het gevolg is van handelingen van werknemers van die rechtspersoon-bestuurder die aan de rechtspersoon-bestuurder kunnen worden toegerekend, terwijl de tweedegraads bestuurders geen enkel verwijt treft? Er bestaat mijns inziens dan ook een andere meer zuivere rechtstheoretische grondslag voor de verdeling van de stelplicht en bewijslast die de Hoge Raad heeft toegepast. Die grondslag, die toevallig overeenkomt met de ratio van art. 2:11 BW, zorgt ervoor dat geen verschil bestaat in de bewijspositie van eerstegraads en tweedegraads bestuurders en is dezelfde als bij eerstegraads bestuurders. De grondslag ligt in rechtspersoonlijkheid zelf, in de bewaarnemersrol die rust op de natuurlijk persoon-bestuurder en in de wettelijke bepalingen omtrent de verantwoordelijk van het bestuur als orgaan om de rechtspersonen te besturen en te vertegenwoordigen. Meer specifiek is die grondslag gebaseerd op de uitgangspunten dat:

- (i) een rechtspersoon-bestuurder als abstract rechtssubject niet ‘echt’ kan handelen, laat staan besturen (zie par. 10.4.3 en par. 11.4 voor wat betreft aansprakelijkheid uit hoofde van art. 2:9 BW), zodat de op hem rustende verbintenissen tot het vervullen van de inhoudelijke en collegiale bestuurs-taak, één op één komen te rusten op de natuurlijk persoon-bestuurders (zie par. 11.4);
- (ii) de verbintenissen tot het vervullen van de inhoudelijke en collegiale bestuurstaak gelet op de bewaarnemersrol van de rechtspersoon-bestuurder mede kunnen strekken ter bescherming van de belangen van derden (zie par. 10.8),
- (iii) de derde in beginsel ervan mag uitgaan dat de rechtspersoon-bestuurder *als orgaan*, uiteindelijk bestaande uit natuurlijk personen, verantwoordelijk is geweest voor de jegens hem gepleegde onrechtmatige daad (zie par. 10.9). Dat die derde daarop mag afgaan, vindt zijn grondslag in een vergelijkbare rechtvaardiging als verwoord in de parlementaire geschiedenis van art. 2:11 BW, namelijk dat voor een derde (bij art. 2:9 BW jo. art. 2:11 BW-aansprakelijkheid: de opvolgende bestuurder/de curator) niet duidelijk zal zijn wie zich met het besturen van de onderliggende rechtspersoon heeft beziggehouden. Deze derde heeft *de iure* steeds met het bestuur als orgaan te maken gehad (zie par. 10.9 en de verwijzing naar de artt. 2:44-2:45, 2:129/239-2:130/240 en 2:291-2:292 BW).

Net zoals bij interne bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW jo. art. 2:11 BW, zal het bij externe bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW van zowel eerstegraads bestuurders als rechtspersoon-bestuurders voor de derde evenmin duidelijk zijn welke uiteindelijke natuurlijk persoon-bestuurders gelet op de voornoemde bewaarnemersrol een zorgvuldigheidsverplichting jegens deze derde hebben geschonden (zie par. 10.9). Het ligt daarom voor de hand bij externe bestuurdersaansprakelijkheid van tweedegraads bestuurders dezelfde systematiek van stelplicht- en bewijslastverdeling te gebruiken als bij externe bestuurdersaansprakelijkheid van eerstegraads bestuurders (zie par. 10.9). Oftewel, de derde slechts hoeft te stellen dat de tweedegraads natuurlijk persoon-bestuurders van de rechtspersoon-bestuurder als collectief een onrechtmatige daad kan worden verweten waardoor de derde schade heeft geleden. Individuele tweedegraads bestuurders kunnen ter afwering van aansprakelijkheid (en dus ter weerlegging van de stelling dat zij een onrechtmatige daad hebben begaan) vervolgens stellen dat:

- (i) zij niet zelf direct een zorgvuldigheidsverplichting jegens de derde hebben geschonden;
- (ii) zij voorts – gelet op de hiervoor in par. 10.8 omschreven bewaarnemersrol in het maatschappelijk verkeer – ook niet indirect een zorgvuldigheidsverplichting jegens de derde hebben geschonden, bestaande uit het *gewone* persoonlijk verwijt van onbehoorlijke uitoefening van de (collegiale) bestuursstaak waardoor een (of meer) medebestuurder(s) tezamen direct een zorgvuldigheidsverplichting heeft/hebben kunnen schenden jegens de derde; en
- (iii) een eventueel te maken verwijt van onbehoorlijke taakuitoefening niet in causaal verband staat tot de schade die de derde heeft geleden.

Deze stelplicht- en bewijslastverdeling doet recht aan de bewaarnemersrol van de bestuurder, die van belang is in het kader van externe bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW van zowel eerstegraads bestuurders als tweedegraads bestuurders. Zou dit anders zijn, dan zouden, zoals het hof en de literatuur impliciet terecht constateerden, tweedegraads bestuurders op grond van het arrest *Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters* in een nadeligere bewijspositie worden gebracht dan eerstegraads bestuurders die op grond van *Ontvanger/Roelofsen* worden aangesproken. En daar bestaat geen logische reden voor. Een verschillende behandeling van eerstegraads bestuurders en tweedegraads bestuurders is niet beoogd met de parlementaire geschiedenis van art. 2:11 BW. Het druist in tegen het idee dat met rechtspersoonlijkheid is beoogd het maatschappelijk verkeer te dienen (zie par. 10.8) en het druist in tegen ieder rechtsgevoel.

Het voorgaande laat ook (nogmaals) zien dat de ernstigverwijtmaatstaf uit *Ontvanger/Roelofsen*, waarnaar impliciet wordt verwezen in *Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*, rechtstheoretisch niet is te rechtvaardigen. Of het

nou gaat om de vervulling van de bewaarnemersrol door eerstegraads bestuurders of door tweedegraads bestuurders, in beide gevallen dienen bestuurders toezicht te houden, collegiaal bestuur te voeren en in te grijpen indien het handelen van medebestuurders daartoe noodzaak geeft. Daar past geen *hogere* drempel voor aansprakelijkheid bij. Sterker, er past eerder een *lagere* drempel van aansprakelijkheid bij op basis van een *verscherpt* schuldbegrip (zie par. 10.8). Dit verscherpt schuldbegrip vloeit voort uit het feit dat op de bestuurder verbintenissen rusten ten opzichte van de rechtspersoon tot een inhoudelijke en collegiale vervulling van de bestuurstaak, terwijl het enkele niet nakomen van die verbintenissen (zie par 3.8) tevens maatschappelijke gevolgen kan hebben. In dat verband zij herhaald hetgeen ik in hoofdstuk 8 heb uiteengezet,⁴⁵ namelijk dat de bestuurder ter afwering van aansprakelijkheid wel kan aantonen dat hem geen verwijt in taalkundig zin valt te maken van het feit dat hij niet aan voornoemde verbintenissen zou hebben voldaan, maar dat hij bewijstechnisch ex art. 150 Rv bezwaarlijk kan aantonen (stellen en bewijzen) dat hem géén ‘ernstig’ verwijt valt te maken.

Hoewel de gegeven rechtvaardiging voor de stelplicht- en bewijslastverdeling op grond van enerzijds de benadering in *Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters* en anderzijds de voornoemde bewaarnemersrol van de bestuurder op het eerste gezicht twee kanten van dezelfde medaille lijken, zijn deze dus verschillend. De benadering op grond van de bewaarnemersrol laat zien dat de positie van tweedegraads bestuurders en eerstegraads bestuurders niet verschillen wanneer in eerste instantie een medebestuurder een onrechtmatige gedraging kan worden verweten. Deze tweede benadering lijkt mij daarom ook de juiste.

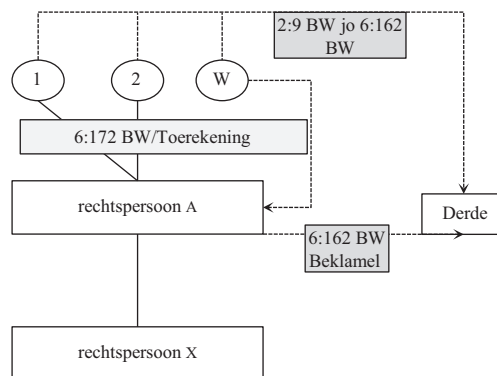
11.6 De betekenis van toerekening bij de beoordeling van aansprakelijkheid van tweedegraads bestuurders

Bij al het voorgaande past een kanttekening. Bij tweedegraads bestuurders kan het namelijk zo zijn dat zij allemaal aan de hiervoor bedoelde bewaarnemersrol jegens de derde hebben voldaan, waardoor hun *geen enkel* gewoon verwijt kan worden gemaakt en hun dus geen onrechtmatige daad kan worden verweten, terwijl de onderliggende eerstegraads rechtspersoon-bestuurder wél een onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW kan worden verweten. Het toerekeningsleerstuk speelt daarin een rol, zoals hierna zal worden toegelicht.

45. Onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 1969/70, 10 377, nr. 3, p. 11 (MvT): “het zou b.v. niet redelijk zijn de eiser behalve met het bewijs van de grondslag zijner vordering tevens te belasten met het bewijs van de onwaarheid van hetgeen de gedaagde daartegen heeft ingebracht, noch de gedaagde, die de vordering van de eiser betwist, de onjuistheid van het door deze gestelde te laten aantonen.”

Ik heb eerder uiteengezet dat het zo kan zijn dat als gevolg van het toerekeningsleerstuk een rechtspersoon een onrechtmatige daad kan worden verweten, zonder dat de gedragingen van de daarbij betrokken natuurlijk personen, zoals de bestuurders, ieder op zichzelf beschouwd onrechtmatig zijn. Zoals gezegd, is immers voorstelbaar dat gedragingen en wetenschap van verschillende personen aan de rechtspersoon worden toegerekend, die op zichzelf en ieder afzonderlijk beschouwd niet onrechtmatig zijn, maar die in combinatie na toerekening van zowel die gedragingen als die wetenschap aan de rechtspersoon, en derhalve nadat deze als het ware zijn ‘samengesmolten’, die kwalificatie wel rechtvaardigen (zie par. 10.4.5).

Terwijl ik meen dat het in beginsel – behoudens indien sprake is van belet – niet mogelijk is dat alle tweedegraads bestuurders tegelijkertijd aansprakelijkheid kunnen ontlopen op grond van art. 2:9 BW jo. art. 2:11 BW (zie par. 11.4), meen ik dat het onder specifieke omstandigheden wel mogelijk moet zijn dat alle tweedegraads bestuurders tegelijkertijd aansprakelijkheid ontlopen voor aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder ex art. 6:162 BW. Dat is ten eerste bijvoorbeeld het geval wanneer de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder op grond van art. 6:162 BW niet is gebaseerd op de schending van een maatschappelijke zorgvuldigheidsverplichting van de rechtspersoon-bestuurder die op hem rust uit hoofde van zijn *hoedanigheid* van bestuurder ex art. 2:9 BW.⁴⁶ Maar het kan ook zo zijn wanneer de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder is gebaseerd op bijvoorbeeld een van de in *Ontvanger/Roelofsen* genoemde verschijningsvormen van bestuurdersaansprakelijkheid. Om dat te illustreren, hanteer ik een vergelijkbaar voorbeeld als in par. 10.9, maar heb ik een rechtspersoon-bestuurder ertussen geplaatst en een werknemer speelt nu een cruciale rol. Laten we uitgaan van het volgende schema.



46. Dus indien de rechtspersoon-bestuurder een onrechtmatige daad wordt verweten die in geen enkele relatie staat tot zijn rol als bestuurder van de onderliggende rechtspersoon.

Bestuurder 1 van rechtspersoon A heeft rechtspersoon A vertegenwoordigd bij het aangaan van een overeenkomst door rechtspersoon X met een derde. Bestuurder 1 wist niet dat rechtspersoon X de overeenkomst niet kon nakomen en geen verhaal zou bieden omdat bestuurder 2, die verantwoordelijk was voor de cijfers, bestuurder 1 nog niet had geïnformeerd over de deplorabele financiële situatie bij rechtspersoon X. Bestuurder 2 kon dat ook niet omdat *werknemer* W, werkzaam bij rechtspersoon A en verantwoordelijk voor de boekhouding van zowel rechtspersoon A als rechtspersoon X bijvoorbeeld abusievelijk relevante informatie niet had verwerkt in de boekhouding of bijvoorbeeld bewust informatie had achtergehouden voor het bestuur. Doordat de gedragingen, het nalaten en de kennis van bestuurders 1 en 2 én werknemer W in de relatie tot de derde onder omstandigheden op grond van de toerekeningsleer aan rechtspersoon A kunnen worden toegerekend (zie par. 10.4.4 t/m par. 10.4.7), kan rechtspersoon A een zogenaamd *Beklamel*-verwijt worden gemaakt.

Er doet zich nu dus een situatie voor dat de rechtspersoon-bestuurder A een *Beklamel*-verwijt kan worden gemaakt, terwijl de bestuurders 1 en 2 niet per definitie het gewone verwijt kan worden gemaakt dat zij hun taak inhoudelijk of collegiaal onbehoorlijk hebben vervuld. Wanneer op hen de stelplicht en bewijslast komt te rusten dat hun geen gewoon verwijt valt te maken ten aanzien van de *Beklamel*-normschending door de rechtspersoon-bestuurder A waarvan zij bestuurder zijn, zullen zij daarin onder omstandigheden kunnen slagen (zie in dit verband ook het voorbeeld van de directeur die niet aansprakelijk kan worden gehouden voor het veroorzaken van verdere milieuverontreiniging door een werknemer in par. 10.5.4.7).⁴⁷

11.7 De betekenis van toerekening van disculpatie aan rechtspersoon-bestuurder vs. Matroesjka-poppetjes

De wijze waarop aansprakelijkheid van de natuurlijk persoon-bestuurders blijkens de hiervoor in par. 11.4 genoemde rechtspraak wordt vastgesteld, is in lijn met de ratio van art. 2:11 BW, welke bepaling blijkens de wetsgeschiedenis beoogt te voorkomen dat natuurlijk persoon-bestuurders aansprakelijkheid ontlopen door het tussenschuiven van een rechtspersoon als bestuurder. Uiteindelijk staat hun gedrag nog steeds centraal. In de literatuur is hierover gezegd dat

47. In het voorbeeld ga ik ervan uit dat de bestuurders zelf geen enkel gewoon verwijt valt te maken en dat geen van de bestuurders persoonlijk kan worden verweten de taken voortvloeiende uit art. 2:10 BW niet behoorlijk te hebben vervuld. Aangezien de boekhouding nu eenmaal een verantwoordelijkheid is van het bestuur, zal een dergelijke situatie zich mijns inziens evenwel niet snel voordoen, te meer omdat gesteld zou kunnen worden dat de bestuurders kennelijk hebben bewerkstelligd of toegelaten dat het handelen/nalaten van werknemer W tot een *Beklamel*-verwijt aan het adres van de rechtspersoon-bestuurder heeft kunnen leiden.

het schuil gaan achter een keten van rechtspersonen geen effect zal sorteren.⁴⁸ Uiteindelijk komt de aansprakelijkheid altijd bij een natuurlijk persoon te liggen.

Bij de invoering van art. 2:11 BW merkte de Minister in dit verband op dat de aansprakelijkheid die op de rechtspersoon-bestuurder rust ‘dezelfde’ is als die van de bestuurders van die rechtspersoon.⁴⁹ Helemaal duidelijk is dit niet verwoord. De rechtspersoon-bestuurder is zelf namelijk aansprakelijk op grond van art. 2:9 BW omdat deze rechtspersoon-bestuurder zich kennelijk niet heeft gedisculpeerd, althans omdat een beroep op een disculpatiegrond hem niet kon baten. Indien de aansprakelijkheid van de bestuurders van de rechtspersoon-bestuurder exact dezelfde zou zijn als die van de rechtspersoon-bestuurder, dan zouden zij zich dus evenmin kunnen disculperen. In de literatuur bestond in het verleden aanvankelijk dan ook de gedachte dat de tweedegraads bestuurder zich niet kon disculperen bij aansprakelijkheid op grond van art. 2:11 BW.⁵⁰ De wetsgeschiedenis laat zoals gezegd echter zien dat disculpatie wel mogelijk is (zie par. 11.2). In de literatuur bestaat dan ook geen discussie meer over de vraag of natuurlijk persoon-bestuurders van de rechtspersoon-bestuurder zich kunnen disculperen.⁵¹ In de literatuur is in dit verband opgemerkt dat als zich onder de hoofdelijk aansprakelijke tweedegraads bestuurders opnieuw een rechtspersoon bevindt, de toepassing van art. 2:11 BW kan worden herhaald, totdat uiteindelijk iedere in de bestuursketen aanwezige rechtspersoon-bestuurder is gepasseerd en de aansprakelijkheid van elke rechtspersoon uiteindelijk blijft rusten op een of meer natuurlijk personen. Er zou sprake zijn van een onafzienbare reeks, als ‘Matroesjka-poppetjes’, aansprakelijke bestuurders.⁵² Anders gezegd, alle tussenliggende rechtspersoon-bestuurders zouden aansprakelijk zijn totdat wordt uitgekomen bij de natuurlijk persoon-bestuurder(s) die zich eventueel kunnen disculperen.

48. Honée 1986, p. 102.

49. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 17-18.

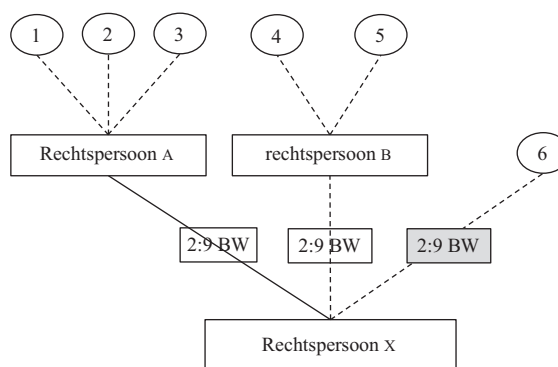
50. Honée 1986, p. 104. Bij de totstandkoming van de bepaling werd door bepaalde Kamerleden ook verondersteld dat het ontwerp van art. 2:11 BW geen mogelijkheid van disculpatie openliet omdat gebruikmaking van de constructie van de rechtspersoon-bestuurder een bijzondere verantwoordelijkheid schept die tot hoofdelijke aansprakelijkheid zou moeten leiden. Zie: *Kamerstukken II* 1981/82, 16 631, nr. 5 (Voorlopig Verslag), p. 10. Deze gedachte is dus niet overgenomen door de Minister.

51. Huizink 2014c, *GS Rechtspersonen*, art. 2:11 BW, aant. 7.1.

52. Wezeman 1998, p. 365; Huizink 2014c, *GS Rechtspersonen*, art. 2:11 BW, aant. 6.2; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/194, Kroeze & Wezeman 2016. Zie ook: Hof 's-Gravenhage 27 april 2006, *JOR* 2006/260.

Ik denk dat deze benadering in de literatuur, als deze strikt gevolgd zou worden, echter ten onrechte verder gaat dan de ratio van art. 2:11 BW. Aansprakelijkheid van tussenliggende rechtspersoon-bestuurders wordt gecreëerd, waar art. 2:11 BW dat namelijk niet steeds heeft beoogd. Ik doel dan op het feit dat naar mijn mening ook tussenliggende rechtspersoon-bestuurders zich moeten kunnen disculperen, gelijk natuurlijk persoon-bestuurders zich van geval tot geval kunnen disculperen. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer (i) een rechtspersoon-bestuurder deel uitmaakt van een meerhoofdig bestuur of (ii) een rechtspersoon-bestuurder op zijn beurt een bestuur heeft dat bestaat uit meerdere rechtspersoon-bestuurders en de onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:9 BW niet kan worden toegerekend aan al deze rechtspersoon-bestuurders, omdat de natuurlijk persoon-bestuurders van sommige van deze rechtspersoonbestuurders zelf evenmin onbehoorlijke taakvervulling kan worden verweten en hun een disculpatiegrond toekomt. Indien alle natuurlijk persoon-bestuurders van een rechtspersoon-bestuurder, die deel uitmaakt van een meerhoofdig bestuur, een disculpatiegrond toekomt, dan komt deze disculpatiegrond ook toe aan deze rechtspersoon-bestuurder. Ik zal dat illustreren aan de hand van twee voorbeelden.

Stel dat het bestuur van rechtspersoon X, bestaat uit rechtspersoon A, die op zijn beurt wordt bestuurd door (i) natuurlijk personen 1 t/m 3, (ii) rechtspersoon B, die op zijn beurt wordt bestuurd door natuurlijk personen 4 t/m 5 en (iii) een direct bestuurder, zijnde natuurlijk persoon 6. Voor het overige zijn geen natuurlijk personen betrokken bij rechtspersonen A en B.



Op grond van de ratio en systematiek van art. 2:9 BW en het feit dat het bestuur van rechtspersoon X bestaat uit drie (rechts)personen kan, wanneer onbehoorlijk bestuur ex art. 2:9 BW is vastgesteld, in beginsel ieder van deze (rechts)personen zich verweren met een beroep op de disculpatiegrond van art. 2:9 BW, dus ook de rechtspersonen A en B. Rechtspersoon X heeft immers een meerhoofdig bestuur zodat disculpatie mogelijk is. Stel dat bestuurders A en B zich kunnen disculperen, bijvoorbeeld omdat zij (*de facto*: dus bestuurders 1 t/m 5) (i) door bestuurder 6 onjuist zijn geïnformeerd, (ii) hebben vertrouwd op de juistheid van hetgeen aan hen door bestuurder 6 is gerapporteerd,⁵³ (iii) geen aanleiding hoefden te hebben zelfstandig onderzoek te doen naar de wijze waarop bestuurder 6 de aan hem toebedeelde taken heeft vervuld,⁵⁴ (iv) voldoende sociale controle⁵⁵ en hun (collegiale) toezichtsfunctie⁵⁶ naar behoren hebben uitgeoefend en (v) maatregelen hebben getracht te nemen om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur door bestuurder 6 af te wenden. Kortom, zij hebben hun taak zogenoemd *inhoudelijk* en *collegiaal* behoorlijk vervuld (zie par. 3.6.3). In dit geval wordt *de iure* niet toegekomen aan de vraag of bestuurders 1 t/m 5 aansprakelijk zijn op grond van art. 2:11 BW omdat bestuurders A en B niet aansprakelijk zijn op grond van art. 2:9 BW. De disculpatiegronden van bestuurders 1 t/m 5 dienen namelijk aan deze bestuurders A en B te worden ‘toegerekend’. Uitsluitend bestuurder 6 is aansprakelijk op grond van art. 2:9 BW.⁵⁷

53. Mussche 2011, p. 41; Borrius 2012, par. 8.5.3; Hof Amsterdam 21 september 2010, *JOR* 2011/40 m.nt. J.B. Wezeman (*Stichting Freule Lauts van Aysma*), r.o. 4.31 en 4.32.

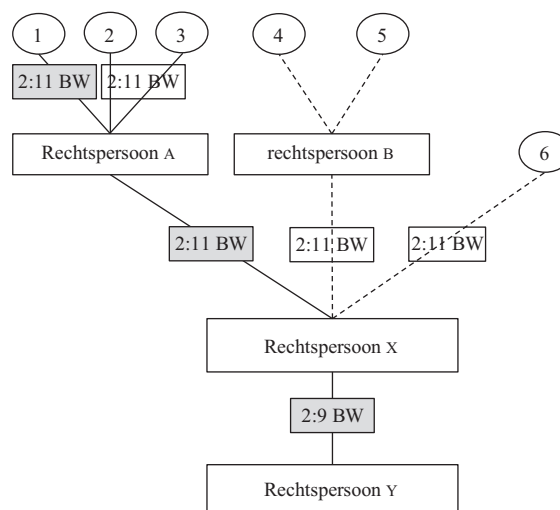
54. Zie ook: Rb. Oost-Brabant 17 december 2014, *JOR* 2015/129 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Stichting Bureau Jeugdzorg*), r.o. 3.5 en 3.6.

55. Slagter 1993, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 61.

56. Borrius 2012, par. 8.2.

57. In het voorbeeld ga ik voor de eenvoud bewust ervan uit dat geen andere natuurlijk personen (zoals werknemers) bij de rechtspersonen A en B zijn betrokken. Als dat wel het geval is, kan ook hun handelen, nalaten en kennis relevant zijn voor de vraag of deze rechtspersonen zich kunnen disculperen, omdat hun handelen, nalaten en kennis krachtens de *Kleuterschool Babel*-leer ook aan deze rechtspersonen kan worden toegerekend. Indien als gevolg hiervan rechtspersonen A en B zich niet kunnen disculperen, zullen uiteindelijk ook een of meer natuurlijk persoon-bestuurders aansprakelijk moeten worden geacht, omdat zij hebben toegelaten of bewerkstelligd dat een niet-bestuurder het ertoe kan hebben geleid dat rechtspersoon B als bestuurder ex art. 2:9 BW jo. art. 2:11 BW aansprakelijk is.

Stel nu echter dat rechtspersoon X op zijn beurt bestuurder is van rechtspersoon Y en dat sprake is van onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:9 BW bij rechtspersoon Y. Stel voorts dat niet natuurlijk persoon 6, maar natuurlijk persoon 1 nu de schuldige is. Het volgende schema illustreert wat dan in juridische zin gebeurt.



Omdat rechtspersoon X enig bestuurder is, kan deze zich per definitie niet disculperen voor aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW.⁵⁸ Bestuurders A, B en 6 zijn daarom in beginsel hoofdelijk aansprakelijk ex art. 2:11 BW. Omdat *de facto* (niet *de iure*) sprake is van een meerhoofdig bestuur bij rechtspersoon Y bestaat voor ieder van de bestuurders echter wel de mogelijkheid een beroep te doen op een disculpatiegrond. Net zoals in het vorige voorbeeld, valt bestuurders 4 en 5 niets te verwijten. Hoewel hun gedragingen en kennis *feitelijk* relevant zijn om de *juridische* positie van bestuurder B te bepalen, die zich daarom kan disculperen, wordt derhalve niet toegekomen aan de juridische vraag of bestuurders 4 en 5 aansprakelijk zijn op grond van art. 2:11 BW. Bestuurder B is namelijk niet aansprakelijk ex art. 2:11 BW jo. art. 2:9 BW.⁵⁹ Omdat de

58. Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 220; Rb. Amsterdam 17 maart 2010, *JOR* 2011/38 m.nt. W.J.M. Van Andel (*Univac*), r.o. 4.3.

59. Dit zou slechts anders zijn indien het handelen, nalaten en de kennis van een werknemer of andere betrokkene bij rechtspersoon B, die op grond van de *Kleuterschool-Babbel* maatstaf aan rechtspersoon B moeten worden toegerekend, van dien aard is dat rechtspersoon B alsnog geacht wordt zich niet te kunnen disculperen en dus toch aansprakelijk is. Dan treedt art. 2:11 BW wel in werking en kunnen natuurlijk personen 4 en 5 opnieuw trachten met een beroep op disculpatie aansprakelijkheid te ontlopen. Een van hen zal echter uiteindelijk aansprakelijk zijn, omdat zij hebben toegelaten of bewerkstelligd dat een niet-bestuurder het ertoe kan hebben geleid dat rechtspersoon B ex art. 2:9 BW jo. art. 2:11 BW aansprakelijk is.

gedragingen en kennis van bestuurder 1 aan bestuurder A moeten worden toegerekend, kan bestuurder A zich nu niet disculperen voor aansprakelijkheid ex art. 2:11 BW jo. art. 2:9 BW. Men komt vervolgens toe aan de vraag of bestuurders 1 t/m 3 zich kunnen disculperen op grond van art. 2:11 BW jo. art. 2:9 BW. Bestuurders 2 en 3 kunnen dat (net zoals bestuurder 6), omdat hun uit hoofde van de wetbepaling waaruit de aansprakelijkheid voortvloeit, zijnde art. 2:9 BW, een grond tot disculpatie toekomt. Bestuurder 1 kan dat vanzelfsprekend niet. Naast bestuurder X zijn dus uitsluitend bestuurders A en 1 aansprakelijk ex art. 2:11 BW jo. art. 2:9 BW. Uit het voorgaande volgt dat indien een rechtspersoon-bestuurder op zijn beurt bestuurd wordt door meerdere rechtspersoon-bestuurders, deze rechtspersoon-bestuurders een beroep toekomt op een disculpatiegrond indien hun natuurlijk persoon-bestuurders dat beroep ook toekomt. De kennis en gedragingen van die natuurlijk persoon-bestuurders die een disculpatie rechtvaardigen, dienen dan immers aan deze rechtspersoon-bestuurders te worden toegerekend.

Kortom, art. 2:11 BW beoogt niet per definitie aansprakelijkheid op tussenliggende rechtspersoon-bestuurders te creëren wanneer de achterliggende natuurlijk persoon-bestuurders ook geen blaam treft. Met de ‘Matroesjka-poppetjes’-benadering lijkt het alsof men ervan uitgaat dat de mogelijkheid van disculpatie is voorbehouden aan de uiteindelijk natuurlijk persoon-bestuurders en niet aan tussenliggende rechtspersoon-bestuurders. Dat lijkt mij dus niet juist. Als wij accepteren dat de rechtspersoon-bestuurder, als zelfstandig rechts-subject, bestuurder van een rechtspersoon kan zijn en ex art. 2:5 BW, wat het vermogensrecht betreft, gelijkstaat met een natuurlijk persoon, dan bestaat geen reden de rechtspersoon-bestuurder de mogelijkheid op disculpatie voor aansprakelijkheid ex art. 2:11 BW te onthouden. De onafzienbare reeks van ‘Matroesjka-poppetjes’ kan naar mijn mening dus doorbroken worden, vóórdat bij ieder van de natuurlijk persoon-bestuurders is uitgekomen. Zou dat anders zijn, dan zou dat ertoe leiden dat rechtspersoon B in het eerste voorbeeld niet en in het tweede voorbeeld wel aansprakelijk zou zijn, terwijl de aan hem toe te rekenen gedragingen en kennis in beide gevallen exact hetzelfde zijn. Dat is niet consequent, terwijl bovendien geen met art. 2:11 BW te verenigen rechtvaardiging bestaat om rechtspersoon B aansprakelijk te laten zijn. Dit wordt nog duidelijker als niet bestuurder 1, maar bestuurder 6 het onbehoorlijk bestuur te verwijten valt en bestuurders 1 t/m 5 een disculpatiegrond toekomt. Stel dat bestuurders 1 t/m 5 voorts niet rechtstreeks bestuurder zijn van rechtspersoon

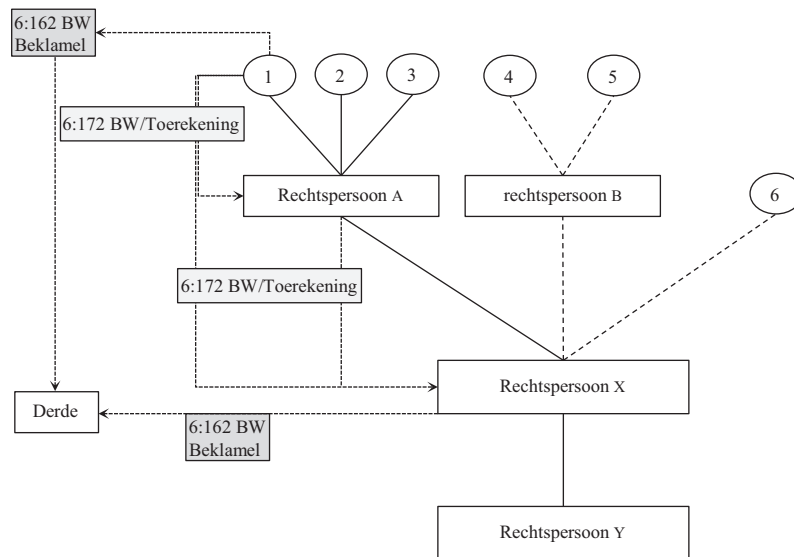
A en B, maar dat zij dat zijn middels hun persoonlijke holdingvennootschappen, C, D, E, F en G. Zou men de leer van de ‘Matroesjka-poppetjes’ volgen, dan zou aangenomen moeten worden dat rechtspersonen A t/m G ex art. 2:11 BW aansprakelijk zijn terwijl hun (indirecte) bestuurders niets te verwijten valt. Dat is niet de bedoeling geweest van art. 2:11 BW. De bepaling beoogt te voorkomen dat een bestuurder de op hem rustende aansprakelijkheid kan ontlopen, doordat hij het bestuurderschap door een (door hem gecontroleerde) rechtspersoon laat vervullen.⁶⁰ De bepaling beoogt echter niet aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder te doen ontstaan indien het handelen, nalaten of de kennis van de bestuurders en andere betrokkenen bij die rechtspersoon-bestuurder na toerekening daarvan aan die rechtspersoon-bestuurder, een disculpatiegrond voor deze rechtspersoon-bestuurder rechtvaardigen. De belangen van de eisende rechtspersoon die de vordering ex art. 2:9 BW jo. art. 2:11 BW instelt en de hiervoor in par. 10.5.5 genoemde gedachte achter de hoofdelijke aansprakelijkheid, namelijk dat onduidelijkheid kan bestaan over de vraag wie zich met het bestuur van de rechtspersoon heeft beziggehouden, worden voldoende in acht genomen met deze benadering, omdat de stelplicht en bewijslast om aan aansprakelijkheid te ontkomen bij de aangesproken rechtspersoon-bestuurder ligt.⁶¹ Dit neemt niet weg dat de eisende rechtspersoon in de praktijk – net zoals bij art. 2:9 BW – toch zal trachten te achterhalen wat de slagingskansen zal zijn van een dergelijk beroep op disculpatie en zijn pijlen zal richten op de specifieke rechtspersoon-bestuurders en natuurlijk persoon-bestuurders aan wie hij het onbehoorlijk bestuur verwijt.⁶²

60. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/476.

61. *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. c (MvA), p. 5; *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 8; F.J.P. van den Ingh in zijn noot bij Rb. Rotterdam 17 juni 1999, *JOR* 1999/244; Strik 2010, p. 47.

62. Zie par. 5.3.6. De rechtspersoon en de curator, die een concreet beeld hebben over de vraag aan welke bestuurder het onbehoorlijk bestuur daadwerkelijk is te wijten, zullen gelet op hun inschatting van de slagingskansen van een disculpatieberoep door individuele bestuurders, ervoor kunnen kiezen om die bestuurders niet aan te spreken. In de praktijk gebeurt dat veelal ook.

Hetgeen hiervoor is uiteengezet ten aanzien van disculpatie van rechtspersoon-bestuurders voor interne bestuurdersaansprakelijkheid, geldt ook bij de beoordeling van externe bestuurdersaansprakelijkheid van tussenliggende rechtspersoon-bestuurders. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van het volgende voorbeeld.



Laten we in lijn met het eerdere voorbeeld aannemen dat opnieuw bestuurder 1 de boosdoener is. Hij is (als bestuurder van rechtspersoon A die op zijn beurt als bestuurder van rechtspersoon X optrad) namens rechtspersoon Y een overeenkomst aangegaan met de derde terwijl hij wist of had moeten weten dat rechtspersoon Y niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden. Laten we voorts aannemen dat is komen vast te staan dat bestuurders 2 t/m 6 dit niet wisten en dit niet konden weten omdat bestuurder 1 hun dat had verzwegen. Bestuurders 2 t/m 6 valt dus niets te verwijten, ook niet in het licht van hun bewaarnemersrol in het maatschappelijk verkeer, zie par. 10.8).

Nu kan rechtspersoon X als abstract rechtssubject niet werkelijk namens rechtspersoon Y een overeenkomst aangaan of over kennis beschikken. Opnieuw moet dus met toerekening worden gewerkt: de feitelijke *vertegenwoordigingshandeling* (het aangaan van de overeenkomst) door bestuurder 1 wordt op grond van de eerdergenoemde wettelijke regels van vertegenwoordiging toegerekend aan bestuurders A en X en vervolgens aan rechtspersoon Y. Hierdoor kon rechtspersoon Y de overeenkomst aangaan. De *kennis* van bestuurder 1 wordt op grond van de toerekeningsleer van *Kleuterschool Babel* toegerekend aan bestuurders A en X (zie par. 10.4). Door deze toerekening kan

bestuurders A en X een onrechtmatige daad worden verweten. Het staat een derde daarnaast vrij om A en X aan te spreken op grond van de kwalitatieve aansprakelijkheidsbepalingen van artt. 6:170-172 BW, omdat bestuurder 1 als een ondergeschikte, een niet-ondergeschikte en/of in ieder geval een vertegenwoordiger van bestuurder A en X is aan te merken (zie par. 10.2.3). Deze zogenoemde kwalitatieve aansprakelijkheid van een rechtspersoon(-bestuurder) dient overigens te worden onderscheiden van de eigen rechtstreekse aansprakelijkheid van de rechtspersoon(-bestuurder) op grond van de hiervoor genoemde toerekeningsleer. De afwezigheid van enig verwijt bij bestuurders 2 t/m 6 kan echter ook als het ware worden ‘toegerekend’ aan rechtspersoon B. Rechtspersoon B is dus niet aansprakelijk.

11.8 Slotbeschouwing

Uit al het voorgaande blijkt dat het goed is langer stil te staan bij het begrip ‘rechtspersoon’ zodat op een zuivere wijze kan worden geoordeeld over de doorbraak van interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid. Die doorbraak is niet steeds vanzelfsprekend. Steeds dient te worden beoordeeld of tussenliggende rechtspersoon-bestuurders zich kunnen disculperen of niet. De vraag of zij zich kunnen disculperen dient te worden beoordeeld aan de hand van de gedragingen en kennis van natuurlijk personen die aan deze tussenliggende rechtspersoon-bestuurders kunnen worden toegerekend.

De Hoge Raad heeft de toepassing van art. 2:11 BW op aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW op 17 februari 2017 bevestigd in het arrest *Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*. In dat verband heeft de Hoge Raad geoordeeld dat tweedegraads bestuurders hoofdelijke aansprakelijkheid ex art. 2:11 BW jo. art. 6:162 BW kunnen ontlopen door te stellen en bewijzen dat hun géén ernstig verwijt kan worden gemaakt. Hoewel deze stelplicht- en bewijslastverdeling recht doet aan de ratio van art. 2:11 BW, ligt de rechtvaardiging van deze stelplicht- en bewijslastverdeling mijns inziens niet in art. 2:11 BW. De rechtvaardiging ligt wel in het feit dat (i) een rechtspersoon-bestuurder als abstract rechtssubject niet zelf kan handelen, zodat de op hem rustende verbintenissen tot het vervullen van de inhoudelijke en collegiale bestuurstaak, één op één komen te rusten op de natuurlijk persoon-bestuurders, (ii) deze verbintenissen gelet op de bewaarnemersrol van de rechtspersoon-bestuurder mede kunnen strekken ter bescherming van de belangen van derden en (iii) de verantwoordelijkheid om de rechtspersoon te besturen en te vertegenwoordigen bij het bestuur als orgaan ligt, en niet bij de individuele bestuurders. Net als bij interne bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW jo. art. 2:11 BW de rechtspersoon en, in geval van

faillissement, de curator in de nadelige positie verkeren niet steeds te zullen weten welke bestuurder het onbehoorlijk bestuur valt te verwijten, zal het bij externe bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW van zowel eerstegraads bestuurders als rechtspersoon-bestuurders en tweedegraads bestuurders voor de derde namelijk niet duidelijk zijn *welke* uiteindelijke natuurlijk persoon-bestuurders, gelet op de voornoemde bewaarnemersrol, een zorgvuldigheidsverplichting jegens deze derde hebben geschonden. Het ligt daarom voor de hand de stelplicht en bewijslastverdeling bij externe bestuurdersaansprakelijkheid van tweedegraads bestuurders op een gelijke wijze toe te passen als bij externe bestuurdersaansprakelijkheid van eerstegraads bestuurders (zie par. 10.9 en par. 11.5.5). Daarvoor is de problematische toepassing van art. 2:11 BW op art. 6:162 BW niet nodig en daarvoor is evenmin een discussie nodig over wie al dan niet de aanwezigheid of afwezigheid van een ‘ernstig verwijt’ dient aan te tonen. De rechtstheoretische redenen waarom de ernstigverwijtmaatstaf niet moet worden toegepast bij de beoordeling van aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW van eerstegraads bestuurders (zie hoofdstuk 10), gelden immers evengoed bij de beoordeling van aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW van tweedegraads bestuurders.

Hoofdstuk 12. Rechtsvergelijking externe bestuurdersaansprakelijkheid

12.1 Inleiding

Gelet op de hiervoor uiteengezette rechtstheoretische analyse van het leerstuk van externe bestuurdersaansprakelijkheid, is het interessant te zien hoe andere rechtssystemen omgaan met externe bestuurdersaansprakelijkheid. Meer specifiek of in die rechtssystemen (i) ook een ('systematisch') toetsingsmodel bestaat vergelijkbaar met het Nederlandse, (ii) sprake is van normatieve convergentie, (iii) wordt gesproken over 'een hoge drempel voor aansprakelijkheid' en (iv) een verschil bestaat tussen een gewone onrechtmatige daad en 'externe bestuurdersaansprakelijkheid'.¹ In de inleiding van dit proefschrift is beschreven waarom de keuze op de in dit hoofdstuk beschreven rechtssystemen is gevallen en wat de kaders zijn geweest van dit rechtsvergelijkend onderzoek. Met het rechtsvergelijkend onderzoek naar externe bestuurdersaansprakelijkheid beoog ik overigens slechts te illustreren dat de door mij naar voren gebrachte argumenten om de ernstigverwijtmaatstaf los te laten zo gek nog niet zijn, als men de rechtssystemen beschouwt waarmee ik de vergelijking maak. Dit onderdeel van het onderzoek is daarom minder omvattend gebleven.

In het kader van de afbakening van mijn proefschrift heb ik geen rechtsvergelijkend onderzoek gedaan naar interne bestuurdersaansprakelijkheid. Dat neemt niet weg dat een dergelijk onderzoek zeker interessant zou kunnen zijn, bijvoorbeeld ter ondersteuning van een betoog om al dan niet een concretere toetsingsnorm te ontwikkelen vergelijkbaar met de uit Delaware bekende 'business judgment rule'.² Die business judgment rule gaat bijvoorbeeld ervan uit dat voor aansprakelijkheid van een bestuurder – voor wat betreft de wijze waarop het besluitvormingsproces heeft plaatsgevonden – geen 'simple negligence', maar 'gross negligence' is vereist.³ Hiermee zou wellicht betoogd

-
1. Waarbij ik overigens niet zal ingaan op aansprakelijkheid in geval van faillissement of aansprakelijkheid voor fiscale schulden of sociale afdrachten.
 2. Assink 2005, Assink 2007 en Assink 2008.
 3. M. Petrin, 'The Curious Case of Directors' and Officers' Liability for Supervision and Management: Exploring the Intersection of Corporate and Tort Law', in: *American University Law Review* 59, no. 6 (August 2012), p. 1683, 1691 en 1692.

kunnen worden – in weerwil van het standpunt in dit proefschrift – dat de ernstigverwijtmaatstaf als hoge drempel voor aansprakelijkheid in Nederland gehandhaafd zou moeten worden. Gelet op hetgeen ik in dit proefschrift naar voren heb gebracht, meen ik dat dit betoog niet zou moeten slagen. De objectieve maatman-bestuurdertoets biedt de bestuurder reeds voldoende bescherming. Wij hebben in Nederland bovendien van oudsher ervoor gekozen de aansprakelijkheid van de bestuurder te beoordelen aan de hand van de vraag of hij ‘behoorlijk’ heeft bestuurd, waarbij de rechter zal dienen te toetsen of het handelen of nalaten van de bestuurder de toets van een redelijk denkend bestuurder doorstaat (de maatman toets). Daarbij is geen onderscheid gemaakt tussen de *totstandkoming* van besluitvorming en de *inhoud* van besluitvorming. Bij de business judgment rule bestaat dat onderscheid wel en wordt – zeer kort samengevat – in beginsel niet aan een inhoudelijke toetsing toegekomen indien niet is gebleken dat (i) de bestuurder grove nalatigheid (‘gross negligence’) kan worden verweten ten aanzien van het totstandkomingsproces van besluiten,⁴ (ii) de bestuurder een bepaald (indirect) tegenstrijdig belang heeft bij een besluit,⁵ of (iii) de bestuurder zogenoemde subjectieve kwade trouw is te verwijten, blijken uit objectief te beoordelen bewuste benadeling van de rechtspersoon, bewuste nalatigheid of bewuste schending van het recht.⁶ De rechtspersoon dient deze omstandigheden te stellen en bewijzen. Slaagt de rechtspersoon daarin dan dient de bestuurder te stellen en te bewijzen dat het besluit en het handelen rationeel, economisch en financieel te rechtvaardigen was.⁷ In deze tweede fase toetst de rechter overigens wel degelijk volledig en indringend. Het ontlenen van argumenten aan de business judgment rule voor het bestaansrecht van de ernstigverwijtmaatstaf lijkt mij gelet op het voorgaande niet vanzelfsprekend. Het zijn verschillende benaderingsmethoden die wegens een verschillende toetsingssystematiek niet eenvoudig te vergelijken zijn. De business judgment rule brengt in eerste instantie geen inhoudelijke toetsing met zich, terwijl de Nederlandse wetgever die instructie, zoals eerder uiteengezet, juist expliciet wel aan de rechter heeft gegeven (zie par. 3.7.4 en par. 5.6). Gelet op de afbakening van dit proefschrift laat ik het echter bij deze algemene opmerkingen.⁸

4. De zogenoemde ‘duty of care’.

5. De zogenoemde ‘duty of loyalty’ (bestaande uit ‘interestedness’ en ‘independance’).

6. De zogenoemde ‘duty of good faith’.

7. De zogenoemde ‘fair dealing’ en ‘fair price’.

8. Zie over de business judgment rule onder andere: Assink 2007, p. 1-4; Assink 2008; Assink 2005; Kroeze 2005, p. 18; Timmerman 2009a; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/448. Het gaat het bestek van dit proefschrift te buiten daar verder op in te gaan.

12.2 Externe bestuurdersaansprakelijkheid in Delaware

12.2.1 Inleiding

Het vennootschapsrecht van Delaware bevat een expliciete wettelijke bepaling waarin is uiteengezet dat de bestuurder van de vennootschap niet aansprakelijk is voor de schulden van en de nakoming van verplichtingen door de vennootschap, tenzij de bestuurder zich bij overeenkomst daartoe heeft verbonden. Art. 18-303 van de Limited Liability Company Act van de Delaware Code⁹ getiteld “Liability to third parties” bepaalt:

“(a) Except as otherwise provided by this chapter, the debts, obligations and liabilities of a limited liability company, whether arising in contract, tort or otherwise, shall be solely the debts, obligations and liabilities of the limited liability company, and no member or manager of a limited liability company shall be obligated personally for any such debt, obligation or liability of the limited liability company solely by reason of being a member or acting as a manager of the limited liability company; (b) Notwithstanding the provisions of subsection (a) of this section, under a limited liability company agreement or under another agreement, a member or manager may agree to be obligated personally for any or all of the debts, obligations and liabilities of the limited liability company.”

De bepaling geeft in feite weer wat wij het logische gevolg van rechtspersoonlijkheid vinden. Uitgangspunt is dat een bestuurder niet aansprakelijk is voor schulden van de rechtspersoon. Maar net zoals in Nederland betekent dit vanzelfsprekend niet dat een bestuurder nimmer jegens derden aansprakelijk kan zijn voor zijn optreden als bestuurder van de vennootschap.

9. Delaware Code, Title 6, Commerce and Trade, Subtitle II, Other Laws Relating to Commerce and Trade, Chapter 18. Limited Liability Company Act, Subchapter III. Members, §§ 18-303, <http://delcode.delaware.gov/title6/c018/sc03/>.

12.2.2 *Interne aansprakelijkheid vs. gewone onrechtmatige daad ('tort')*

In 2005 schreef Bendremer in the Fordham Journal of Corporate & Financial Law:

*"Limited liability is a critical component of the Act. (...) Taken literally, therefore, the statute suggests that members and managers of LLCs are fully insulated against personal liability. Veil piercing, if adopted by the courts of Delaware, would be a common law exception to that broad proposition."*¹⁰

En die uitzondering bestaat. Anders dan in Nederland wordt die aansprakelijkheid jegens derden niet betiteld als externe bestuurdersaansprakelijkheid, maar simpelweg als een onrechtmatige daad: 'corporate law' en 'tort law' worden niet met elkaar vermengd. In 2010 schreef Petrin in de American University Law Review in dit verband:

"Corporate law and tort law differ in many ways, most notably in defining liability standards for third party claims. These differences become most apparent when examining the general defences and protections that corporate law offers that are not similarly offered under tort law."

Waar het betreft 'corporate law' geldt de business judgment rule:

"For instance, in Delaware, the business judgment rule broadly protects directors and officers against liability for business decisions. Even if the business judgment rule does not apply, the applicable standard of care is not simple negligence, but gross negligence."

Oftewel, net zoals in Nederland geldt voor interne aansprakelijkheid een specifieke op de interne relatie afgestemde aansprakelijkheidsmaatstaf, die in de Verenigde Staten een 'hoge drempel' voor aansprakelijkheid met zich brengt.¹¹ Voor externe bestuurdersaansprakelijkheid (of beter: onrechtmatige daad/'tort law') bestaat deze maatstaf echter niet. Integendeel, Petrin vervolgt:

"In contrast, none of these corporate law protections apply to tort claims brought by third party plaintiffs. Tort-based suits for supervision and management ordinarily operate under a simple negligence standard, or, in

10. F.J. Bendremer, 'Delaware LLCs and Corporate Veil Piercing: Limited Liability has its Limitations', *The Fordham Journal of Corporate & Financial law* 2005, Volume 10, Issue 2, Article 4, p. 387, <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1191&context=jcfl>.

11. Zie ook par. 12.1 hiervoor.

the case of certain strict liability statutory provisions, do not even require any wrongdoing at all. Neither the business judgment rule nor – at least in case of direct claims – exculpatory charter provisions apply against nonshareholders. For example under corporate law, absent conscious misconduct, shareholders could not hold board members and officers liable for their failure to detect and prevent employees' torts. Similarly, shareholders would most likely not be able to hold directors and officers liable for alleged mismanagement under corporate laws, since they would probably not be able to overcome the business judgment rule, or, because directors may be exculpated from liability for duty of care breaches by virtue of specific provisions in corporate charters. Conversely, in both cases, nonshareholder tort claimants could be successful in a suit against director and officer defendants by demonstrating simple negligence on the part of the defendants.”¹²

In de hiervoor aangehaalde bijdrage van Petrin werd overigens wel betoogd dat zwaardere maatstaven zouden moeten gelden dan toen (in 2010) golden in Delaware. Daarbij werden vergelijkbare argumenten gebruikt als thans in Nederland. Zo werd ook daar gesteld dat handelingen van de bestuurder aan de rechtspersoon moeten worden toegerekend en dat een bestuurder moet kunnen ondernemen.¹³ Maar zoals hierna zal worden uiteengezet, hebben die argumenten in Delaware – anders dan in Nederland – niet geleid tot een andere maatstaf.

De aansprakelijkheid van bestuurders jegens derden in Delaware op grond van onrechtmatige daad kan in twee categorieën worden verdeeld: (i) de aansprakelijkheid als gevolg van een onrechtmatige daad van de bestuurder/vennootschap en (ii) de aansprakelijkheid in verband met contractuele verplichtingen van de vennootschap.

12.2.3 Aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad van bestuurder/vennootschap

De Superior Court of the State of Delaware heeft zich regelmatig uitgelaten over de vraag of een bestuurder in de uitoefening van zijn functie persoonlijk aansprakelijk kan zijn jegens een derde doordat de bestuurder (namens de vennootschap) onrechtmatig heeft gehandeld. In de zaak van 31 augustus 2015¹⁴ van de Superior Court of the State of Delaware is onder verwijzing

12. Petrin 2012, p. 1683, en p. 1691-1692.

13. Petrin 2012, p. 1693, 1697, 1699 en 1700.

14. Delaware Superior Court, 31 augustus 2015, C.A. No. S14L-12-035 MJB (*Yavar Rzayev, LLC v. Marvin B. Roffman*). Alle in dit proefschrift geraadpleegde uitspraken ten aanzien van het recht van Delaware zijn vindbaar op <http://courts.delaware.gov/>.

naar eerdere jurisprudentie van dit gerecht¹⁵ uiteengezet dat daarvoor bepalend is of de bestuurder *persoonlijk* betrokken is geweest bij die onrechtmatige daad. De bestuurder is dan niet aansprakelijk voor een onrechtmatige daad van de vennootschap die aan hem kan worden toegerekend, maar voor een *eigen* (gewone) onrechtmatige daad:

“The personal participation doctrine holds that a corporate officer can be held liable for his own wrongful acts. Liability attaches for torts that corporate officers “commit, participate in, or inspire, even though the acts are performed in the name of the corporation.” Courts have further clarified that individual liability attaches only where the officer “directed, ordered, ratified, approved, or consented to” the wrongful act, and that liability is only for “misfeasance or active negligence” in the commission of the tort as opposed to “nonfeasance or the omission of an act which a person ought to do. (...) Plaintiff is correct that corporate officers are not liable for their corporation’s actions merely by virtue of their corporate positions. But when a corporate officer directly participates in the tortious conduct, personal liability may be imposed, even when the officer is acting on behalf of the corporation. Delaware courts have held that the officer’s mere knowledge of tortious activity is not sufficient. Individual liability attaches only where the officer “directed, ordered, ratified, approved, or consented to” the wrongful act. In other words, corporate officers are not derivatively liable for the torts of the corporation; however, corporate officers are directly liable for the torts they personally commit, whether on behalf of the corporation or otherwise.”

Het citaat spreekt voor zich en behoeft geen toelichting. Er bestaat geen hogere drempel of een zwaardere maatstaf voor aansprakelijkheid, zoals de ernstigverwijtmaatstaf.

12.2.4 Aansprakelijkheid in verband met overeenkomst tussen vennootschap en derde

Indien de derde zijn vordering op de bestuurder baseert op ‘contract law’ zal deze vordering alleen kunnen slagen indien de bestuurder de overeenkomst met de derde (mede) namens zichzelf heeft getekend. Dit is in Nederland vanzelfsprekend, maar het bestaan van het hiervoor aangehaalde art. 18-303 van de Limited Liability Company Act maakt dat dit expliciet in de rechtspraak naar

15. Delaware Superior Court, 29 maart 2007, C.A. No. 05C-10-022-RFS (*Brasby v. Morris*) en Delaware Superior Court, 9 juli 1997, WL 524127,*1 (*Heronemus v. Ulrick*).

voren komt.¹⁶ Ook indien sprake is van ‘fraud’, zal schade als gevolg van een toerekenbare tekortkoming van de vennootschap niet op de bestuurder kunnen worden verhaald, zolang de grondslag voor die aansprakelijkheid gevonden wordt in het contractenrecht. In dit verband kan bijvoorbeeld worden verwezen naar de uitspraak van 23 juni 2015 van de Superior Court of the State of Delaware¹⁷ waarin onder verwijzing naar eerdere zaken¹⁸ werd overwogen:

“Actions for fraud can be properly brought under contract law or tort law. Contractual claims and tortious claims are analyzed distinctly under Delaware law. It is established law that an agent for a disclosed principal is not a party to a contract and is not liable for its nonperformance. Hence, the question to be considered when analyzing a contractually based fraud claim is whether defendant made promises or signed the contract personally or solely as an agent of his company.”

De aansprakelijkheid van de bestuurder tegenover de derde in verband met de toerekenbare tekortkoming van de vennootschap kan echter wel worden gebaseerd op het leerstuk van onrechtmatige daad. De Superior Court of the State of Delaware vervolgt namelijk:

“Conversely, under Delaware tort law, corporate officials may be held individually liable for their fraudulent tortious conduct, even if undertaken while acting in their official capacity. An agent who performs tortious fraud is not excused from personal liability for his actions solely on account of acting on behalf of a principal. This concept is embodied with the well-established personal participation doctrine. According to the personal participation doctrine, a corporate official cannot shield himself behind

-
16. Delaware Superior Court, 27 april 2005, C.A. No. 04C-02-010-RFS (*Thomas v Tara Venture, LLC*): “Corporations protect the stockholders and officers against individual liability. An officer may not be held liable for breach of a corporate contract unless the officer has signed the contract in her own capacity and not just as an agent for the corporation.”
 17. Delaware Superior Court, 23 juni 2015, C.A. No.: S13L-12-027 RFS (*Sens Mechanical, Inc. v. Dewey Beach Enterprises, Inc. ET AL.*).
 18. Delaware Superior Court, 31 maart 1982, Civ. A. No. 79C-AU-118 (446 A.2d 1101, 1105) (*American Ins. Co. v. Material Transit, Inc.*) (niet geraadpleegd); Delaware Superior Court, 7 januari 2009, C.A. No. 05C-07-025 RFS (*Spanish Tiles, Ltd. v. Hensley*); Delaware Superior Court, 12 juli 2010, C.A. No. S10C-03-004 RFS (*Duffield Associates vs. Meridian Architects & Engineers, LLC et al*); Delaware Superior Court 30 juni 2004, C.A. No. 03C-02-004-RF (*Lisa Ayers v. Allen Quillen d/b/a Never Never Land Kennel & Cattery*); Delaware Superior Court, 31 oktober 1978, Nos. 77-2549, 77-2550 (587 F.2d 602, 606) (*Donsco, Inc. v. Casper Corp.*).

a corporation when he is an actual participant in the tort. Therefore, unlike a contractual fraud claim, the relevant question when examining a tortious fraud claim is whether or not the defendant personally participated in the tortious conduct.

Personal participation doctrine can be triggered if an agent actively participates, consents, or ratifies a tortious scheme (...)

Similarly, Delaware courts have held corporate officers and directors may be liable for their active participation in tortious conduct, even if they are acting in an official capacity for the corporation which they serve. In Spanish Tiles, Ltd. v. Hensey, this Court found the personal participation doctrine attaches to corporate officers for torts in which they “commit, participate in, or inspire, even though they are performed in the name of the corporation.

(...) When examining the matter under tort law, (...) [the Director’s] assertion that he was acting merely as an agent and cannot be found liable for actions performed on behalf of that corporation does not automatically absolve him of responsibility.”

De toerekenbare tekortkoming van de vennootschap kan dus ook een onrechtmatige daad van de bestuurder opleveren die hier – in het kader van het aansprakelijkheidsvraagstuk – uitdrukkelijk met een vertegenwoordiger (an ‘agent’) wordt gelijkgesteld.¹⁹ Vereist is dat in relatie met die overeenkomst ‘fraud’ moet kunnen worden aangetoond (waarbij ‘fraud’ niet per se gelijkstaat aan het Nederlandse overkoepelende begrip ‘fraude’ met een strafrechtelijke smaak). Dit blijkt uit het verdere vervolg van voormelde uitspraak van de Superior Court of the State of Delaware, dat veel weg heeft van de *Beklamel*-norm²⁰ die wij in Nederland kennen:

“Turning to the fraud claim, as noted above, [the Plaintiff] must plead sufficient facts establishing the following elements: 1) a false representation of material fact; 2) the defendant’s knowledge of or belief as to the falsity of the representation or the defendant’s reckless indifference to the truth of the representation; 3) the defendant’s intent to induce the plaintiff to act or refrain from acting; 4) the plaintiff’s action or inaction taken in justifiable reliance upon that representation; and 5) damage to the plaintiff as a result of such reliance.”

19. Zoals hierna zal blijken wordt de bestuurder in dat verband ook in het Verenigd Koninkrijk en België benaderd vanuit de figuur van vertegenwoordiging.

20. HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Beklamel*). Zie ook: HR 25 november 1927, *NJ* 1928, 364 m.nt. Scholten (*Kretschmar/Mendes de Leon*).

In de uitspraak van 12 juli 2010 van de Superior Court of the State of Delaware (waar in voormelde uitspraak van 23 juni 2015 ook naar wordt verwezen)²¹ werd overwogen wat met ‘fraud’ wordt bedoeld:

“An action for fraud can occur not only where there is an overt misrepresentation but may exist where there is a deliberate concealment of material facts or silence when one has a duty to speak.”

12.2.5 Schending van een persoonlijk op de bestuurder rustende zorgvuldigheidsverplichting

Uit het voorgaande en uit voornoemde ‘duty to speak’ blijkt dat de aansprakelijkheid van de bestuurder berust op een schending van een op ieder rustende persoonlijke zorgvuldigheidsverplichting jegens een derde. Petrin schrijft het zo:

*“In accordance with these principles, numerous courts have specifically stressed that, in order to be liable for his or her actions within the corporate context, a director or officer must breach an independent duty of care, which he personally owes to the injured party.”*²²

Het is dan ook goed denkbaar dat volgens het recht van Delaware een bestuurder een onrechtmatige daad kan worden verweten niet alleen indien hij een ‘duty to speak’ schendt, maar ook wanneer hij een ‘duty to act’ schendt, door bijvoorbeeld bewust te bewerkstelligen dat de vennootschap bepaalde contractuele verplichtingen schendt (net zoals bij het schenden van wettelijke verplichtingen door de vennootschap). Petrin schrijft:

21. Delaware Superior Court, 12 juli 2010, C.A. No. S10C-03-004 RFS (*Duffield Associates vs. Meridian Architects & Engineers, LLC et al*) onder verwijzing naar (de niet geraadpleegde) uitspraken: Delaware Superior Court, 24 mei 1983, 462 A.2d 1069, 1073 (*Stephenson v. Capano Development Co.*); Delaware Superior Court 13 januari 1999, WL 167834 (*Chaplake Holdings, Ltd. v. Chrysler Corp.*) en Delaware Superior Court, 28 april 1987 (525 A.2d 146, 149) (*Nicolet, Inc. v. Nutt*).
22. Petrin 2012, p. 1670, onder verwijzing naar: District of Columbia Court of Appeals, 7 september 2000, No. 98-CV-963 (758 A.2d 964, 975) (*Lawlor v. District of Columbia*); Supreme Court of California, 4 september 1986, L.A. No. 31873 (723 P.2d 573, 581) (*Frances T. v. Vill. Green Owners Assn.*); California Court of Appeals, 18 februari 1998, No. B111715, (71 Cal. Rptr. 2d 776, 778) (*Michaelis v. Benavides*); California Court of Appeals, 19 oktober 1995, No. B055499 (46 Cal. Rptr. 2d 233, 255-56) (*Cisneros v. U.D. Registry, Inc.*); District Court of Appeal of Florida, 14 december 2005, No. 1D05-982 (918 So. 2d 357, 358) (*White v. Wal-Mart Stores, Inc.*); Court of Appeal of Louisiana, 29 oktober 2003, No. 03-152 (866 So. 2d 260, 269) (*West v. Bruner Health Group, Inc.*); Court of Appeal of Louisiana, 25 mei 1982 No. 14815 (415 So. 2d 478, 480) (*Donnelly v. Handy*); Supreme Court of Texas, 5 september 1996, No. 94-1323 (935 S.W.2d 114, 117) (*Leitch v. Hornsby*). Deze uitspraken zijn niet geraadpleegd.

“Contrariwise, the director or officer may be held liable for the breach of an external duty because that duty is specifically owed to the third party. To put it another way, courts must distinguish between a director or officer’s fiduciary duties to the corporation (and its shareholders) and a director or officer’s duty not to injure third parties under common law tort principles. (...) courts should be mindful of the fact that in the tort context, “duty” remains a relatively flexible and policy-driven concept. See, e.g., Tarasoff v. Regents of Univ. of Cal., 551 P.2d 334, 342 (Cal. 1976) (en banc) (“[L]egal duties are not discoverable facts of nature, but merely conclusory expressions that, in cases of a particular type, liability should be imposed for damage done.”) (...) Of course, legislators may craft statutory provisions that explicitly create certain duties that directors or officers owe to third parties. In cases involving such provisions, courts have to sanction any breaches thereof and analyses of a duty’s internal or external nature are superfluous. However, if statutory provisions are open to judicial interpretation as to whether a director or officer is an appropriate defendant and can be liable (or whether only the corporation can be liable), courts should carefully analyze the nature of the duty at question, focusing on the distinction between internal and external duties.”²³

Kortom, steeds zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld of de bestuurder in kwestie een bepaalde ‘duty’ heeft geschonden jegens een derde. Deze ‘duty’ is expliciet een andere ‘duty’ dan die tegenover de rechtspersoon.

12.2.6 Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat van normatieve convergentie van de business judgment rule met de regels voor onrechtmatige daad in Delaware geen sprake is. Integendeel: het onderscheid tussen de regels voor interne aansprakelijkheid en onrechtmatige daad (externe bestuurdersaansprakelijkheid) wordt benadrukt.²⁴ In dat verband wordt erop gewezen dat de aansprakelijkheid van een bestuurder jegens een derde berust op de gewone regels van onrechtmatige daad. Deze is louter afhankelijk van de vraag of de bestuurder een persoonlijk op hem rustende zorgvuldigheidsverplichting schendt. Er bestaat dus geen (‘systematisch’) toetsingsmodel zoals het Nederlandse, waarin eerst de vraag wordt

23. Petrin 2012, voetnoot 126 en 130 op p. 1683.

24. Pretin signaleert overigens dat dit onderscheid soms niet eenvoudig is te maken, maar dat, om het onderscheid te blijven zien, het behulpzaam kan zijn te beoordelen of de ingetreden schade een direct gevolg is van het handelen van de bestuurder (bijvoorbeeld schending van de *Beklamel*-norm of het toelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt) of van het handelen van de vennootschap (bijvoorbeeld niet nakomen door insolventie of door omstandigheden waar de bestuurder niet persoonlijk bij betrokken is). Zie: Petrin 2012, p. 1683.

gesteld of een schuldeiser van de rechtspersoon is benadeeld door het onbetaald blijven van diens vordering op de rechtspersoon en vervolgens wordt getoetst hoe de bestuurder in verband met die benadeling heeft gehandeld. Evenmin wordt gesproken over een hogere drempel voor aansprakelijkheid.

12.3 Externe bestuurdersaansprakelijkheid in het Verenigd Koninkrijk

12.3.1 Inleiding

Externe bestuurdersaansprakelijkheid wordt in het Verenigd Koninkrijk op een vergelijkbare wijze benaderd als in Delaware. Uitgangspunt is dat een bestuurder niet aansprakelijk is voor schulden van de vennootschap. Dat uitgangspunt is niet gebaseerd op een ‘hogere drempel voor aansprakelijkheid’. Het uitgangspunt is zeer expliciet ook niet gebaseerd op de beperkte aansprakelijkheid van de rechtspersoon.²⁵ Het is wel gebaseerd op rechtspersoonlijkheid. De House of Lords verwoordde dat sprekend als volgt:²⁶

“What matters is not that the liability of the shareholders of a company is limited but that a company is a separate entity, distinct from its directors, servants or other agents. The trader who incorporates a company to which he transfers his business creates a legal person on whose behalf he may afterwards act as director. For present purposes, his position is the same as if he had sold his business to another individual and agreed to act on his behalf. Thus the issue in this case is not peculiar to companies.”

Net zoals in Delaware wordt in het Verenigd Koninkrijk opgemerkt dat een bestuurder slechts aansprakelijk kan zijn voor de toerekenbare tekortkoming van een overeenkomst die namens de vennootschap is aangegaan, wanneer de bestuurder zichzelf heeft verbonden jegens de derde:

“A director may contract so as to make himself personally liable to a third party by, for example, expressly guaranteeing in his capacity as a director the performance of a contract between the third party and the company.”²⁷

25. Zoals ten aanzien van Nederlandse rechtspersonen wordt gesuggereerd door Olden 2015.

26. House of Lords, 30 april 1998, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1998/17.html> (*Williams v Natural Life Limited*).

27. S. Mortimer, *Company Directors: Duties, Liabilities and Remedies, Liabilities of directors to third parties*, Oxford University Press 2013, p. 570; G. Morse, *Palmer's Company law, Part 8, Chapter 8.22, Director's personal liability to third parties for the Company's wrongs; Liability in respect of contracts*, Sweet & Maxwell 2015, par. 8.2201 en par. 8.2206.

Maar uiteraard bestaan ook in het Verenigd Koninkrijk omstandigheden waarin de bestuurder aansprakelijk kan zijn jegens derden:

*“A director’s position in relation to torts is similar to his position in relation to contract. (...) the separate legal personality of a limited company means that a director is not liable for the torts of the company of which he is a director. This does not mean however that there are no circumstances which a director could find himself liable for torts committed whilst a director of the company.”*²⁸

Hoe de aansprakelijkheid van de bestuurder van een rechtspersoon jegens een derde op grond van onrechtmatige daad vorm krijgt onder het recht van het Verenigd Koninkrijk, zal ik hierna nader uiteenzetten.

12.3.2 Aansprakelijkheid bestuurder gelijk behandeld als aansprakelijkheid vertegenwoordiger

De aansprakelijkheid van de bestuurder van een rechtspersoon jegens een derde wordt in het Verenigd Koninkrijk allereerst op een gelijke manier behandeld als de aansprakelijkheid van een vertegenwoordiger (‘an agent’) jegens een derde. De Court of Appeal of New Zealand overwoog in dit verband:²⁹

“Two general principles may first be stated. (1) A director does not by reason only of his position as director owe any duty to creditors or to trustees for creditors of the company. (2) A shareholder does not by reason only of his position as shareholder owe any duty to anybody. In Ferguson v. Wilson (1866) 2 Ch. App. 77 Cairns L.J. said at page 89: “What is the position of directors of a public company? They are merely agents of a company. The company itself cannot act in its own person, for it has no person; it can only act through directors, and the case is, as regards those directors, merely the ordinary case of principal and agent. Wherever an agent is liable those directors would be liable; where the liability would attach to the principal, and the principal only, the liability is the liability of the company. This being a contract alleged to be made by the company, I own that I have not been able to see how it can be maintained that an agent can be brought into this Court, or into any other Court, upon a proceeding which simply alleges that his principal has violated a contract that he has entered into. In that state of things, not the agent, but the principal would be the person liable.”

28. Mortimor 2013, p. 575.

29. Court of Appeal of New Zealand, 21 mei 1990, http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1990/1990_23.html (Kuwait Asia Bank E.C. v National Mutual Life Nominees Limited).

Deze benadering komt overeen met de analogie-analyse die ik hiervoor in par. 10.5.5 maakte tussen de bestuurder en de vertegenwoordiger: de positie van een bestuurder jegens een derde is niet anders dan die van iedere andere vertegenwoordiger jegens een derde.³⁰ Nu in het Verenigd Koninkrijk de externe bestuurdersaansprakelijkheid wordt beoordeeld vanuit de normen die gelden voor de vertegenwoordiger, is het goed stil te staan bij de termen ‘negligent misstatement’ en ‘assumption of responsibility’. Deze termen hebben in het Verenigd Koninkrijk relevantie in het kader van de aansprakelijkheid van een vertegenwoordiger en komen dan ook terug in de hierna te behandelen rechtspraak en literatuur.

12.3.3 ‘Negligent misstatement’ en ‘assumption of responsibility’

Onder het recht van het Verenigd Koninkrijk is een vertegenwoordiger in beginsel niet aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad voor een zogenoemde ‘negligent misstatement’ namens de vertegenwoordigde:

“In the case of negligent misstatement the general test for liability in tort is whether the defendant has assumed responsibility for the delivery of the services provided.”³¹

Een vertegenwoordiger die in de uitoefening van zijn vertegenwoordigingsfunctie door ‘slordigheid/nalatigheid’ een verkeerde voorstelling van zaken geeft aan de derde ten aanzien van omstandigheden die relevant zijn in de relatie tussen de derde en de vennootschap, zal daarvoor op grond van het recht van het Verenigd Koninkrijk in beginsel dus niet persoonlijk aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad.

Een vertegenwoordiger (en dus ook een bestuurder) kan echter wel persoonlijk voor een ‘negligent misstatement’ aansprakelijk worden gehouden op grond van onrechtmatige daad, wanneer sprake is van zogenoemde ‘assumption of responsibility’ (de bestuurder heeft dan zogenaamd verantwoordelijkheid op zich genomen). Deze ‘assumption of responsibility’ kan zijn gebaseerd op het feit dat de vertegenwoordiger persoonlijk een garantie heeft afgegeven ten aanzien van de door hem gedane mededelingen namens de vertegenwoordigde, maar ook op andere omstandigheden die maken dat de bestuurder persoonlijk een zogenoemde ‘duty of care’ heeft gecreëerd jegens de derde. Of daarvan sprake is zal volgens de House of Lords afhankelijk zijn van een aantal omstandigheden, namelijk (i) de afstand tussen de bestuurder en de benadeelde (‘proximity’ of ‘neighbourhood’), (ii) de voorzienbaarheid van de schade

30. Westenbroek 2015b, par. 5.2.

31. Morse 2015, par. 8.2222.

(‘forseeability’) (iii) de redelijkheid om een persoonlijke zorgvuldigheidsverplichting aan te nemen (‘reasonableness of imposing a personal duty of care’)³² en met name (iv) de vraag of de derde redelijkerwijs mocht vertrouwen op deze ‘duty of care’ (‘reliance’).³³ Zo overwoog de House of Lords:³⁴

“Obviously, the impact of what a defendant says or does must be judged in the light of the relevant contextual scene. (...). The test is not simply reliance in fact. The test is whether the plaintiff could reasonably rely on an assumption of personal responsibility by the individual who performed the services on behalf of the company.”

De rechtsfiguur is vergelijkbaar met de (in Nederland bekende) wilsvertrouwensleer. Heeft de bestuurder het gerechtvaardigd vertrouwen gewekt dat hij zelf zou instaan voor (de gevolgen van) de door de vennootschap verrichtte of te verrichten (rechts)handelingen waardoor de bestuurder een ‘duty of care’ op zich heeft genomen, waarvan schending een onrechtmatige daad oplevert? De toepassing van de rechtsfiguur is ook goed te vergelijken met de uitkomst in het arrest *Van Dullemen/Sala*.³⁵

12.3.4 Normatieve convergentie en toerekening bij onrechtmatige daad (‘tort’)

Uit de rechtspraak en literatuur blijkt dat het recht van het Verenigd Koninkrijk de verantwoordelijkheid van de handelende persoon centraal stelt. Het feit dat iemand bestuurder is van een vennootschap, maakt niet dat de maatstaf voor zijn aansprakelijkheid anders is dan voor een willekeurig ander persoon die handelt als vertegenwoordiger. Zo overwoog de House of Lords:³⁶

“In such a case where the personal liability of the director is in question the internal arrangements between a director and his company cannot be the foundation of a director’s personal liability in tort. The enquiry must be whether the director, or anybody on his behalf, conveyed directly or indirectly to the [plaintiff] that the director assumed personal responsibility to the [plaintiff].”

32. House of Lords, 8 februari 1990, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1990/2.html> (*Caparo Industries Plc v Dickman and Others*).

33. Mortimor 2013, p. 578.

34. House of Lords, 30 april 1998, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1998/17.html> (*Williams v Natural Life Limited*).

35. HR 31 januari 1958, NJ 1958, 251 (*Van Dullemen/Sala*).

36. House of Lords, 30 april 1998, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1998/17.html> (*Williams v Natural Life Limited*).

De hoedanigheid waarin de bestuurder een handeling verricht is, anders dan dat hij een vertegenwoordiger is en daarom de bescherming geniet die het gemene recht hem biedt, niet relevant voor de te hanteren maatstaf voor aansprakelijkheid. Er bestaat geen normatieve convergentie. Ook het feit dat een onrechtmatige gedraging van de bestuurder aan de vennootschap kan worden toegerekend, zodat de vennootschap als primair handelende moet worden aangemerkt, dan wel het gegeven dat de vennootschap kwalitatief aansprakelijk is voor haar bestuurder (vgl. art. 6:172 BW), is niet relevant voor het vaststellen van persoonlijke aansprakelijkheid. De House of Lords overwoog in dit verband:³⁷

“Whether the principal is a company or a natural person, someone acting on his behalf may incur personal liability in tort as well as imposing vicarious or attributed liability upon his principal. But in order to establish personal liability (...) there must have been an assumption of responsibility such as to create a special relationship with the director or employee himself.”

De Scottish Court of Sessions overwoog:³⁸

“(...) A director who personally commits a delict in the course of his duties is liable to the injured party. A person who commits a wrong is liable for it himself, and it is immaterial that he was acting as an agent for or employee of another person (...).”

De benaderingen ‘attributed liability’ en ‘vicarious liability’ leiden tot dezelfde uitkomst en zijn – aldus de literatuur – niet van invloed op de te hanteren maatstaf voor aansprakelijkheid van de bestuurder:

“the practical difference between the two approaches turns out to be negligible unless the (...) “company law identification approach” is delivered in a way that affords strong protection to directors, shielding them from personal liability for wrongs by saying that their acts are only legally relevant in one capacity (i.e. as acts of the company, and not also as acts of the individual) even when their acts otherwise demonstrate all the elements necessary to impose personal liability on the director. The British courts do not appear to adopt this strong protective stance. For

37. House of Lords, 30 april 1998, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1998/17.html> (*Williams v Natural Life Limited*).

38. Scottish Court of Sessions, 3 februari 2015, <http://www.bailii.org/scot/cases/ScotCS/2015/2015CSIH11.html> (*William Campbell v Peter Gordon Joiners Limited*).

*example, in cases of fraud or deceit, where no “assumption of responsibility” is relevant, a director’s fraud will certainly attract personal liability, and may render the company additionally liable for the fraud if the company can be made either primarily or vicariously liable on normal company or tort law rules.”*³⁹

Kortom, in het Verenigd Koninkrijk brengt het gegeven dat handelingen zouden kunnen worden toegerekend aan de rechtspersoon niet met zich dat een bestuurder zich daarachter kan verschuilen. Er wordt in de toerekening van de handeling aan de rechtspersoon, waardoor deze (mede) ‘primarily’ aansprakelijk kan zijn, geen rechtvaardiging gevonden voor een ‘hogere drempel’ voor aansprakelijkheid van de bestuurder.

Of de bestuurder nu handelt in eigen hoedanigheid of in hoedanigheid van bestuurder, hij blijft verantwoordelijk voor zijn eigen handelen:

*“If a director commits a tort whilst carrying out duties for his company, the director will, on general principles, be personally liable for his own tort. Whether the director is personally liable depends on whether all the elements of the tort can be established against him. Thus a director will be personally liable in tort if, when driving on company business, he causes personal injury to another person in an accident caused by his negligent or dangerous driving. In such a case all the ingredients of the relevant tort are established against the director and the fact that he was driving on company business is irrelevant to his personal liability. However it is relevant to the company’s vicarious liability.”*⁴⁰

En:

*“for example (...) a director’s fraud will certainly attract personal liability, and may render the company additionally liable for the fraud if the company can be made either primarily or vicariously liable on normal company or tort law rules.”*⁴¹

39. Morse 2015, par. 8.2217-8.2224 waarin voorts over de twee benaderingen wordt opgemerkt: “One approach, (...) the normal rules of agency apply, and a director (agent) who commits a tort in the course of his or her functions as director is always personally liable and the company will be liable as well on the basis of the doctrine of vicarious liability” (...) The alternative approach is to focus on whether the company is primarily liable for the tort (rather than merely vicariously liable), such liability to be incurred because the director’s (tortious) acts count as the acts of the company, rather than merely the acts of an agent of the company.”

40. Mortimor 2013, p. 576.

41. Morse 2015, par. 8.2224.

De bestuurder kan zich voor zijn eigen onrechtmatige gedragingen niet verschuilen achter het schild van de rechtspersoon. Als hij zélf (persoonlijk) een norm heeft geschonden, is hij aansprakelijk. Het feit dat hij die norm heeft geschonden in hoedanigheid van bestuurder van de vennootschap, maakt dat niet anders. In een uitspraak van de House of Lords uit 2002 betreffende een zaak waarin een bestuurder namens de vennootschap de bank had voorzien van geantedateerde documenten teneinde vrijgave van een kredietbrief te bewerkstelligen, komt dit op de volgende wijze naar voren:⁴²

“Mr Mehra says, (...), that he committed no deceit because he made the representation on behalf of Oakprime and it was relied upon as a representation by Oakprime. That is true but seems to me irrelevant. Mr Mehra made a fraudulent misrepresentation intending SCB to rely upon it and SCB did rely upon it. The fact that by virtue of the law of agency his representation and the knowledge with which he made it would also be attributed to Oakprime would be of interest in an action against Oakprime. But that cannot detract from the fact that they were his representation and his knowledge. He was the only human being involved in making the representation to SCB (apart from administrative assistance like someone to type the letter and carry the papers round to the bank). It is true that SCB relied upon Mr Mehra’s representation being attributable to Oakprime because it was the beneficiary under the credit. But they also relied upon it being Mr Mehra’s representation, because otherwise there could have been no representation and no attribution. (...) Where someone commits a tortious act, he at least will be liable for the consequences; whether others are liable also depends on the circumstances. Here, as the facts make plain and as Cresswell J specifically found, “all the ingredients of the tort of deceit are made out against Mr Mehra (and Oakprime).” In other words Standard Chartered have proved all that is required to make Mr Mehra – and through him Oakprime – liable in deceit. That being so, there is no conceivable basis upon which Mr Mehra should not indeed be held liable for the loss that Standard Chartered suffered as a result of his deceit. If he had been a mere employee of Oakprime and had done the same things and written the same letters on behalf of the company in that capacity, it could never have been suggested that Mr Mehra was not personally liable for his fraudulent acts. His status as a director when he executed the fraud cannot invest him with immunity.”

42. House of Lords, 6 november 2002, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2002/43.html> (*Standard Chartered Bank v Pakistan Shipping Corporation*), par. 20 en 40.

Uit de uitspraak komt overigens ook opnieuw naar voren dat voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder irrelevant is of de gedraging kan worden toegerekend ('attributed') aan de vennootschap. De overweging dat als de bestuurder slechts een werknemer was, deze werknemer evengoed op dezelfde grond aansprakelijk zou zijn geweest jegens een derde, toont aan dat de positie van de bestuurder in dit verband ook niet verschilt met die van de werknemer, zoals door sommigen in Nederland wordt betoogd (zie par 10.5.6).

De persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder kan ook worden gebaseerd op het feit dat niet zozeer zijn eigen handelen 'rechtstreeks' onrechtmatig is, maar op het feit dat de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld, terwijl de bestuurder daarvoor verantwoordelijk kan worden gehouden door de derde omdat de bestuurder persoonlijk heeft bewerkstelligd dat de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld. In dat geval heeft de bestuurder ook zelf onrechtmatig gehandeld. De House of Lords overwoog:⁴³

"Directors may, however, be personally liable if they directed or procured the commission of a wrongful act. The exact scope of this type of liability has been discussed in a line of cases."

De Scottish Court of Sessions overwoog:⁴⁴

"(...) Likewise, a director who, although not committing a delict himself, has authorized or directed or procured the commission of a delict by his company may be personally liable to the victim of the delict: (...) "Prima facie a managing director is not liable for tortious acts done by servants of the company unless he himself is privy to the acts, that is to say unless he ordered or procured the acts to be done. (...) I conceive that express direction is not necessary. If the directors themselves directed or procured the commission of the [wrongful] act they would be liable in whatever sense they did so, whether expressly or impliedly."

In een dergelijk geval, waarin de vennootschap een onrechtmatige daad pleegt, terwijl de bestuurder dusdanig daarbij betrokken is geweest dat hem zelf ook een verwijt kan worden gemaakt, wordt gesproken van zogenoemde 'joint tortfeasors'. Dit houdt in dat de bestuurder en de vennootschap hoofdelijk

43. House of Lords, 6 november 2002, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2002/43.html>, (*Standard Chartered Bank v Pakistan Shipping Corporation*), par. 20 en 40 onder verwijzing naar de (niet gepubliceerde en niet geraadpleegde) uitspraak *C Evans & Sons Ltd v Spritebrand Ltd* [1985] 1 WLR 317.

44. Scottish Court of Sessions, 3 februari 2015, <http://www.bailii.org/scot/cases/ScotCS/2015/2015CSIH11.html> (*William Campbell v Peter Gordon Joiners Limited*).

aansprakelijk zijn omdat zij worden geacht tezamen – als individuele rechts-subjecten – een onrechtmatige daad te hebben gepleegd. De bestuurder en de vennootschap worden dan gezien als ‘mededaders’. Centraal staat dan welke rol de bestuurder persoonlijk heeft gehad in het onrechtmatig handelen van de vennootschap. Daarbij geldt dat het enkele feit dat hij zijn vennootschapsrechtelijke bevoegdheden heeft uitgeoefend (door bijvoorbeeld in een bestuursvergadering te stemmen), onvoldoende is om tot aansprakelijkheid te komen:

“In every case where it is sought to make a director liable for his company’s torts it is necessary to examine with care what part he personally played in regard to the act or acts complained of. Mere management of the trade that results in the tortious act is insufficient; the director must procure or direct the commission of the tort by his company. Further a director will not be made liable where he did no more than carry out his constitutional role in the governance of the company by, for example, voting at board meetings (...). The director will be liable if he impliedly procured or directed the wrongful act. (...) The focus of the inquiry must be the degree of the director’s personal involvement in the tort alleged and each case depends on its own particular facts.”⁴⁵

Kortom, in het Verenigd Koninkrijk wordt, net als in Nederland, onderkend dat een bestuurder aansprakelijk kan zijn voor de schade veroorzaakt door een onrechtmatige daad van de vennootschap. Of daarvan sprake is, zal moeten worden beoordeeld aan de hand van het persoonlijk handelen van de bestuurder in relatie tot die onrechtmatige daad. Een ernstigverwijtmaatstaf of een ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’ speelt daarin geen rol.

12.3.5 Aansprakelijkheid in verband met overeenkomst tussen vennootschap en derde

Indien bestuurders zich niet persoonlijk jegens derden verbonden hebben tot nakoming van de overeenkomst, zullen bestuurders in het Verenigd Koninkrijk niet snel aansprakelijk kunnen worden gehouden voor tekortkomingen van de vennootschap:

“As agents, directors are not generally personally liable on contracts purporting to bind their company. The above rule applies even if the company’s failure to carry out the contract is due to the fault of the directors, or if the company could not, at the time the contract was made, fulfil it. Note that

45. Mortimer 2013, p. 579.

*the alternative claim against the directors, suing them in tort rather than on the contract, and asserting liability for inducing a breach of contract, is rarely successful.*⁴⁶

Hier bestaan echter wel uitzonderingen op. Een uitzondering is bijvoorbeeld wanneer een bestuurder zich persoonlijk verantwoordelijk heeft gesteld voor de (niet-)nakoming van de overeenkomst op grond van de hiervoor behandelde rechtsfiguur ‘assumption of responsibility’. Een andere uitzondering is de aansprakelijkheid van de bestuurder omdat hij bij het aangaan van de overeenkomst te kwader trouw schriftelijk namens de vennootschap heeft bevestigd dat de vennootschap de overeenkomst zou nakomen dan wel verhaal zou bieden voor de schade als gevolg van eventuele niet-nakoming. Er is dan sprake van ‘fraud’ of ‘deceit’ en dan is de bestuurder persoonlijk aansprakelijk.⁴⁷ Dit is een iets zwaardere variant van onze *Beklamel*-norm (waarin kwade trouw niet per se is vereist). Nog een uitzondering is dat de bestuurder – te kwader trouw – moedwillig de nakoming van verplichtingen van de vennootschap frustreert. Dat kan a contrario worden opgemaakt uit de literatuur:

*“if a servant acting bona fide within the scope of his authority procures or causes the breach of a contract between his employer and a third person, he does not thereby become liable to an action of tort at the suit of the person whose contract has thereby been broken.”*⁴⁸

En:

*“a director is also not liable in tort at the suit of a third party, if acting in good faith within the scope of his authority, he procures or causes the company to breach a contract with the third party.”*⁴⁹

Handelt een bestuurder niet te goeder trouw, doordat hij tegen beter weten in de nakoming frustreert, dan kan aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad ontstaan. Deze situatie is mijns inziens vergelijkbaar met de *nakomingsfrustratie*-norm uit het arrest *Van Dullemen/Sala* en met de in lijn daarmee gewezen latere arresten die betrekking hebben op nakomingsfrustratie en/of

46. Morse 2015, par. 8.2201-2202.

47. England and Wales Court of Appeal, 20 november 2007, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2007/1201.html> (*Contex Drouzhba Limited v Wiseman Air*).

48. Morse 2015, par. 8.2210.

49. Morse 2015, par. 8.2210 en Mortimor 2013, p. 570 beide onder verwijzing naar England and Wales Court of Appeal, 26 juni 1952, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1952/5.html> (*D.C. Thompson & Company Limited v Arthur Deakin a.o.*).

betalingsonwil.⁵⁰ Duidelijk is wederom dat het persoonlijk handelen van de bestuurder centraal staat, maar dat in dat verband niet wordt gesproken van een hoge drempel voor aansprakelijkheid.

12.3.6 Conclusie

De conclusie zoals verwoord in par. 12.2.6 kan hier herhaald worden. Uit het voorgaande volgt dat ook in het Verenigd Koninkrijk geen sprake is van normatieve convergentie tussen de regels voor interne bestuurdersaansprakelijkheid en de regels voor onrechtmatige daad. Integendeel: het onderscheid tussen de regels voor interne aansprakelijkheid en onrechtmatige daad ('externe bestuurdersaansprakelijkheid') wordt benadrukt. In dat verband wordt erop gewezen dat de aansprakelijkheid van een bestuurder jegens een derde berust op de gewone regels van onrechtmatige daad. Dit is wederom louter afhankelijk van de vraag of de bestuurder een persoonlijk op hem rustende zorgvuldigheidsverplichting schendt. Er bestaat dus geen ('systematisch') toetsingsmodel zoals het Nederlandse, waarin eerst de vraag wordt gesteld of een schuldeiser van de rechtspersoon is benadeeld door het onbetaald blijven van diens vordering op de rechtspersoon en vervolgens wordt getoetst hoe de bestuurder in verband met die benadeling heeft gehandeld. Evenmin wordt gesproken over een hogere drempel voor aansprakelijkheid. Daarnaast kan geconstateerd worden dat de rechtvaardiging van de Hoge Raad in de arresten *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop* voor het hanteren van een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder, te weten dat gedragingen van de bestuurder 'primair' gedragingen van de rechtspersoon zijn, in het Verenigd Koninkrijk niet bestaat.⁵¹

12.4 Externe bestuurdersaansprakelijkheid in België

12.4.1 Inleiding

Anders dan in Nederland, heeft de externe aansprakelijkheid van bestuurders in België een wettelijke grondslag in het vennootschapsrecht zelf. Art. 262 WvV bepaalt voor de 'zaakvoerders' van de besloten vennootschap het volgende:

50. HR 31 januari 1958, *NJ* 1958, 251 (*Van Dullemen/Sala*). Zie bijvoorbeeld: HR 26 maart 2010, *NJ* 2010, 189 (*Zandvliet/ING Bank*); HR 11 september 2009, *NJ* 2009, 565 (*ComSystems/Van den End q.q.*); HR 17 juni 2005, *JOR* 2005/234 m.nt. S.M. Bartman (*De Berghorst/Maas*); HR 3 april 1992, *NJ* 1992, 411 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Van Waning/Van der Vliet*).

51. Dat deze rechtvaardiging van de Hoge Raad mijns inziens niet deugt heb ik reeds uiteengezet in Westenbroek 2016b.

“De zaakvoerders zijn overeenkomstig het gemeen recht verantwoordelijk voor de vervulling van de hun opgedragen taak en aansprakelijk voor de tekortkomingen in hun bestuur.”

Art. 263 WvW luidt verder als volgt:

“De zaakvoerders zijn, hetzij jegens de vennootschap, hetzij jegens derden, hoofdelijk aansprakelijk voor alle schade die het gevolg is van overtreding van de bepalingen van dit wetboek of van de statuten van de vennootschap. Ten aanzien van de overtredingen waaraan zij geen deel hebben gehad, worden zij van die aansprakelijkheid slechts ontheven indien hun geen schuld kan worden verweten en zij die overtredingen hebben aangeklaagd op de eerste algemene vergadering nadat zij er kennis van hebben gekregen.”

Art. 264 WvW luidt voorts:

“Onverminderd artikel 263, zijn de zaakvoerders persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk voor de schade geleden door de vennootschap of door derden ten gevolge van beslissingen of verrichtingen die hebben plaatsgevonden met inachtneming van artikel 259, indien die beslissing of verrichting aan hen of aan een van hen een onrechtmatig financieel voordeel heeft bezorgd ten nadele van de vennootschap.”

In de artt. 527-529 WvV zijn dezelfde bepalingen opgenomen voor de ‘bestuurders’, ‘leden van het directiecomité’ en ‘dagelijks bestuurders’ van de naamloze vennootschap. Ik zal hierna gemakshalve blijven spreken van bestuurders.

Een bestuurder is op basis van voornoemde bepalingen rechtstreeks aansprakelijk jegens derden voor schending van het WvV. Die schending kan bestaan uit bijvoorbeeld (i) de niet-naleving van de zogenoemde alarmbelprocedure van art. 332 en art. 633 WvV,⁵² (ii) onregelmatigheid van de boekhouding, (iii) de afwezigheid en de niet-neerlegging van de jaarrekening, (iv) het ontbreken van notulen van de vergaderingen van de algemene vergadering of het bestuursorgaan, (v) vermogensvermenging, (vi) het gedurende jaren niet

52. Deze procedure houdt kort gezegd in dat het bestuur de aandeelhoudersvergadering bijeen moet roepen om te beraadslagen over ontbinding wanneer ten gevolge van geleden verlies het netto actief is gedaald tot de helft respectievelijk een vierde van het maatschappelijk kapitaal.

bereiken van het door de wet voorgeschreven aantal bestuurders, (vii) het gedurende jaren geen algemene vergadering houden of (viii) vereffening van de vennootschap zonder voorafgaande beslissing van de algemene vergadering. Een bestuurder is op basis van deze bepalingen voorts rechtstreeks aansprakelijk jegens derden voor schending van de statuten. Die schending kan bijvoorbeeld bestaan uit de aanwending van vennootschapsmiddelen voor andere doeleinden dan haar statutaire doel. Daarvan is in ieder geval sprake bij aanwending in het persoonlijk voordeel van een bestuurder en/of bij de inpandgeving van een handelszaak van de vennootschap voor een persoonlijke schuld van de zaakvoerder.⁵³

Hoewel in voormelde gevallen de grondslag voor aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de derde wordt gevonden in de schending van het WvV of de statuten (waarmee wettelijk is vastgelegd dat de normschending mede strekt tot bescherming van de derde), geldt dat de vordering van de derde op de bestuurder nog wel immer gebaseerd is op de gemeenrechtelijke onrechtmatige daad van de artt. 1382-1383 BBW.⁵⁴ De derde dient dus een causaal verband tussen de overtreding en de schade te bewijzen. Daarbij mag hij evenwel gebruikmaken van de wettelijke vermoedens van causaal verband vastgelegd voor bepaalde overtredingen uit het WvV. Voorbeelden van die overtredingen zijn niet-voorlegging en niet-neerlegging van de jaarrekening en schending van de alarmbeproevedure.⁵⁵

Afgezien van het brede scala aan normen die het WvV oplegt aan de bestuurder en die de bestuurder heeft te respecteren in zijn verhouding tot de derde, geldt dat de bestuurder, net zoals iedereen in België, door een derde kan worden aangesproken voor een schending van de algemene gemeenrechtelijke zorgvuldigheidsnorm, oftewel voor een onrechtmatige daad ex artt. 1382-1383 BBW. Zowel bestuurders, leden van het directiecomité, dagelijks bestuurders als feitelijk bestuurders kunnen op deze grondslag worden aangesproken. De bestuurder kan op deze grond aansprakelijk zijn tegenover zowel de vennootschap als derden.⁵⁶

53. K. Geens, M. Wyckaert, C. Clottens, F. Parrein, S. de Dier, S. Cools, 'Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1999-2010', *TPR* 2012, afl. 1, 73-683, p. 299-300; Rechtbank van Koophandel Tongeren 13 januari 2005, *RABG* 2005, 1570 m.nt. E. Janssens.

54. Artikelen 1382 e.v. BBW vormen het equivalent van de onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW.

55. Geens e.a. 2012, p. 298-299.

56. H. Braeckmans en R. Houben, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2012, p. 344 e.v. Met de bestuursovereenkomst wordt bedoeld de relatie tussen de bestuurder en de vennootschap.

12.4.2 *Interne aansprakelijkheid vs. gewone onrechtmatige daad*

Er bestaat in België een duidelijk onderscheid tussen (a) de onrechtmatige daad van de bestuurder jegens een derde, (b) de onrechtmatige daad van de vennootschap jegens een derde en (c) de zogenoemde ‘bestuursfout’ van de bestuurder jegens de vennootschap. Het is goed daarbij stil te staan omdat in Nederland deze drie categorieën aan het vervagen zijn door de eerdergenoemde normatieve convergentie en door de rechtvaardiging van de hoge drempel voor aansprakelijkheid door de Hoge Raad in de arresten *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop*.

Over de verhouding tussen de onrechtmatige daad van de bestuurder jegens een derde en de ‘bestuursfout’ jegens de vennootschap, schrijven Braeckmans en Houben dat het aantonen van een gewone bestuursfout onvoldoende is voor het vaststellen van de onrechtmatige daad:

“Zo kan bijvoorbeeld desinteresse in de activiteiten van de vennootschap een bestuursfout zijn, zonder daarmee een buitencontractuele fout te zijn. Dit belet evenwel niet dat een dergelijke inbreuk niet tegelijk een bestuursfout kan zijn of in een bestuursfout besloten kan liggen. Dat een inbreuk op de algemene zorgvuldigheidsnorm tevens een bestuursfout is, staat een vordering van derden dus niet in de weg (co-existentie van aansprakelijkheid).”⁵⁷

Met andere woorden: de inbreuk op de algemene zorgvuldigheidsnorm zorgt voor de aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de derde. Of die inbreuk wel of niet tevens een ‘bestuursfout’ is, is niet relevant. Dat een onrechtmatige daad van de bestuurder wordt gepleegd in de hoedanigheid van bestuurder, waardoor deze aan de vennootschap zou kunnen worden toegerekend, verandert daarom ook niets aan de op hem rustende normen:

“Bestuurders [zijn] t.a.v. derden aansprakelijk voor onrechtmatige daden die zij begaan in de uitoefening van hun mandaat. Dat deze onrechtmatige daad op grond van de orgaantheorie aan de rechtspersoon kan worden toegerekend indien zij wordt begaan binnen de formele kring van de bevoegdheid van het bestuursorgaan, betekent evenwel niet dat de bestuurders van aansprakelijkheid worden ontheven.”⁵⁸

57. Braeckmans & Houben 2012, p. 346.

58. Geens e.a. 2012, p. 308.

Het Hof van Cassatie onderbouwde in 2005 het beginsel dat de bestuurder zelfstandig aansprakelijk blijft voor de door hem (in hoedanigheid) gepleegde onrechtmatige daad.⁵⁹

“Dat algemeen beginsel wordt bevestigd door de regels van de lastgeving, aangezien de zaakvoerder optreedt in de hoedanigheid van lasthebber van de vennootschap. Krachtens de regels van de lastgeving blijft de lasthebber persoonlijk gehouden ten aanzien van derden voor de foutieve handelingen die hij jegens hen zou stellen, al kunnen zij de lastgever (van de vennootschap) aanspreken.”

Net als in Delaware en in het Verenigd Koninkrijk wordt in België – in het kader van de aansprakelijkheid van de bestuurder jegens een derde – dus de vergelijking getrokken met een uit het gemene recht bekende vertegenwoordigingsfiguur (lastgeving). Ook in België is de uitwerking daarvan dat de drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder dus niet ‘hoger’ is en dat de aansprakelijkheid van een bestuurder op een gelijke wijze wordt beoordeeld als de aansprakelijkheid van de lasthebber.

Volgens Braeckmans en Houben moet onderscheid worden gemaakt tussen aansprakelijkheid jegens (i) derden *“die volledig vreemd zijn aan enige overeenkomst met de vennootschap of de bestuurder”* en (ii) *“derden die wel een overeenkomst hebben met de vennootschap, maar derden zijn ten opzichte van de bestuurdersovereenkomst.”*⁶⁰ Met het onderscheid doelen zij enerzijds op aansprakelijkheid van de bestuurder voor een onrechtmatige daad van de vennootschap en anderzijds op de aansprakelijkheid van de bestuurder voor het niet nakomen van contractuele verplichtingen van de vennootschap. Ik zal hierna op het genoemde onderscheid ingaan.

12.4.3 Aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad vennootschap

Bestuurders kunnen jegens derden aansprakelijk zijn voor de onrechtmatige daden (‘buitencontractuele aansprakelijkheid’) gepleegd in de uitoefening van hun mandaat, ‘met dien verstande dat daarvoor de constitutieve elementen van een onrechtmatige daad worden aangetoond.’⁶¹ Een derde die door een onrechtmatige daad van de vennootschap schade lijdt, die naar zijn mening is veroorzaakt door een onrechtmatige daad van de bestuurder, dient louter fout, schade en oorzakelijk verband te bewijzen tussen de onrechtmatige daad van de bestuurder en de schade. Het moet gaan om een schending van het WvV of de

59. Hof van Cassatie 20 juni 2005, *TBH* 2005/892 m.nt. H. de Wulf en *TBH* 2006, 418 m.nt. A. Coibon, *DAOR* 2005, 340, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20050620-5.

60. Braeckmans & Houben 2012, p. 344 e.v.

61. Geens e.a. 2012, p. 308.

statuten dan wel een inbreuk op de ‘burgerrechtelijke algemene zorgvuldigheidsnorm’.⁶² Dit laatste wordt ook wel een ‘inbreuk op de algemene zorgvuldigheidsplicht’ genoemd.⁶³ Het Hof van Cassatie van België heeft in zijn arrest van 20 juni 2005 in dit verband geoordeeld:⁶⁴

“Net als iedereen moet de bestuurder of de zaakvoerder van een vennootschap, overeenkomstig de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, persoonlijk elke schade vergoeden die hij een ander door zijn schuld heeft toegebracht.(...) De aansprakelijkheid van een rechtspersoon voor een aquiliaanse fout⁶⁵ van één van zijn organen sluit in de regel de persoonlijke aansprakelijkheid van die organen niet uit, aangezien die aansprakelijkheden naast elkaar blijven bestaan.”

Oftewel, net zoals in Delaware en het Verenigd Koninkrijk zijn bestuurders in België onderworpen aan de ‘gewone’ regels van onrechtmatige daad. Daarbij wordt door het Hof van Cassatie in voormeld arrest expliciet opgemerkt dat de aansprakelijkheid van een bestuurder bestaat naast de aansprakelijkheid van de vennootschap.

12.4.4 Aansprakelijkheid in verband met overeenkomst tussen vennootschap en derde (leer van de ‘quasi-immuniteit’).

In België wordt nadruk gelegd op het feit dat de bestuurder in beginsel niet aansprakelijk is voor schade als gevolg van de tekortkoming door de vennootschap voor verplichtingen uit hoofde van een overeenkomst met een derde. De derde die een bestuurder wenst aan te spreken, kan zich dus ook niet beroepen op die tekortkoming zelf. In eerdergenoemd arrest van het Hof van Cassatie uit 2005 is in dit verband overwogen:⁶⁶

“Bij wanuitvoering van een contractuele verbintenis die tevens een miskenning uitmaakt van de algemene verplichting van voorzichtigheid, die iedereen dient na te leven (artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek), kunnen de derden die schade hebben geleden door die miskenning van de algemene verplichting van voorzichtigheid, zich trouwens niet rechtstreeks beroepen op de wanuitvoering van de contractuele verbintenis.”

62. Braekmans & Houben 2012, p. 345.

63. Hermans, Delwiche, Helsen 2015, afl. 53, II.G.20, p. 18.

64. Hof van Cassatie 20 juni 2005, *TBH* 2005/892 m.nt. H. de Wulf en *TBH* 2006, 418 m.nt. A. Coibon, *DAOR* 2005, 340.

65. De term ‘aquiliaanse fout’ is een in onbruik geraakte term die men vroeger in België gebruikte voor zogenoemde buitencontractuele aansprakelijkheid op grond van art. 1382 e.v. BBW (het equivalent van de onrechtmatige daad).

66. Hof van Cassatie 20 juni 2005, *TBH* 2005/892 m.nt. H. de Wulf en *TBH* 2006, 418 m.nt. A. Coibon, *DAOR* 2005, 340.

Ook hier is dit mijns inziens een vanzelfsprekend gevolg van rechtspersoonlijkheid. Terwijl in Delaware een wettelijke bepaling eraan is gewijd, is in België een leerstuk eraan gewijd, namelijk het leerstuk van de zogenoemde ‘quasi-immuniteit’:

*“Quasi-immuniteit impliceert dat bestuurders bij de (foutieve) uitvoering van contractuele verbintenissen van de vennootschap in beginsel niet aansprakelijk kunnen worden gesteld door de personen met wie de vennootschap contracteert. Bestuurders zullen alleen kunnen worden aangesproken wanneer de ten laste gelegde fout ook een inbreuk uitmaakt op de algemene zorgvuldigheidsplicht die op elk normaal en zorgvuldig bestuurder rust en de gevorderde schade anders is dan die welke voortvloeit uit de contractuele wanprestatie.”*⁶⁷

Net als in Delaware (en in Nederland) kan een bestuurder echter wel aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad in verband met een toerekenbare tekortkoming van de vennootschap onder die overeenkomst. Ten eerste geldt in dit verband dat het leerstuk van ‘quasi-immuniteit’ niet van toepassing is op de zogenoemde ‘precontractuele aansprakelijkheid’.⁶⁸ Het “aangaan van verbintenissen in naam van de vennootschap, terwijl de bestuurders wisten of redelijkerwijze behoorden te weten dat deze door de vennootschap niet konden nagekomen worden”⁶⁹ en de “misleiding van de medecontractant over de financiële toestand van de vennootschap”,⁷⁰ vormen in België daarom een (gewone) onrechtmatige daad.⁷¹ Het Hof van beroep te Gent verwoorde dit in 2012 – deels onder verwijzing naar eerdergenoemd arrest van het Hof van Cassatie uit 2005 – als volgt:⁷²

“De fout die het orgaan van een vennootschap begaat bij de besprekingen die tot een overeenkomst met een derde hebben geleid, brengt rechtstreeks de verbintenissen en de aansprakelijkheid van de vertegenwoordigde rechtspersoon in het gedrang, maar dit sluit de persoonlijke aansprakelijkheid van het orgaan niet uit. In geval van een precontractuele fout van een orgaan van

67. Braekmans & Houben 2012, p. 346. In een arrest van 7 november 1997 van het Hof van Cassatie (TRV 1998, 284 e.v.) achtte het Hof van Cassatie de leer van de ‘quasi-immuniteit’ van de uitvoeringsagent van toepassing op de bestuurders van vennootschappen.

68. Geens e.a. 2012, p. 310.

69. Vgl. de schending van de *Beklamel*norm.

70. Hetgeen ook in een *Beklamel*geval aan de bestuurder zou kunnen worden verweten.

71. P. Ernst, ‘Actualia Vennootschapsrecht: Bestuurdersaansprakelijkheid, Recente evoluties’, *CBR Jaarboek 2013-2014*, Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2013, p. 101.

72. Hof van beroep Gent 13 februari 2012, *DAOR* 2012, 102, p. 206-210.

een vennootschap, die een schending uitmaakt van de algemene zorgvuldigheidsplicht, bestaat diens aansprakelijkheid jegens derden naast de aansprakelijkheid van de vennootschap. De leer van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent vormt geen hinderpaal voor de precontractuele aansprakelijkheid van de bestuurder n.a.v. overeenkomsten die hij heeft gesloten in naam van de vennootschap. De persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder kan in het gedrang komen wanneer hij derden heeft misleid inzake de financiële toestand van de vennootschap. Tussen de onderhandelende partijen bestaat een bijzondere zorgvuldigheidsplicht, die zich voornamelijk uit in een informatieplicht omtrent alle essentiële gegevens die de medecontractant nodig heeft om zijn/haar contractpositie juist in te schatten. Een schending daarvan leidt tot de verplichting om conform artikel 1382 BW de aan de medecontractant berokkende schade te vergoeden.”

Ten tweede geldt een weerlegbaar vermoeden dat de ontstane schade van buitencontractuele aard is wanneer de door de bestuurder begane fout, waardoor de vennootschap haar contractuele verplichtingen niet nakomt, ook een misdrijf oplevert. Braeckmans en Houben⁷³ merken daarbij op dat er “*toch wel talrijke*” gevallen zijn waarin de fout ook een misdrijf oplevert. Geens en anderen auteurs merken op dat een bestuurder “*in de meeste gevallen*” alleen, maar buitencontractueel kan worden aangesproken (dus op grond van onrechtmatige daad) wanneer hij een misdrijf heeft gepleegd.⁷⁴ Met “*meeste gevallen*” lijken zij te suggereren dat ook gevallen denkbaar zijn waarbij dit mogelijk is zonder dat een misdrijf is gepleegd, maar zeker is dat niet.

Tot slot geldt vanzelfsprekend dat wanneer de niet-nakoming door de vennootschap van haar verplichtingen een gevolg is van de schending door de bestuurder van het WvV, de statuten of de hiervoor bedoelde burgerrechtelijke algemene zorgvuldigheidsnorm, dit een zelfstandige grond voor aansprakelijkheid blijft opleveren.

12.5 Conclusie: geen normatieve convergentie in het buitenland

Sinds het arrest *Ontvanger/Roelofsen*⁷⁵ wordt in het kader van externe bestuurdersaansprakelijkheid in Nederland een (‘systematisch’) toetsingsmodel gehanteerd. Daarin wordt de vraag gesteld of een schuldeiser van de rechtspersoon is benadeeld door het onbetaald blijven van diens vordering op de rechtspersoon. Vervolgens wordt een theoretisch onderscheid gemaakt tussen (i) aansprakelijkheid van degene die als bestuurder namens de rechtspersoon heeft gehandeld

73. Braeckmans & Houben 2012, p. 345-346.

74. Geens e.a. 2012, p. 310.

75. HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*), r.o. 3.5.

en (ii) aansprakelijkheid van degene die als bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de rechtspersoon zijn wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt (zie par. 10.2.6). In beide gevallen moet een ‘ernstig verwijt’ bestaan dat een hoge drempel voor aansprakelijkheid vormt. Die hoge drempel wordt mede gerechtvaardigd door het gegeven dat ‘*primair*’ sprake is van handelingen van de rechtspersoon (of anders gezegd, omdat deze handelingen aan de rechtspersoon worden toegerekend) (zie par. 9.4.3). Nederland verschilt hierin met de hiervoor besproken rechtssystemen.

Opvallend is dat zowel Delaware, het Verenigd Koninkrijk als België in het kader van de eventuele aansprakelijkheid van een bestuurder voor handelingen verricht in de uitoefening van zijn functie, nadrukkelijk wijzen op de gemeenrechtelijke begrippen van vertegenwoordiging en lastgeving. Die redenering lijkt mij ook voor Nederland juist. Een bestuurder is een vertegenwoordiger van de rechtspersoon. Ook in Nederland geldt het beginsel dat de vertegenwoordiger verantwoordelijk blijft voor zijn eigen gedrag en de persoonlijke rechtsplicht heeft zich te onthouden van gedragingen die in strijd zijn met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt (zie par. 10.5.5).⁷⁶ Doet hij dat niet, dan is hij *primair* aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad, ook als zijn handelen kan worden toegerekend aan de rechtspersoon en/of de rechtspersoon aansprakelijk is op grond van de kwalitatieve aansprakelijkheid van art. 6:172 BW. Het feit dat handelingen van een bestuurder kunnen worden toegerekend aan de rechtspersoon (waardoor de rechtspersoon ook ‘*primair*’ aansprakelijk is), vormt in geen van de onderzochte rechtssystemen een rechtvaardiging voor het hanteren van een hoge drempel voor aansprakelijkheid.

In Delaware, het Verenigd Koninkrijk en België wordt voorts niet eerst de vraag gesteld of een schuldeiser van de rechtspersoon is benadeeld door het onbetaald blijven van diens vordering op de rechtspersoon. De nadruk wordt gelegd op het onderscheid tussen:

- (i) schade veroorzaakt door eigen onrechtmatig handelen van de bestuurder, waaronder tevens wordt begrepen de bestuurder die het ertoe leidt dat de rechtspersoon onrechtmatig handelt; en
- (ii) schade veroorzaakt door het niet nakomen van een contractuele verplichting door de rechtspersoon, in welk verband de bestuurder aansprakelijk kan zijn als hij onrechtmatig handelt.

76. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/99. Zie ook: HR 4 februari 1977, *NJ* 1977, 278 m.nt. G.J. Scholten (*Gerritsen/Zwaan*).

Ten aanzien van de eerste categorie geldt zonder meer dat geen hogere drempels voor aansprakelijkheid bestaan dan die gelden voor alle vertegenwoordigers in het gemene recht. Zowel in Delaware ('commit, participate in, or inspire' of 'directed, ordered, ratified, approved, or consented to'),⁷⁷ het Verenigd Koninkrijk ('commits a tortious act' of 'directed or procured')⁷⁸ als in België ('een inbreuk op een (burgerrechtelijke) algemene zorgvuldigheidsnorm en/of zorgvuldigheidsplicht')⁷⁹ wordt louter gekeken naar de vraag of de bestuurder *persoonlijk* (hoofdelijk) een onrechtmatige daad heeft gepleegd (al dan niet door *persoonlijk* betrokken te zijn geweest bij de onrechtmatige daad van de rechtspersoon).

Ten aanzien van de tweede categorie wordt in alle besproken rechtssystemen duidelijkheidshalve erop gewezen dat de bestuurder niet aansprakelijk is voor het niet nakomen van contractuele verplichtingen van de rechtspersoon (hetgeen een vanzelfsprekend gevolg is van rechtspersoonlijkheid). Dit neemt niet weg dat de bestuurder in verband met deze niet-nakoming nog wel persoonlijk aansprakelijk kan zijn op grond van onrechtmatige daad. Dat is in ieder geval mogelijk in gevallen van te kwader trouw handelen (te vergelijken met de *nakomingsfrustratie*-norm), 'fraud', 'precontractuele aansprakelijkheid' (te vergelijken met de *Beklamel*-norm) of een misdrijf. Steeds staat daarbij de vraag centraal of de bestuurder *persoonlijk* een op hem rustende specifieke zorgvuldigheidsverplichting schendt jegens de derde.

Er is in geen van de besproken rechtssystemen sprake van normatieve convergentie, integendeel. Het onderscheid tussen de vennootschapsrechtelijke normen (zoals de business judgment rule) en de gemeenrechtelijke normen ('tort') wordt benadrukt. De aansprakelijkheid van de bestuurder jegens een derde wordt uitsluitend beoordeeld op grond van de gemeenrechtelijke normen. In België kan de derde daarbij zelfs ook een beroep doen op schending van de vennootschapsrechtelijke normen. De maatstaf voor aansprakelijkheid wordt door de hiervoor bedoelde gemeenrechtelijke normen bepaald. Een maatschappelijke wens dat de bestuurder moet kunnen ondernemen of primair en secundair daderschap (beide elementen worden in *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop* genoemd ter rechtvaardiging van een hoge drempel van aansprakelijkheid), spelen daarin geen rol.

77. Delaware Superior Court, 31 augustus 2015, C.A. No. S14L-12-035 MJB (*Yavar Rzayev, LLC v. Marvin B. Roffman*).

78. House of Lords, 6 november 2002, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2002/43.html> (*Standard Chartered Bank v Pakistan Shipping Corporation*), par. 20 en 40.

79. Hof van beroep Gent 13 februari 2012, *DAOR* 2012, 102, p. 206-210.

RECHTSVERGELIJKING EXTERNE BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID

Er bestaan geen hogere drempels voor aansprakelijkheid, er bestaan geen 'gewone' en 'ongewone' regels van onrechtmatige daad en er bestaat geen verschil tussen enerzijds externe bestuurdersaansprakelijkheid en anderzijds de schending van een persoonlijk op de bestuurder rustende zorgvuldigheidsverplichting. Een met de ernstigverwijtmaatstaf vergelijkbare zwaardere maatstaf voor aansprakelijkheid bestaat evenmin in de onderzochte rechtssystemen.

Hoofdstuk 13. Eindconclusie: de ernstigverwijtmaatstaf leidt tot bange bestuurders, burgers en rechtspersonen en dient te worden losgelaten

Het onderzoek heeft samengevat geleid tot de volgende conclusies, waarvan ik mij bewust ben dat daarin een bepaalde mate van stelligheid zit. Dat is echter nu eenmaal inherent aan het formuleren van zinvolle conclusies:

Interne bestuurdersaansprakelijkheid

- (i) De in 1997 in het arrest *Staleman/Van de Ven* geïntroduceerde ernstigverwijtmaatstaf voor interne bestuurdersaansprakelijkheid is een onnodige verdere invulling van art. 2:9 BW en van het begrip ‘onbehoorlijke taakvervulling’ als bedoeld in art. 2:9 BW. Daarmee wordt ten onrechte een institutioneel taalkundig schuldbegrip geïntroduceerd dat niet past bij de objectieve toets die gehanteerd dient te worden volgens de ratio van art. 2:9 BW.
- (ii) De ernstigverwijtmaatstaf voor interne bestuurdersaansprakelijkheid creëert onduidelijkheid over (a) de betekenis, ratio en systematiek van art. 2:9 BW, die uitgaat van een op het collegialiteitsbeginsel gebaseerde gezamenlijke verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid van het bestuur als collectief, met de mogelijkheid van disculpatie voor de individuele bestuurder, en (b) de daarmee samenhangende door de wetgever beoogde stelplicht- en bewijslastverdeling.
- (iii) De codificatie per 1 januari 2013 van de ernstigverwijtmaatstaf in art. 2:9 BW en het Voorstel van Wet bestuur en toezicht rechtspersonen van 8 juni 2016 nemen de hiervoor geconstateerde onduidelijkheid niet weg.
- (iv) De termen ‘onbehoorlijk bestuur’, ‘(on)behoorlijke taakvervulling’ en ‘kennelijk onbehoorlijke taakvervulling’ impliceren dezelfde gedragsnormen die op de individuele bestuurder rusten. Het verdient de voorkeur om in art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW steeds van dezelfde term te spreken, zijnde ‘(on)behoorlijke taakvervulling’ dat zowel omvat ‘inhoudelijk’ als ‘collegiaal’ (on)behoorlijke taakvervulling.

Externe bestuurdersaansprakelijkheid

- (v) De in 2006 in het arrest *Ontvanger/Roelofsen* geïntroduceerde ernstig-verwijtmaatstaf voor externe bestuurdersaansprakelijkheid lijkt vooral te zijn gebaseerd op woordkeuze uit jurisprudentie in de periode tussen 1997 en 2006, zonder dat daar een rechtstheoretische en rechtspolitieke rechtvaardiging aan ten grondslag ligt.
- (vi) De alsnog in 2014 in *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop* gegeven rechtstheoretische en rechtspolitieke rechtvaardiging voor de toepassing van de ernstigverwijtmaatstaf bij externe bestuurdersaansprakelijkheid lijken voorbij te gaan de beginselen van rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit. De wettelijke grondslag voor externe bestuurdersaansprakelijkheid is art. 6:162 BW en vereist slechts dat de bestuurder heeft gehandeld in strijd met een persoonlijk op hem rustende zorgvuldigheidsverplichting.

Interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid

- (vii) Voor zover de bestuurder zou moeten worden beschermd tegen te snelle interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid is die bescherming een direct gevolg van de betekenis van het begrip ‘onbehoorlijke taakvervulling’ als bedoeld in art. 2:9 BW voor interne aansprakelijkheid en van rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit voor externe bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW. De ernstigverwijtmaatstaf en de daarin bedoelde ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’ is daarvoor onnodig.
- (viii) Het streven naar zogenoemde normatieve convergentie (lees: het streven naar een uniforme maatstaf voor interne en externe aansprakelijkheid) is onnodig en onwenselijk, omdat geen sprake is van samenloop van rechtsregels en de normen verschillende belangen beogen te beschermen. Dit neemt niet weg dat de op de bestuurder rustende verbintenissen om de bestuurstaak inhoudelijk en collegiaal behoorlijk te vervullen, als gevolg van de bewaarnemersrol die de bestuurder vervult in het maatschappelijk verkeer, art. 6:162 BW kunnen inkleuren. In de rechtspraak en doctrine verdient deze bewaarnemersrol meer aandacht.
- (ix) De rechter dient de wet toe te passen. De ‘rechtsvormende’ taak van de rechter beperkt zich in beginsel tot het interpreteren, uitleggen en verfijnen van open normen die een wettelijke basis hebben. De rechter dient zich daarbij zo veel als mogelijk te houden aan de taal van de wetgever. Hij dient voorts rekening te houden met het institutionele karakter van taal binnen het recht. De totstandkoming en het gebruik van de ernstigverwijtmaatstaf lijkt hiermee niet te rijmen. De toepassing daarvan heeft voorts een dusdanige invloed op de toepassing en interpretatie van art. 2:9 BW (dat blijkt ook uit de codificatie in art. 2:9 BW) en art. 6:162 BW dat

daarmee minst genomen de vraag dient te worden gesteld of de Hoge Raad daarmee niet te veel voorbij is gegaan aan zijn primaire taak om de wet toe te passen en of hij daarmee rechtspolitiek heeft bedreven. Deze vraag dient mijns inziens positief beantwoord te worden en dat is staatsrechtelijk niet te rechtvaardigen.

- (x) De ernstigverwijtmaatstaf leidt tot onnodige juridisering, onnodige belasting van de rechterlijke macht, tot een gebrek aan eenheid in de rechtspraak en literatuur en tot onnodig ingewikkelde en in sommige gevallen onjuiste rechtspraak over interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid.

De huidige ontwikkeling in de rechtswetenschap leidt tot een grillig en onsaamenhangend beeld van arresten van de Hoge Raad over bestuurdersaansprakelijkheid.¹ In zijn conclusie bij het arrest *Breeweg/Wijnkamp*, waarin de ernstigverwijtmaatstaf een rol speelde, overwoog A-G Spier:

*“Kort en goed: ik besef dat de rechtsontwikkeling al een eindje is doorgeschoten in een richting die m.i. niet in alle opzichten gelukkig is. Maar dat is een gegeven.”*²

Wat A-G Spier hier precies mee bedoelde is niet zeker.³ Wat daar ook van zij, ik vind dat ook niet zo belangrijk, de zinsnede op zichzelf bezien acht ik zonder meer op zijn plaats in het kader van mijn betoog. De rechtsontwikkeling is inderdaad al een eindje doorgeschoten in een richting die ook naar mijn mening niet in alle opzichten gelukkig is. Maar dat kan worden rechtgezet. Gelet op het belang dat de ernstigverwijtmaatstaf inmiddels heeft verworven door de literatuur, de rechtspraak en de wetgever, zou men kunnen betogen dat dit rechtzetten afbreuk kan doen aan de bestendige lijn in de jurisprudentie en aan de recente codificatie. Daardoor zou juist meer onduidelijkheid en meer rechtsonzekerheid kunnen ontstaan. Hoewel die gedachte begrijpelijk is, zou deze gedachte impliceren dat men niet meer zou mogen afwijken van het reeds ingeslagen pad en niet meer zou mogen terugkomen op in het verleden gemaakte keuzes, terwijl men inmiddels beter zou weten. Dat lijkt mij een onwenselijke conclusie. Men kan in dat verband niet eraan voorbijgaan dat de ernstigverwijtmaatstaf rechtstheoretisch niet te rechtvaardigen is.

1. Van Veen 2016, par. 3.4.

2. HR 18 september 2015, *NJ* 2016, 66 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2015/289 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Breeweg/Wijnkamp*).

3. Zie de discussie hierover in Van Bekkum 2016, Westenbroek 2016a en Westenbroek 2016c. Gelet op de conclusie van A-G Spier bij HR 18 januari 2002, *NJ* 2002, 96 (*Textile Company APS/Steins*), r.o. 3.14 waarin hij expliciet overwoog dat voor externe bestuurdersaansprakelijkheid geen ernstig verwijt is vereist, meen ik te kunnen herleiden dat A-G Spier doelt op de ontwikkeling van deze ernstigverwijtmaatstaf.

In het kader van interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid zou gewoon (weer) moeten worden gesproken over de predikaten ‘onbehoorlijke taakvervulling’ respectievelijk ‘onrechtmatige daad’. De codificatie van de ernstigverwijtmaatstaf dient door de wetgever te worden teruggedraaid en het wetsvoorstel van 8 juni 2016 biedt daarvoor een goede mogelijkheid. Het loslaten van de ernstigverwijtmaatstaf vergt een paradigmawijziging waarin, zoals in de inleiding van dit proefschrift beschreven, de rechterlijke macht en de meerderheid vertegenwoordigende literatuur een belangrijke verantwoordelijkheid hebben. Timmerman omschreef recentelijk hoe volgens hem het raamwerk van de bestuurdersaansprakelijkheid op dit moment in elkaar steekt.⁴ Hij vond dat het een goed uit te leggen en ook te verdedigen systeem was en dat men ongelijk heeft als men zijn verhaal niet consistent vindt. Zoals ik in par. 1.3 heb uiteengezet kan men in rechtspolitiek niet echt spreken over juist of onjuist (gelijk of ongelijk). Hoewel dat in de rechtstheorie naar mijn mening wel mogelijk is, moet ik onderkennen dat ook daarover de meningen kunnen verschillen. Ik hoop echter dat de rechtswetenschap na bestudering van mijn proefschrift open is gaan staan voor de mogelijkheid dat de thans tot een paradigma verheven ernstigverwijtmaatstaf minder vanzelfsprekend is dan tot nu toe is aangenomen. Sterker, dat deze dient te worden losgelaten. Zoals in de inleiding reeds opgemerkt, merk ik daarbij op dat mijn beschouwingen zeker niet allemaal volstrekt nieuw zijn. Ik heb in mijn proefschrift diverse keren (hoog)geleerde auteurs aangehaald die inconsistenties in het systeem hebben geconstateerd (zie ook de citaten in par. 1.2.4).⁵ In mijn proefschrift heb ik deze inconsistenties samengevoegd en in onderlinge samenhang beschouwd tezamen met de door mij gedane constatering. Daardoor kon ik mijn analyse meeromvattend maken en verdergaande conclusies verbinden aan de ook door hen geconstateerde inconsistenties. Deze conclusies verdienen naar mijn mening een kritische herbezinning van het systeem.

4. Timmerman 2016 (zie par. 25), als reactie op onder meer Van Veen 2016, par. 3.4.

5. Zie naast mijn eigen artikelen bijvoorbeeld: Glasz 1986; Blanco Fernández 1993, p. 174-179; Glasz, Beckman & Bos 1994, p. 113-114; Van der Vlis 1994; Glasz 1995, p. 48; Blanco Fernández 2000, p. 474; Assink & Olden 2005, p. 9-16; Assink 2010, par. 55 e.v.; Strik 2010, p. 23 en 27; Assink 2011, par. 2.V, Onderwerp 2; Assink & Slagter 2013, *Compendium Ondernemingsrecht*, p. 1172; Huizink 2011, p. 9; Huizink 2013; Bartman 2014; Verstijlen 2013; Verstijlen 2015; Karapetian 2015a; Karapetian 2015b; Tuil 2015; Van Veen 2016. Sommige auteurs hebben de geconstateerde inconsistenties later weggeschreven door de ernstigverwijtmaatstaf een ‘plaats’ te geven in het wettelijk systeem. Na de introductie van de maatstaf door de Hoge Raad, heeft de betekenis van de ernstigverwijtmaatstaf zich dan ook met name in de doctrine verder ontwikkeld. Dit verklaart de grote hoeveelheid literatuur over dit onderwerp.

In het Jaarboek Corporate Governance werd de vrees uitgesproken dat het Nederlandse ondernemingsrecht meer en meer verworden is tot een wetenschap die voor de niet-specialist nog nauwelijks te doorgronden is en dat het, voor degenen die met het onderwerp bestuurdersaansprakelijkheid worden geconfronteerd, lastig kan zijn regelgeving en jurisprudentie te vertalen naar de praktijk. Dat wringt in het bijzonder daar waar regelgeving en rechtspraak voor de persoonlijke (vermogens)positie van bestuurders en commissarissen vergaande gevolgen kunnen hebben.⁶

Bange bestuurders is het gevolg: de keerzijde is ook bange rechtspersonen en bange burgers. Want als de normen voor de bestuurder die aansprakelijkheid vreest vaag zijn, hebben rechtspersonen, aandeelhouders en derden net zo veel te vrezen van het gegeven dat zij niet weten wat zij van hun bestuurder of vertegenwoordiger van hun wederpartij-rechtspersoon mogen verwachten.

In het externe bestuurdersaansprakelijkheidsrecht wringt dit te meer. Derden moeten erop kunnen vertrouwen dat voor bestuurders van (en voor alle andere betrokkenen bij) rechtspersonen, zonder welke rechtspersonen niet kunnen functioneren, tenminste dezelfde maatschappelijke betamelijkheidsnormen gelden als voor ieder andere natuurlijk persoon in het maatschappelijk verkeer. Derden weten al dat zij handelen met een rechtspersoon en dat een risico bestaat dat die rechtspersoon geen verhaal biedt. Zij weten dat zij zich dan in beginsel niet kunnen wenden tot de bestuurders en aandeelhouders.⁷ Daar zorgt rechtspersoonlijkheid voor. Zij moeten kunnen vertrouwen op de geobjectiverde kennis en capaciteiten van de bestuurder en op de bewaarnemersrol die de bestuurder in relatie tot de rechtspersoon vervult in het maatschappelijk verkeer. Die bewaarnemersrol brengt juist aanvullende maatschappelijke betamelijkheidsnormen met zich. Deze bewaarnemersrol verdient meer aandacht in de literatuur en rechtspraak. Derden moeten niet het idee hebben dat, wanneer zij handelen met een rechtspersoon, zij zich in een bepaalde verdergaande gevarenzone begeven omdat de bestuurder van die rechtspersoon zijn beslissingen niet *“in onwenselijke mate door defensieve overwegingen”* hoeft te laten bepalen. Ook zouden zij niet moeten vrezen dat de bestuurder zich kan verschuilen achter

6. Fleming 2014, par. 6.1.

7. Timmerman 2016 stelde in voetnoot 20 ter verdediging van de ernstigverwijtmaatstaf dat een schuldeiser van de rechtspersoon zich op twee vermogens (dat van de vennootschap en dat van de bestuurder) kan verhalen. Dit gegeven is zijns inziens relevant voor het beantwoorden van de vraag onder welke omstandigheden een bestuurder aansprakelijk dient te zijn. Ik draai deze stelling liever om: derden weten al dat zij handelen met een rechtspersoon en dus dat een risico bestaat dat die rechtspersoon geen verhaal biedt en dat zij zich dan in beginsel niet kunnen wenden tot de bestuurders en aandeelhouders. Dat vormt reden te meer derden te beschermen tegen bestuurders die het niet zo nauw nemen met de maatschappelijke betamelijkheid.

de rechtspersoon omdat zijn gedragingen ‘primaire’ gedragingen van de rechtspersoon zouden zijn, waardoor voor de bestuurder een ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’ zou bestaan. Zouden ze dat idee wel hebben, dan krijg je geen ‘bange bestuurders’, maar ‘bange burgers’. Zij zullen (al dan niet in hoedanigheid van bestuurder van een andere rechtspersoon) terughoudend worden om met rechtspersonen te handelen omdat de natuurlijke personen, die namens de rechtspersoon handelen, minder voorzichtig hoeven te zijn en hen kennelijk aan een groter gevaar zouden mogen blootstellen dan een willekeurig ander natuurlijk persoon dat zou mogen doen.⁸ Dit ondermijnt de ratio achter rechtspersoonlijkheid, namelijk dat natuurlijke personen in het georganiseerd verband van ‘de rechtspersoon’, als door de wetgever gecreëerd (abstract) rechtssubject, aan het maatschappelijk (economisch) verkeer kunnen deelnemen, zonder dat zij daarbij steeds persoonlijk verplichtingen moeten aangaan.

Kort en goed, de ernstigverwijtmaatstaf dient naar mijn mening te worden losgelaten voor zowel de beoordeling van interne als externe bestuurdersaansprakelijkheid. Het loslaten van de ernstigverwijtmaatstaf leidt niet tot snellere aansprakelijkheid van bestuurders dan thans in de rechtspraak wordt aangenomen. Dat neemt niet weg dat ik in dit proefschrift een enkele keer heb moeten constateren dat uitspraken in mijn ogen anders hadden moeten uitpakken (zie par. 6.4, 6.7 en par. 10.2.6). Ik denk dat die uitspraken vooral een gevolg zijn een onjuiste toepassing van de wet, welke onjuiste toepassing is veroorzaakt door de onduidelijkheid die is ontstaan als gevolg van de ongelukkige rechtstheoretische ontwikkelingen die ik in dit proefschrift heb uiteengezet.

Voor bestuurders van *alle* rechtspersonen (ook die geen onderneming drijven) geldt dat zij niet steeds intern aansprakelijk zijn voor een (beleids)beslissing die – soms in een sfeer van onzekerheid – wordt genomen, waarvan de uitkomst onzeker is en die achteraf voor de rechtspersoon minder goed uitpakt dan gedacht. Dat is een gevolg van de betekenis van onbehoorlijke taakvervulling als bedoeld in art. 2:9 BW en dat geldt voor *alle* rechtspersonen. Daarnaast geldt voor bestuurders van *alle* rechtspersonen dat zij jegens derden bescherming genieten als gevolg van rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit. De ernstigverwijtmaatstaf is voor dit alles niet nodig. Net zo min als de door de Hoge Raad gegeven rechtvaardiging voor die maatstaf in de arresten *Willemsen/NOM*, *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop*.

Het loslaten van de ernstigverwijtmaatstaf en het uniformeren van de terminologie in art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW leidt wel tot duidelijkheid en rechtszekerheid. Bestuurders, rechtspersonen en derden hebben recht op duidelijkheid over de omstandigheden waarin en de grondslagen waarop bestuurders

8. Het in par. 9.4.3 en 10.2.6 besproken arrest *RCI/Kastrop* en de door Tuil omschreven gevolgen daarvan (zie eveneens par. 10.2.6) vormen daar een goed voorbeeld van.

persoonlijk aansprakelijk zijn jegens de rechtspersoon, de boedel en de derde. Oftewel, rechtszekerheid door duidelijkere rechtspraak en door gebruik te maken van de wettelijke kaders die de wetgever in dat verband heeft gegeven.

Waar het betreft de interne aansprakelijkheid betekent dit dat voor zover het al wenselijk zou zijn de open term ‘onbehoorlijke taakvervulling’ nader in te vullen en deze nadere invulling ook te codificeren, het zaak is dat niet te doen met een andere open term zoals de ernstigverwijtmaatstaf uit *Staleman/Van de Ven*. Die term moet dus worden losgelaten. De aangewezen weg lijkt mij het collegialiteitsbeginsel duidelijker in de wet te verankeren, ook bij art. 2:138/248 BW. Daarnaast zou aansluiting moeten worden gezocht bij de jurisprudentie van de Hoge Raad op het gebied van het enquêterecht en de gelijklopende jurisprudentie op het gebied van aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaars: “*heeft de bestuurder gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend bestuurder te werk zou zijn gegaan*” (zie par. 3.7.4 en par. 3.7.7). Ik doe in dit verband in hoofdstuk 8 een nieuw voorstel voor art. 2:9 BW. Het in het verleden in de literatuur gevoerde om betoog over te gaan tot de introductie van met de ‘*business judgment rule*’ vergelijkbare normen zou uiteraard nadere invulling kunnen geven.⁹

Waar het betreft de externe aansprakelijkheid betekent dit dat – in lijn met de rechtssystemen in Delaware, het Verenigd Koninkrijk en België – art. 6:162 BW weer *gewoon* toegepast moet worden. De Hoge Raad kan dat doen aan de hand van onder meer de *inhoudelijke* criteria die hij heeft geformuleerd vóór het arrest *Ontvanger/Roelofsen* in de standaardarresten *Beklamel* en *Van Dullemen/Sala*. Daarbij dient geen gebruik meer te worden gemaakt van de ernstigverwijtmaatstaf. De Hoge Raad zou daarbij voorts moeten onderkennen dat deze criteria slechts *voorbeelden* vormen van onrechtmatig handelen van een bestuurder van een rechtspersoon. Dit zijn niet de *enige* criteria die relevant zijn. Steeds zal de vraag moeten worden gesteld of de bestuurder persoonlijk een zorgvuldigheidsnorm jegens de derde heeft geschonden. In dat kader zijn alle omstandigheden van het geval relevant en niet slechts omstandigheden die passen in het toetsingsmodel van *Ontvanger/Roelofsen*. De omstandigheden in *RCI/Kastrop* zouden kunnen hebben geleid tot een zinvolle aanvulling op de bestaande criteria uit *Beklamel* en *Van Dullemen/Sala*. Het zou hoe dan ook goed zijn als meer concrete omstandigheden/normen worden omschreven/vastgesteld die relevant kunnen zijn bij de vraag wanneer een bestuurder aansprakelijk is jegens een derde die handelt met de door die bestuurder vertegenwoordigde rechtspersoon.

9. Zie onder andere: Assink 2005; Assink 2007, p. 1-4; Assink 2008; Kroeze 2005, p. 18; Timmerman 2009a; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/448. Het gaat het bestek van dit proefschrift te buiten daar verder op in te gaan.

HOOFDSTUK 13

Tot slot, hoewel de omvang van dit proefschrift anders doet vermoeden, beoog ik de theoretische kaders van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht juist eenvoudiger te maken. De omvang van dit proefschrift laat naar mijn mening met name zien dat dit nodig is. In de afgelopen decennia zijn er verschillende momenten geweest waarin de vrees voor te snelle aansprakelijkheid van bestuurders heeft geleid tot het onnodig complex maken van de wettelijke kaders van bestuurdersaansprakelijkheid (zoals de invoering van het woord ‘kennelijk’ in art. 2:138/248 BW en de term ‘ernstig verwijt’ in art. 2:9 BW) en van de rechtstheorie daaromheen. Door terug te gaan naar de algemene (civielrechtelijke) beginselen die relevant zijn in het kader van interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid, heb ik getracht duidelijk te maken dat die vrees en de rechtsontwikkeling die dat heeft losgemaakt ongegrond en onnodig is. De theorie rondom bestuurdersaansprakelijkheid dient niet zo ingewikkeld te zijn als deze inmiddels is gemaakt. Laten we teruggaan naar de basis.

Samenvatting en conclusies

Inleiding (Hoofdstuk 1)

Dit proefschrift handelt over de aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen in Nederland.¹ Het handelt zowel over de aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de rechtspersoon (de zogenoemde ‘interne bestuurdersaansprakelijkheid’), als over de aansprakelijkheid van de bestuurder jegens derden (de zogenoemde ‘externe bestuurdersaansprakelijkheid’). Interne bestuurdersaansprakelijkheid is gebaseerd op art. 2:9 BW. Externe bestuurdersaansprakelijkheid is gebaseerd op art. 6:162 BW (onrechtmatige daad). Het onderzoek richt zich specifiek op de zogenoemde ‘ernstigverwijtmaatstaf’, die in de jurisprudentie en literatuur is ontwikkeld voor beide vormen van aansprakelijkheid, en op het daarin vervatte paradigma dat sprake is van een zogenoemde ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’.

De introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht vindt haar oorsprong in literatuur die in 1986 verscheen naar aanleiding van twee op het gebied van arbeidsrecht gewezen arresten uit 1975 (*Schenkelaars Muziekinstrumentenfabriek*)² en 1983 (*Debrot*).³ In die arresten liet de Hoge Raad zich uit over de maatstaf die dient te worden gehanteerd bij de beoordeling van aansprakelijkheid van een werkgever jegens een werknemer, respectievelijk een werknemer jegens een werkgever. De Hoge Raad oordeelde

1. Duidelijkheidshalve zal ik in deze samenvatting verwijzen naar de in dit proefschrift meest belangrijke jurisprudentie en parlementaire geschiedenis. De resultaten van mijn onderzoek zijn op afzonderlijke momenten eerder al deels gepubliceerd. Zie: 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, afl. 11, p. 353-366; W.A. Westenbroek, ‘Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening’, *Ondernemingsrecht* 2016/24, afl. 3, p. 112-121; W.A. Westenbroek, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid: Hoe iets is en hoe iets behoort te zijn. Naschrift naar aanleiding van de reactie van Mr. drs. J. van Bekkum op Ondernemingsrecht 2016/24’, *Ondernemingsrecht* 2016/98, p.487-489; W.A. Westenbroek, ‘Artikel 2:9 BW en de ernstig verwijt maatstaf bij bestuurdersaansprakelijkheid’, *RM Themis* 2016/4, p. 175-192; W.A. Westenbroek, ‘De schaduwzijde van de ontwikkeling in het rechtspersonenrecht: de ‘ernstig verwijt’-maatstaf en ‘externe werknemersaansprakelijkheid’’, *WPNR* 2017/7144, p. 276-286.
2. HR 27 juni 1975, *NJ* 1976, 81 m.nt. G.J. Scholten (*Schenkelaars Muziekinstrumentenfabriek*).
3. HR 4 februari 1983, *NJ* 1983, 543 m.nt. P.A. Stein (*Debrot*).

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

in het eerste arrest dat een werkgever altijd jegens de werknemer aansprakelijk is voor door deze werknemer geleden schade in de vervulling van zijn dienstbetrekking, tenzij de schuld van de werknemer bij die schade “zo ernstig is” dat de tekortkoming van de werkgever daartegen in het niet valt. In het tweede arrest oordeelde de Hoge Raad dat een werknemer, die in de vervulling van zijn dienstbetrekking schade bij de werkgever veroorzaakt, alleen jegens de werkgever aansprakelijk is, indien de werknemer daarvan “een ernstig verwijt” te maken valt. In de periode 1986-1994 werd door sommige rechtsgeleerden in de literatuur het standpunt ingenomen dat voor de aansprakelijkheid van de *bestuurder* jegens de *rechtspersoon* eveneens zou hebben te gelden dat de bestuurder een ernstig verwijt dient te kunnen worden gemaakt. Andere rechtsgeleerden betwistten dit echter.

In 1997 wees de Hoge Raad het arrest *Staleman/Van de Ven*.⁴ De Hoge Raad introduceerde toen de ernstigverwijtmaatstaf voor interne bestuurdersaansprakelijkheid en overwoog dat deze aansprakelijkheid alleen maar kan ontstaan indien de bestuurder een zogenoemd ‘ernstig verwijt’ te maken valt. Vanaf dat moment is de ernstigverwijtmaatstaf uitvoerig onderwerp van discussie geweest in de literatuur. In de vroegere literatuur in die periode werd met name de vraag gesteld wat nu de verhouding is tussen deze ernstigverwijtmaatstaf en art. 2:9 BW. Ondanks beperkte aanhoudende kritiek in de literatuur en mede omdat de ernstigverwijtmaatstaf nadien is herhaald in latere arresten van de Hoge Raad, werd de ernstigverwijtmaatstaf in latere literatuur breed overgenomen door het merendeel van de rechtsgeleerden. Op 1 januari 2013 heeft de wetgever de ernstigverwijtmaatstaf gecodificeerd door deze op te nemen in art. 2:9 BW.

Negen jaar na *Staleman/Van de Ven*, wees de Hoge Raad in 2006 het arrest *Ontvanger/Roelofsen*.⁵ De Hoge Raad introduceerde hierin de ernstigverwijtmaatstaf voor externe bestuurdersaansprakelijkheid. De Hoge Raad overwoog dat ook wanneer het gaat over de aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon ten opzichte van een derde wiens vordering op die rechtspersoon onbetaald en onverhaald is gebleven, vereist is dat de bestuurder een ‘ernstig verwijt’ valt te maken. In de literatuur werd positief gereageerd op deze ‘normatieve convergentie’ omdat de normen voor interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid hiermee gelijk werden getrokken. Sindsdien heeft de Hoge Raad de ernstigverwijtmaatstaf consequent toegepast in jurisprudentie over externe bestuurdersaansprakelijkheid. Ondanks (weliswaar beperkte)

4. HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*).

5. HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*), r.o. 3.5.

kritiek is de maatstaf ook voor dit leerstuk van externe bestuurdersaansprakelijkheid in de literatuur breed overgenomen door het merendeel van de rechtsgeleerden.

Het doel van dit onderzoek is om te analyseren of de invoering, de onderbouwing en het gebruik van de ernstigverwijtmaatstaf in overeenstemming is met het systeem en de ratio van art. 2:9 BW en art. 6:162 BW en met de algemene beginselen van het burgerlijk recht. In dit verband heb ik de parlementaire geschiedenis van art. 2:9 BW en art. 6:162 BW onderzocht, alsmede de jurisprudentie van de Hoge Raad die heeft geleid tot de invoering van de ernstigverwijtmaatstaf. Ik heb met name gekeken naar hoe de ernstigverwijtmaatstaf in deze jurisprudentie is geïntroduceerd en of de onderbouwing en het gebruik van de ernstigverwijtmaatstaf past in het raamwerk van het Burgerlijk Wetboek.

Mijn onderzoek heeft geleid tot de conclusie dat de huidige standaard voor interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid moet worden verduidelijkt en dat de ernstigverwijtmaatstaf voor de beoordeling van zowel interne als externe bestuurdersaansprakelijkheid moet worden losgelaten. Het onderzoek heeft als doel om een duidelijke en duurzame standaard voor interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid te creëren. In dit verband moet worden benadrukt dat de huidige ernstigverwijtmaatstaf breed is geaccepteerd in de jurisprudentie, literatuur en (recentelijk) parlementaire geschiedenis. Om te begrijpen waarom de ernstigverwijtmaatstaf moet worden losgelaten, is het noodzakelijk open te staan voor het idee dat het gebruik van de ernstigverwijtmaatstaf vanuit een juridisch-theoretisch perspectief niet gerechtvaardigd is. Het leidt tot inconsequente en onnodige (complexe) redeneringen, zowel in de jurisprudentie als in de literatuur. Dertig jaar is verstreken sinds de ernstigverwijtmaatstaf voor het eerst werd geïntroduceerd in de literatuur. Twintig jaar is verstreken sinds de ernstigverwijtmaatstaf in de jurisprudentie over interne aansprakelijkheid werd geïntroduceerd. Ruim elf jaar is verstreken sinds de ernstigverwijtmaatstaf in de jurisprudentie over externe aansprakelijkheid werd geïntroduceerd. Dit alles rechtvaardigt reeds een veelomvattende rechtstheoretische en rechtshistorische analyse die hoofdzakelijk gericht is op de totstandkoming, de (taalkundige) betekenis en de functie van de ernstigverwijtmaatstaf.

Juridisch taalgebruik, trias politica en rechtsvorming (Hoofdstuk 2)

Om de introductie, de onderbouwing en het gebruik van de ernstigverwijtmaatstaf te analyseren, is het allereerst van belang een aantal rechtstheoretische opmerkingen te maken die betrekking hebben op de totstandkoming en de toepassing van het recht in Nederland. Het is in dit verband goed stil te staan bij de verhouding tussen de rechter en de wetgever en bij de vraag welke interpretatie- en redeneermethoden de rechter en de doctrine ter beschikking staan om de wet te interpreteren en toe te passen (of anders gezegd, om het recht te vinden). Hoe

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

het recht wordt gevonden is aan de hand van deze interpretatie- en redeneermethoden rechtswetenschappelijk te toetsen. Dit geldt zowel voor de rechtsvinding door de rechter als voor de wijze waarop in de doctrine wordt betoogd dat het recht moet worden gevonden. Het belang van taal moet bij dit alles zeker niet onderschat worden.

Om te beginnen, dient men zich te realiseren dat al het recht in taal is geformuleerd en dat taal en recht onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. De wet heeft geen betekenis en geen functie zonder taal omdat de wet in taal kenbaar is gemaakt. Rechterlijke beslissingen zijn gebaseerd op een interpretatie van die taal en zijn zelf ook weer kenbaar gemaakt door taal. Om deze rechterlijke beslissingen af te dwingen, zal de deurwaarder de taal van de beslissing weer dienen uit te leggen, enzovoort.

De wet is soms een taal op zich, een zogenoemde institutionele taal. Rechtsgeleerden, de wetgever en rechters hebben een juridisch taalgebruik dat in veel gevallen niet wordt gebruikt door het grote publiek. In sommige gevallen kan een bepaald begrip zelfs een specifieke juridische betekenis hebben, die verschilt met de betekenis die dit begrip in het dagelijkse taalgebruik heeft. De taal van de wet zou in dat licht kunnen worden gezien als een taal op zich. Met andere woorden: al diegenen die de wet uitoefenen of op een bepaald moment in aanraking met de wet komen, maken deel uit van een taalgemeenschap die wordt gevormd door de taal van het recht. Deze institutionele taal (of deze taalgemeenschap) heeft echter geen doel op zich. Het doel van de taal in het recht is de werkelijkheid te ordenen en betekenis te geven. De taal is het communicatiemiddel, het instrument om duidelijk te maken wat men van elkaar mag verwachten. In het recht, dat wordt geuit in taal, ligt als het ware de systematiek van de samenleving vast.

De keuze voor een bepaalde term door de rechter kan dus niet los worden gezien van de betekenis en functie die deze term in de taalgemeenschap al dan niet heeft en had. Wat betekent die term en waarom gebruikt de rechter die term? Is het gebruik van die term taalkundig te rechtvaardigen zowel in het licht van de betekenis die deze heeft in de institutionele taal van het recht als in de betekenis die daaraan in de maatschappij wordt gegeven? Terwijl in dit verband op de wetgever de verantwoordelijkheid rust (taalkundig) duidelijke wetten te maken, om zo onduidelijkheid over interpretatie zo veel mogelijk te voorkomen, dient de rechter zich bij het proces van rechtsvinding in beginsel te houden aan de letterlijke woorden van de wettekst. En dat is ook logisch: nu recht zich uit in taal, zal taalgebruik van de rechter dat afwijkt van taalgebruik van de wetgever in (zeer) strikte zin kunnen worden gezien als een inbreuk op de *trias politica*.

Dit is de tweede theoretische opmerking over het recht in Nederland. Het rechtssysteem in Nederland is, net als in veel andere continentaal-Europese juridische systemen het geval is, gebaseerd op de zogenoemde trias politica. Volgens dit principe bestaat – onder meer – een duidelijke taakverdeling tussen de wetgever en de rechter. De wetgever heeft de verantwoordelijkheid het recht in geschreven wettelijke bepalingen vast te leggen (zoals art. 2:9 BW en art. 6:162 BW) en de rechter heeft de verplichting deze bepalingen te interpreteren. Precedentenrecht bestaat in Nederland strikt genomen niet en de juridische basis van alle rechterlijke uitspraken moet worden gevonden in de door de wetgever vastgelegde wet. In het licht van het belang van taal voor het recht en de trias politica, is het dus logisch en wenselijk dat rechters dezelfde taal gebruiken als de wetgever. Als de wetgever aan een bepaalde rechtstoestand het juridische begrip ‘rood’ heeft gekoppeld, is het niet aan de rechter om aan die rechtstoestand het begrip ‘blauw’ te koppelen. Als uitgangspunt geldt immers dat de rechter niet de vrijheid heeft van de wet af te wijken en dat hij de verplichting heeft de wet toe te passen. De rechter dient het recht ‘te vinden’ en niet ‘uit te vinden’. Dat laatste is in beginsel namelijk aan de wetgever voorbehouden. Op deze wijze wordt de rechtsstaat gewaarborgd en bestaat voor alle (rechts)personen in Nederland rechtszekerheid ten aanzien van de hun toekomende rechten en verplichtingen.

De trias politica brengt met zich dat de rechter (die ‘recht vindt’ en de wet toepast) niet op de stoel van de wetgever mag zitten (die ‘het recht vormt’ en de wet maakt). De belangrijkste verantwoordelijkheid (of beter: verplichting) van de rechter in een zaak is het *toepassen van de wet* door het *toetsen* van de feiten en omstandigheden aan de in de wet vastgelegde gedragsnormen. Door toepassing van de gedragsnorm in de wet wordt ‘recht gevonden’ dat door de wetgever is ‘gevormd’. Men zou kunnen betogen dat door toepassing van de gedragsnorm in feite ook recht wordt gevormd, maar strikt genomen is daarvan geen sprake indien de rechter zich daarbij baseert op de geschreven wet. Men zou in dit verband beter van ‘rechtsvormende rechtsvinding’ kunnen spreken.

De derde opmerking houdt verband met de trias politica. Het proces van rechtsvinding door de rechter moet voldoen aan de eisen van de rechtstheoretische rede en aan de eisen van legaliteit, legitimiteit en rationaliteit. Zo ontstaat inzicht in (i) de wijze waarop de rechter aanknoopt bij het juridische regelstelsel, (ii) de wijze waarop de beslissing wordt gedragen door (juridische) argumenten en (iii) de werkelijke motieven die de rechter aan de juridische motivering ten grondslag legt. Als de rechter zijn oordeel heeft gevormd en van argumenten heeft voorzien, kan de uitspraak worden onderworpen aan onder meer het kritisch oordeel van de publieke opinie, van de beoefenaars van de rechtswetenschap en eventueel van rechters in hoger beroep. Zij kunnen onderzoeken of de uitspraak redelijk is, of zij goede argumenten bevat, of de argumenten de conclusie kunnen dragen en of de motivering juist is. Een beslissing die niet aan

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

deze eisen voldoet, kan worden bekritiseerd. Dit alles vormt als het ware een controlemechanisme voor de werking van het rechtssysteem. Om te voldoen aan de eerdergenoemde beginselen, kan de rechter van verschillende interpretatie- en redeneermethoden gebruikmaken.

Interpretatiemethoden hebben betrekking op de vraag hoe een rechter een wettelijke bepaling uitlegt in de hem voorliggende casus. In dit verband moet worden opgemerkt dat het voor de wetgever ondoenlijk is in alle gevallen en in alle daaraan verbonden rechtsvragen te voorzien en deze afdoende te regelen. Het maatschappelijk leven is daarvoor te gecompliceerd en te dynamisch. De wetgever maakt daarom vaak gebruik van algemene uitdrukkingen in wettelijke bepalingen die open zijn voor interpretatie door de rechter. De rechter zal deze uitdrukkingen moeten interpreteren en toepassen op de feiten en omstandigheden van het geval. De rechter kan daarbij verschillende interpretatiemethoden gebruiken die in de literatuur breed zijn geaccepteerd: (i) de grammaticale interpretatie, gebaseerd op de taalkundige betekenis van een bepaling, (ii) de wets- en rechtshistorische interpretatie, gebaseerd op de bedoeling van de wetgever of juridisch-historisch onderzoek, (iii) de wetsystematische interpretatie, gebaseerd op de plaats die de regel binnen een systeem van regels inneemt, (iv) de anticiperende interpretatie, gebaseerd op toekomstige regelgeving en (v) de teleologische interpretatie, die een oplossing biedt (a) voor de situatie dat de taal, historie of het systeem van de wet geen argument bieden voor een bepaalde betekenisgeving aan een wettelijke bepaling of (b) voor de situatie dat een bepaalde betekenisgeving van een wettelijke bepaling niet (meer) in overeenstemming is met de eisen en de behoefte die het maatschappelijk verkeer heeft voor de toepassing van de bepaling. Met deze laatste interpretatiemethode motiveert de rechter zijn beslissing met een beroep op de ratio van de bepaling bezien in het licht van de eisen en de behoefte die het maatschappelijk verkeer heeft voor de toepassing van de bepaling.

Vaak worden verschillende interpretatiemethoden tegelijk gebruikt om tot een beslissing te komen. In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat daarbij geen rangorde valt aan te wijzen. Toch zou men mogen aannemen dat indien sprake is van tegenstrijdige uitkomsten, de grammaticale en de wetshistorische interpretatie moeten voorgaan, omdat zo de gebondenheid van de rechter aan de wet en de trias politica wordt benadrukt.

Naast deze interpretatiemethoden bestaan verschillende redeneermethoden die in het algemeen in de literatuur worden geaccepteerd. De belangrijkste is het zogenoemde syllogisme. Deze methode houdt in dat de rechter vaststelt dat de wetgever een specifiek rechtsgevolg (bijvoorbeeld een boete) heeft verbonden aan de schending van een bepaalde regel (bijvoorbeeld te hard rijden). Als de

feiten en omstandigheden leiden tot de conclusie dat een persoon te hard heeft gereden, verbindt de rechter daaraan het rechtsgevolg van een boete. Een andere redeneermethode is de zogenoemde analogie-redenering. De rechter kan een wettelijke bepaling naar analogie toepassen in een situatie waarin de wet niet heeft voorzien. Hierbij worden punten van vergelijking tussen beide gevallen gezocht die de analoge toepassing rechtvaardigen. De a contrario-redenering volgt eenzelfde systematiek. Het gevolg van beide redeneringen is dat een bijzondere regel een meer algemene toepassing krijgt.

De rechter kan de wet ook verfijnen. Bij deze zogenoemde rechtsverfijning wordt een algemene regel verbijzonderd. De rechter acht de in concreto toe te passen regel te ruim gesteld en verfijnt deze. Daarin ligt dan de regel besloten dat wanneer dezelfde feiten en omstandigheden zich weer zullen voordoen, eenzelfde beslissing zal volgen, tenzij er dan andere relevante omstandigheden bijkomen die in de eerste zaak ontbraken. Als een rechter een regel verfijnt, zal de verfijnde regel minder abstract (meer concreet) moeten zijn dan de regel die verfijnd is. Op deze manier draagt de rechter ook bij aan de ontwikkeling van het recht ('rechtsontwikkeling'). Ontwikkeling van het recht is echter niet hetzelfde als rechtsvorming. Bij het verfijnen van een bepaalde regel moet de rechter zich gelet op de trias politica immers altijd baseren op een interpretatie van een wettelijke bepaling die al door de wetgever is gecreëerd. Alleen in zeer uitzonderlijke gevallen kan de rechter kiezen om zelf een nieuwe regel te creëren. Dit geldt in situaties waarin de wetgever niet of niet tijdig heeft voorzien in een wettelijk kader om een juridische kwestie, die aan de rechter is voorgelegd, te beoordelen. De rechter moet echter ook dan terughoudend zijn. De rechter dient zich in beginsel namelijk te onthouden van het vormen van het recht.

De Hoge Raad speelt een belangrijke rol in het proces van rechtsvinding, rechtsontwikkeling en, in uitzonderlijke gevallen, rechtsvorming. Als hoogste rechter heeft de Hoge Raad op grond van art. 81 Wet RO onder meer de taak de rechtseenheid te bewaken. Daarbij gaat het om de eenvormige uitleg, toepassing en nadere invulling van rechtsregels en rechtsbegrippen, zowel binnen afzonderlijke rechtsgebieden als in samenhang tussen afzonderlijke rechtsgebieden.⁶

Soms is het niet mogelijk te toetsen of een rechterlijke beslissing voldoet aan de eisen van de rechtstheoretische rede en aan de eisen van legaliteit, legitimiteit en rationaliteit. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de rechter in zijn redenering een of meer stappen heeft overgeslagen. Dat maakt de rechterlijk beslissing zelf echter nog niet onjuist. Om dat te onderzoeken is een rationele reconstructie van de rechterlijke beslissing vereist. Een rationele reconstructie is

6. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 576, nr. 3 (MvT), p. 1.

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

een herformulering van een rechterlijke uitspraak door de rechtswetenschap, met het oog op een toetsing van de rationaliteit van de uitspraak. In dit proefschrift heb ik een rationele reconstructie van het arrest *Staleman/Van de Ven* gemaakt, teneinde de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in dat arrest rationeel te toetsen.

Interne bestuurdersaansprakelijkheid (Hoofdstuk 3)

Inleiding

De wettelijke bepaling over interne aansprakelijkheid van bestuurders is de afgelopen negentig jaar niet wezenlijk veranderd. Het huidige art. 2:9 BW is terug te voeren op het in 1925 ingevoerde art. 31 Wet op de Coöperatieve Vereniging, dat betrekking had op de aansprakelijkheid van bestuurders van coöperatieve verenigingen, en op het in 1929 ingevoerde art. 47c WvK (oud), dat betrekking had op de besloten en de naamloze vennootschap. In 1976 werd de bepaling van art. 47 c WvK (oud) vrijwel woordelijk overgenomen in art. 2:8 BW waarmee de daarin vervatte regel van toepassing werd op bestuurders van alle rechtspersonen. Bij de invoering van het huidige BW per 1 januari 1992 is dit art. 2:8 BW vernummerd naar art. 2:9 BW en is deze als volgt komen te luiden:

“Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Indien het een aangelegenheid betreft die tot de werkring van twee of meer bestuurders behoort, is ieder van hen hoofdelijk aansprakelijk, tenzij hij bewijst dat de tekortkoming niet aan hem te wijten is, en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.”

Op 1 januari 2013 is de ernstigverwijtmaatstaf, die eerder in de rechtspraak en literatuur is ontwikkeld, gecodificeerd in art. 2:9 BW. Sindsdien luidt de bepaling als volgt:

- “1. Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Tot de taak van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.*
- 2. Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Hij is voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.”*

Volgens de systematiek van art. 2:9 BW (oud) en het huidige art. 2:9 BW rust de stelplicht en bewijslast dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling bij de eisende rechtspersoon. Indien de rechtspersoon daaraan heeft voldaan, verschuift de stelplicht en bewijslast naar de individuele bestuurder. Om zich te disculperen van aansprakelijkheid dient de individuele bestuurder te bewijzen dat:

- (i) het onbehoorlijk bestuur niet zag op zijn taken (de letterlijke tekst is dat de bestuurder “*mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt*”);⁷ én
- (ii) hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling af te wenden.

Een logische consequentie van de systematiek van art. 2:9 BW en de daarin opgenomen cumulatieve eis voor het doen van een geslaagd beroep op het disculpatieverweer is dat, wanneer eenmaal onbehoorlijke taakvervulling is vastgesteld, de *enig* bestuurder van een rechtspersoon zich per definitie niet kan disculperen. Dit is alleen anders indien sprake is van belet of ontstentenis waarvan bij een eenmansbestuur naar mijn mening alleen maar sprake kan zijn in het geval van overmacht, zoals plotselinge ziekte of overlijden.

De codificatie van de ernstigverwijtmaatstaf is blijkens de wetsgeschiedenis niet op rechtspolitieke (lees: normatieve) gronden gebaseerd, doch slechts ingegeven door de (weliswaar ook rechtspolitieke, maar niet normatieve) wens om aan te sluiten bij de in de rechtspraak gehanteerde terminologie. Op 8 juni 2016 heeft de Minister een Voorstel van Wet bestuur en toezicht rechtspersonen ingediend bij de Tweede Kamer. Daarin zijn een nieuw art. 2:9 BW en een aantal andere bepalingen voorgesteld. In het voorgestelde art. 2:9 BW is de ernstigverwijtmaatstaf opnieuw opgenomen. Art. 2:9 BW zou uit zeven leden moeten komen te bestaan, waarvan de eerste drie als volgt luiden:

- “1. *Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de rechtspersoon.*
- 2. *Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Tot de taak van een bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.*

7. De term ‘ernstig verwijt’ is echter pas op 1 januari 2013 gecodificeerd en heeft praktisch geen betekenis in art. 2:9 BW omdat deze codificatie met name lijkt te zijn ingegeven door de wens van de wetgever de formulering van art. 2:9 BW te laten aansluiten op de in de literatuur en rechtspraak gebruikte terminologie, meer in het bijzonder op de terminologie uit het arrest *Staleman/Van de Ven*. Zie: *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 8-9.

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

3. *Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. De bestuurders richten zich bij de vervulling van hun taak naar het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie.”*

Daarnaast worden na art. 2:9 BW drie nieuwe artikelen ingevoegd (artt. 2:9a t/m 2:9c BW). Art. 2:9a BW omvat zes leden. Lid 1 daarvan zou als volgt komen te luiden:

- “1. *Bij de statuten kan worden bepaald dat de bestuurstaken worden verdeeld over één of meer niet uitvoerende bestuurders en één of meer uitvoerende bestuurders. De taak om toezicht te houden op de taakuitoefening door bestuurders kan niet door een taakverdeling worden ontnomen aan niet uitvoerende bestuurders. (...)”*

Art. 2:9b BW gaat over de aansprakelijkheid van de bestuurder. Lid 1 daarvan zou komen te luiden:

- “1. *Elke bestuurder is jegens de rechtspersoon voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.”*

Tot slot wordt voorgesteld om de bepalingen van art. 2:138/248 BW te verplaatsen naar een nieuw art. 2:9c BW, zodat deze niet meer alleen gelden voor kapitaalvennootschappen en zogenoemde commerciële (aan vennootschapsbelasting onderworpen) verenigingen en stichtingen (ex artt. 2:50a en 2:300a BW), maar ook voor alle andere verenigingen en stichtingen. Ik citeer hieronder de eerste drie leden van het voorgestelde art. 2:9c BW:

- “1. *In geval van faillissement van een rechtspersoon is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort, zijnde het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.*
2. *Indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 10 of 394, heeft het zijn taak kennelijk onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Hetzelfde geldt indien de rechtspersoon volledig aansprakelijk vennoot is van een vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap en niet is voldaan aan de verplichtingen uit artikel 15i van Boek.*

3. *Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen. Dit lid is niet van toepassing op een onbezoldigd bestuurder van een vereniging of stichting die niet aan de heffing van de vennootschapsbelasting is onderworpen en op een onbezoldigd bestuurder van een vereniging waarvan de statuten niet zijn opgenomen in een notariële akte.*
4. *Niet aansprakelijk is de bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.”⁸*

Ten tijde van het schrijven van dit proefschrift was nog niet duidelijk wanneer het wetsvoorstel verder in de Tweede Kamer zou worden behandeld.

Om te analyseren of de ernstigverwijtmaatstaf past in het systeem en de ratio van art. 2:9 BW, heb ik onderzoek gedaan naar de ratio en systematiek van art. 2:9 BW.

De beoordeling of sprake is van onbehoorlijke taakvervulling

Hoe wordt ‘onbehoorlijk bestuur’ of ‘(on)behoorlijke taakvervulling’ als bedoeld in art. 2:9 BW vastgesteld? Uit de parlementaire geschiedenis van art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW⁹ en de literatuur die daarop betrekking heeft, volgt dat het antwoord op die vraag moet worden gevonden met inachtneming van de volgende uitgangspunten:

- (i) Bestuurders hebben beleidsruimte. Zij moeten de ruimte hebben (commerciële) beslissingen te nemen, zonder aansprakelijkheid te vrezen indien die beslissingen achteraf voor de rechtspersoon negatief uitpakken. Bestuurders moeten risico’s kunnen nemen als dat in het belang is van de rechtspersoon.¹⁰ De taakvervulling van de bestuurder dient te worden beoordeeld naar het moment van handelen, waarbij rekening wordt gehouden met het gevaar van hindsight bias. Zijn optreden moet worden beoordeeld op basis van de informatie waarover hij beschikte of behoorde te beschikken;

8. Art. 2:9c lid 1 t/m lid 3 BW zijn vrijwel gelijk aan het huidige art. 2:138/248 lid 1 t/m 3 BW. Het enige verschil is dat in art. 2:9c lid 2 BW het woordje ‘kennelijk’ is toegevoegd.

9. Ik maak in dit proefschrift geen onderscheid tussen de termen ‘onbehoorlijk bestuur’, ‘onbehoorlijke taakvervulling’ en ‘kennelijk onbehoorlijke taakvervulling’, omdat al deze termen naar mijn mening dezelfde gedragsnormen voor bestuurders impliceren.

10. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 3-4.

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

- (ii) Elke bestuurder dient in te staan voor zijn kwaliteiten als zodanig en voor zijn bekwaamheid de bestuurstaken uit te oefenen.¹¹ Het gebrek aan kennis, expertise en kunde kunnen hem niet vrijpleiten van aansprakelijkheid. Zijn handelen wordt beoordeeld door een vergelijking te maken met hoe een gemiddeld redelijk denkend en bekwaam bestuurder onder dezelfde omstandigheden zou hebben gehandeld.¹² Kort gezegd, zijn handelen wordt beoordeeld aan de hand van een objectieve maatstaf en niet een subjectieve maatstaf. Dat betekent niet dat *iedere* vergissing of omissie leidt tot de kwalificatie (inhoudelijk of collegiaal) onbehoorlijke taakvervulling. Ook een maatman-bestuurder maakt immers wel eens een vergissing en waar gehakt wordt, vallen spaanders. De term ‘onbehoorlijk’ impliceert dat de bestuurder objectief verwijtbaar heeft gehandeld.¹³ De vraag of de bestuurder schuld treft of te kwader trouw is in de zin van het burgerlijk recht, is strikt genomen dus niet relevant.

Om goed te begrijpen hoe deze uitgangspunten in de praktijk uitpakken, is het van belang stil te staan bij het collegialiteitsbeginsel en het daarmee samenhangende uitgangspunt van collectieve verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid.

Collegiaal bestuur, collectieve verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid, taakverdeling en disculpatie

Allereerst dient te worden stilgestaan bij de in 1983/1984 tot stand gekomen parlementaire geschiedenis van art. 2:138/248 BW dat van toepassing is op bestuurders van naamloze en besloten vennootschappen. Dat art. 2:138/248 BW, dat is ingevoerd op 1 januari 1987, is terug te voeren op het op 1 april 1929 in werking getreden art. 49a WvK (oud). Op grond van deze laatste bepaling kon, kort gezegd, een bestuurder van een naamloze vennootschap, in geval van faillissement, door de curator worden aangesproken tot betaling van schadevergoeding aan de boedel, indien het faillissement te wijten was aan ‘grove schuld’ of ‘grove nalatigheid’ van de bestuurder. In de parlementaire geschiedenis van art. 2:138/248 BW heeft de wetgever duidelijk gemaakt de termen ‘grove schuld’ of ‘grove nalatigheid’ los te willen laten omdat deze een te strenge toetssteen zouden vormen.¹⁴ Ook buiten ‘grove schuld’ of ‘grove nalatigheid’ moest aansprakelijkheid kunnen ontstaan. Aansprakelijkheid diende niet beperkt te worden tot uitzonderlijke gevallen. In dit verband merkte de wetgever op dat art. 2:8 BW (oud, thans art. 2:9 BW) en art. 2:138/248 BW in feite in elkaars verlengde liggen en met elkaar parallel lopen. De wetgever koos daarom voor de term ‘(kennelijk) onbehoorlijke taakvervulling’ en sloot

11. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 19.

12. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 9 (Nota naar aanleiding van verslag), p. 2 en *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 9.

13. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 3-4.

14. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 3-4 en 20-21.

daarmee aan bij de terminologie van art. 2:8 BW. De parlementaire geschiedenis van art. 2:138/248 BW is dus van belang om de betekenis van de termen ‘behoorlijke taakvervulling’ en ‘onbehoorlijk bestuur’ uit art. 2:9 BW te begrijpen. Sterker, de gedragsnorm waar art. 2:138/248 BW betrekking op heeft, is de gedragsnorm van art. 2:9 BW. Er bestaat geen verschil tussen ‘kennelijk onbehoorlijke taakvervulling’ in de zin van art. 2:138/248 BW en ‘onbehoorlijke taakvervulling’ in de zin van art. 2:9 BW. Het verschil tussen beide bepaling moet uitsluitend gevonden worden in de wettelijk voorgeschreven gevolgen die aan de schending van die gedragsnorm worden verbonden in het geval van faillissement.

De parlementaire geschiedenis laat zien dat hoewel art. 2:8 BW (oud, thans art. 2:9 BW) spreekt over de plicht van elke individuele bestuurder zijn taken behoorlijk te vervullen, in theorie het bestuur als geheel een collectieve verantwoordelijkheid heeft zijn taken behoorlijk te vervullen. Dit is een gevolg van het beginsel van collegiaal bestuur, het collegialiteitsbeginsel. Een taakverdeling bevrijdt de individuele bestuurder niet van die collectieve verantwoordelijkheid. Het beginsel van collectieve verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid vormt een *“fundamenteel en waardevol beginsel van vennootschapsrecht”* dat steun verdient, aldus de Minister.¹⁵

In de afgelopen dertig jaar zijn het beginsel van collegiaal bestuur en de daarmee samenhangende collectieve verantwoordelijkheid herhaaldelijk naar voren gekomen in de rechtspraak, parlementaire geschiedenis en literatuur. In eerste instantie werd het beginsel specifiek genoemd in verband met het bestuur van naamloze en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid. In de literatuur vanaf 1986 werd gesteld dat, hoewel art. 2:9 BW (oud) een taakverdeling tussen bestuurders mogelijk maakt, bij de naamloze en besloten vennootschappen de bestuurstaak in haar geheel is opgedragen aan alle bestuurders. De wet gaat immers ervan uit dat het bestuur als collectief bestuurt. Het collegialiteitsbeginsel bracht, aldus deze literatuur, met zich dat alle bestuurders in beginsel hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de onbehoorlijke taakvervulling van één der bestuurders. Dit uitgangspunt werd ook aanvaard voor het bestuur van stichtingen en verenigingen die waren onderworpen aan het betalen van vennootschapsbelasting (zogenoemde ‘commerciële’ verenigingen en stichtingen). In dit verband heeft de wetgever bij de invoering van art. 2:138/248 BW ook de artt. 2:50a en 2:300 BW ingevoerd op grond waarvan art. 2:138/248 BW van overeenkomstige toepassing werd verklaard op deze rechtspersonen.

15. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 37.

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

Het collegialiteitsbeginsel en de daarmee samenhangende collectieve verantwoordelijkheid hebben geleid tot het uitgangspunt dat de onbehoorlijke taakvervulling van één bestuurder automatisch leidt tot de onbehoorlijke taakvervulling van het gehele bestuur. Volgens de parlementaire geschiedenis van het huidige art. 2:9 BW vermeldt art. 2:9 BW dan ook weliswaar de mogelijkheid tot een taakverdeling, maar is voor de aansprakelijkheid van ieder van de bestuurders in beginsel voldoende dat één van hen onbehoorlijk heeft bestuurd. Disculpatie door een medebestuurder met dezelfde taak is niet uitgesloten, maar vereist volgens het huidige art. 2:9 BW dat hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en dat hij voorts kan verantwoorden waarom hij geen maatregelen heeft getroffen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling af te wenden.¹⁶

Dit alles leidt tot de vraag hoe het collegialiteitsbeginsel, de collectieve verantwoordelijkheid, de hoofdelijke aansprakelijkheid, de verdeling van taken en de disculpatie zich tot elkaar verhouden. In de literatuur is veel discussie geweest over dit onderwerp. In de wetsgeschiedenis en de literatuur wordt hierover gesteld dat de taakverdeling weliswaar niet afdoet aan de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur en de hoofdelijke aansprakelijkheid, maar wel een rol zou kunnen spelen bij de individuele disculpatie. Dit werd herhaald in de parlementaire geschiedenis van het huidige art. 2:9 BW.¹⁷ De vraag hoe die taakverdeling dan een rol speelt bij de mogelijkheid van disculpatie, is echter onbeantwoord gebleven in de parlementaire geschiedenis, de jurisprudentie en de literatuur.¹⁸ Het voorgaande leidt ook tot de vraag wat de exacte betekenis is van het in art. 2:9 BW opgenomen gebod om ‘de taak naar behoren te vervullen’. Bij de beantwoording van deze vragen, heb ik eerst stilgestaan bij het collegialiteitsbeginsel.

Uit de wetsgeschiedenis van art. 2:138/248 BW blijkt dat elke bestuurder voor het financiële beleid en de preventie van onbehoorlijke taakvervulling een gelijke verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid heeft. Deze aansprakelijkheid is dan ook een hoofdelijke, met dien verstande dat een mogelijkheid tot individuele disculpatie bestaat. Die hoofdelijke aansprakelijkheid heeft altijd centraal gestaan. Bij de behandeling van het wetsontwerp werd uitdrukkelijk opgemerkt: “*Uit die collectieve verantwoordelijkheid voor het financiële beleid vloeit een hoofdelijke aansprakelijkheid voort.*”¹⁹

16. *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. c (MvA), p. 5-6.

17. *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. c (MvA), p. 5-6.

18. Dit gebrek aan duidelijkheid blijkt ook uit *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 3.

19. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 19 en *Handelingen II*, 29 augustus 1985, p. 6344.

Ook uit de jurisprudentie volgt dat de algemene zaken, de financiële zaken en het voeren van een deugdelijke administratie van de rechtspersoon behoren tot de taken van het gehele bestuur. Een (informele) taakverdeling brengt niet zonder meer mee dat andere bestuurders zich kunnen disculperen, louter omdat zij andere taken hadden. De reden hiervoor is dat van een bestuurder van een vennootschap verwacht mag worden dat hij zich rekenschap geeft van de feiten en omstandigheden die van belang zijn voor de rechtspersoon. Daarbij past, indien de daartoe benodigde informatie feitelijk (vooral) van een medebestuurder afkomstig is, dat de bestuurder (i) zich jegens die medebestuurder kritisch opstelt en hem zo nodig ten behoeve van de eigen oordeelsvorming in detail bevraagt omtrent de genoemde feiten en omstandigheden en (ii) zich verdiept in bedrijfseconomische basisprincipes relevant voor de rechtspersoon.²⁰ Dit is in het bijzonder het geval waar het gaat om transacties die grote (financiële) gevolgen kunnen hebben voor (de continuïteit van) de rechtspersoon.

In de literatuur wordt gesteld dat, ondanks een eventuele taakverdeling, alle bestuurders verantwoordelijk blijven voor het algemene beleid, het financiële beleid en belangrijke kwesties met betrekking tot de rechtspersoon. Ondanks een mogelijke taakverdeling, hebben alle bestuurders de verantwoordelijkheid gezamenlijk te beslissen over belangrijke (financiële) vraagstukken en om toezicht te houden op de vervulling van de taken van medebestuurders. Bestuurders zijn verplicht met elkaar te overleggen, informatie van elkaar te vragen en zelfs taken van medebestuurders naar zich toe te trekken indien de omstandigheden dat verlangen. Elke bestuurder heeft zijn eigen verantwoordelijkheid ervoor te zorgen dat hij goed door zijn medebestuurders is geïnformeerd. Als een bestuurder het idee heeft dat hij niet goed wordt geïnformeerd of dat hij niet in staat is zijn eigen taken naar behoren uit te voeren door toedoen van zijn medebestuurders, dient hij actie te ondernemen. In het ergste geval zal een bestuurder, die door zijn medebestuurders wordt belet een behoorlijk bestuur te voeren, moeten aftreden.²¹ Een bestuurder kan alvorens een dergelijke vergaande beslissing te nemen, in overweging nemen rechtsmaatregelen te treffen tegen zijn medebestuurders (bijvoorbeeld in kort geding), opdat hij alsnog in staat wordt gesteld een behoorlijk bestuur te voeren.

20. Rb. Rotterdam 17 juni 1999, *JOR* 1999/244 m.nt. F.J.P. Van den Ingh; Hof Leeuwarden 22 september 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BJ8485, r.o. 9.3; Hof Amsterdam 12 juni 2012, *JOR* 2012/348 (*Nederlandse Rode Kruis*), r.o. 3.3.2.; Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, *JOR* 2013/237 m.nt. U.B. Verboom (*Landis*), r.o. 9.19.5; Rb. Midden-Nederland 30 april 2014, *JOR* 2014/291 m.nt. W.J.M. van Andel (*Stichting Daidalos*), r.o. 5.15; Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, *JOR* 2015/32 m.nt. M. Holtzer (*Meepo*), r.o. 3.7, 3.8 en 3.31.

21. *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. c (MvA), p. 5, 6, 15 en 16.

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

Uit het voorgaande volgt dat het collegialiteitsbeginsel met zich brengt dat, naast de specifieke taken van een bestuurder, iedere bestuurder de verplichting heeft samen te werken met zijn medebestuurders, daarop toezicht te houden en actie te ondernemen als hij voorziet of zou behoren te voorzien dat een medebestuurder zijn taak onbehoorlijk vervult. Ik noem dit ‘collegiaal behoorlijke taakvervulling’. In het licht van het voorgaande heeft het in art. 2:9 BW opgenomen gebod ‘om de taken naar behoren uit te voeren’ een tweeledige betekenis, die niet expliciet als zodanig is vermeld in de parlementaire geschiedenis, de jurisprudentie en de literatuur, maar die ik hierbij benoem. Ik zou het onderscheid willen maken tussen de verbintenissen van de bestuurder tot:

- (i) enerzijds een ‘*inhoudelijk behoorlijke taakvervulling*’ op het gebied van de specifieke deeltaken of specifieke beleidsterreinen die aan individuele bestuurders zijn toebedeeld in het kader van een taakverdeling, alsmede op het gebied van de taken die per definitie op alle bestuurders blijven rusten, zoals het algemene en het financiële beleid; en
- (ii) anderzijds een ‘*collegiaal behoorlijke taakvervulling*’ verband houdende met de betrokkenheid bij de gezamenlijke besluitvorming, het houden van toezicht op de organisatie, de structuur en medebestuurders, het zich voldoende laten informeren door medebestuurders en het kritisch zijn op medebestuurders.

Bij zijn collegiale taakvervulling mag de bestuurder overigens in het algemeen voor een groot deel afgaan op de juistheid van hetgeen aan hem door zijn medebestuurders wordt gerapporteerd,²² voor zover een gemiddeld – redelijk denkend en handelend – bestuurder ook op die informatie zou hebben vertrouwd. Een bestuurder kan zich disculperen als hij van medebestuurders ontvangen informatie te goeder trouw heeft beoordeeld op een wijze zoals dat door een redelijk denkend bestuurder dient te geschieden, maar deze informatie onjuist blijkt te zijn geweest. Ditzelfde geldt wanneer geen aanleiding bestond zelfstandig onderzoek te doen naar de wijze waarop een medebestuurder de aan hem toebedeelde taken heeft vervuld of wanneer medebestuurders hem bewust en buiten zijn weten, buiten het besluitvormingsproces hebben gelaten. Hiermee is ook de vraag beantwoord hoe het collegialiteitsbeginsel, de collectieve verantwoordelijkheid, de hoofdelijke aansprakelijkheid, de taakverdeling en de mogelijkheid van disculpatie zich tot elkaar verhouden. De taakverdeling speelt in feite alleen een rol doordat de bestuurder op wiens takenpakket de *inhoudelijk* onbehoorlijke taakvervulling geen betrekking had, daarmee kan aantonen dat hij zich in beginsel niet schuldig heeft gemaakt aan een *inhoudelijk* onbehoorlijke taakvervulling. Dit is echter onvoldoende voor een geslaagd beroep op disculpatie. Daarvoor dient hij nog altijd te bewijzen dat hij (i) zijn taak *collegiaal* behoorlijk heeft vervuld én (ii) hij niet nalatig is

22. Hof Amsterdam 21 september 2010, JOR 2011/40 m.nt. J.B. Wezeman (*Stichting Freule Lauta van Aysma*), r.o. 4.31 en 4.32.

geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling af te wenden. Dit zijn verbintenissen die immers op de bestuurder rusten op grond van de wet. Komt een bestuurder te kort in die verbintenissen, dan valt hem in dat verband het *gewone* verwijt (in taalkundige zin) van een tekortkoming te maken, waarvoor hij aansprakelijk is. Dit is alleen anders indien sprake is van een situatie van belet hetgeen gelijk te stellen is met een situatie van overmacht ex art. 6:75 BW. Men zou overigens kunnen betogen dat deze gevolgen van het collegialiteitsbeginsel niet wenselijk zijn voor alle soorten rechtspersonen, met name omdat het collegialiteitsbeginsel zijn oorsprong vindt in de wets- en rechtsgeschiedenis met betrekking tot kapitaalvennootschappen en commerciële verenigingen en stichtingen. Voor talloze andere rechtspersonen, zoals vrijetijds-verenigingen en kleine stichtingen (bijvoorbeeld op het gebied van sport en muziek), zou men kunnen betogen dat deze gevolgen te verstrekkend zijn. De vraag of die gevolgen wenselijk zijn, is een rechtspolitieke vraag die door de wetgever dient te worden beantwoord, maar die ook kan worden meegewogen door de rechter bij de vraag wat in een specifiek geval de inhoud is van de op een bestuurder rustende verbintenis om de taak collegiaal behoorlijk te vervullen.

**De introductie en analyse van de ernstigverwijtmaatstaf bij interne bestuurdersaansprakelijkheid in de literatuur en de jurisprudentie
Hoofdstuk 4-7)**

Inleiding

Zoals uiteengezet in de inleiding van deze samenvatting is de ernstigverwijtmaatstaf in 1997 door de Hoge Raad geïntroduceerd in het arrest *Staleman/Van de Ven*. De Hoge Raad deed dit nadat door sommige rechtsgeleerden in de periode 1986-1994 werd gesteld dat de maatstaf die werd gehanteerd voor de aansprakelijkheid van bestuurders, niet zou moeten afwijken van de maatstaf die werd gehanteerd voor de aansprakelijkheid van werknemers. De Hoge Raad oordeelde dat aansprakelijkheid van bestuurders zich alleen voordoet als hun een ‘ernstig verwijt’ kan worden gemaakt. Dit diende volgens de Hoge Raad te worden beoordeeld aan de hand van alle relevante omstandigheden, zijnde:

- (i) de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten;
- (ii) de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's;
- (iii) de taakverdeling binnen het bestuur;
- (iv) de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen; en
- (v) het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

De Hoge Raad heeft daarbij echter niet toegelicht op grond waarvan hij meende dat van aansprakelijkheid van bestuurders op grond van art. 2:9 BW eerst sprake kan zijn als hun een zogenoemd ‘ernstig verwijt’ kan worden gemaakt. Welke gedachte ten grondslag lag aan de introductie van de ernstig-verwijtmaatstaf en hoe die maatstaf moest worden geduid, werd door de Hoge Raad in het midden gelaten. In dit proefschrift heb ik daarom door middel van een rationele reconstructie het arrest *Staleman/Van de Ven* rationeel-rechtswenschappelijk getoetst.

Een eerste rationele reconstructie leidt tot de conclusie dat het arrest van de Hoge Raad uitsluitend op de woordkeuze van het gerechtshof in hoger beroep is gebaseerd. Het hof overwoog dat “*de directie in beginsel een ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling kan worden gemaakt in de zin van art. 2:9 BW*”. Uit het arrest van het hof blijkt echter niet dat het hof met het gebruik van de term ‘ernstig verwijt’ een specifieke rechtstheoretische verfijnende bedoeling had, of dat het hof tot uitgangspunt had genomen dat voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW is vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het leek niet meer dan een (onnodige, doch gelet op de casus begrijpelijke) uiting van de mate waarin het hof de twee betrokken bestuurders ‘op de vingers wilde tikken’. Het hof had namelijk ook kunnen overwegen: ‘*Op grond van het hiervoor overwogene is het hof van oordeel dat de directie een onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:9 BW kan worden verweten.*’ Nu enige verdere toelichting van de Hoge Raad ontbreekt in het arrest *Staleman/Van de Ven*, is het minst genomen verdedigbaar aan te nemen dat de Hoge Raad de door het hof gekozen terminologie heeft overgenomen, in de veronderstelling dat het hof tot uitgangspunt had genomen dat voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW is vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Een andere rationele reconstructie leidt tot de conclusie dat de Hoge Raad zich heeft gebaseerd op (i) de in 1986 tot 1994 in de literatuur tot stand gekomen opvatting dat de aansprakelijkheid van een bestuurder naar analogie dient te worden beoordeeld met de aansprakelijkheid van een werknemer en (ii) de opvatting dat een bestuurder beleidsruimte nodig heeft om te ondernemen. De hiervoor als tweede genoemde opvatting wordt bevestigd door het later door de Hoge Raad in 2008 gewezen *Willemsen/NOM*-arrest.²³ In dat arrest overwoog de Hoge Raad dat een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover de door hem bestuurde vennootschap dient te worden aanvaard. De Hoge Raad overwoog dat daardoor mede het belang van die vennootschap en de daarmee verbonden onderneming wordt gediend, omdat daardoor wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate

23. HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (*Willemsen/NOM*).

door defensieve overwegingen laten bepalen. Gezien de zelfgekozen betrokkenheid van individuele aandeelhouders bij de gang van zaken binnen de vennootschap, brachten de in art. 2:8 lid 1 BW bedoelde maatstaven van redelijkheid en billijkheid volgens de Hoge Raad mee dat de hoge drempel van de ernstigverwijtmaatstaf²⁴ bij art. 2:9 BW overeenkomstig van toepassing is bij een door een individuele aandeelhouder tegen een bestuurder aanhangig gemaakte aansprakelijkheidsprocedure.

De hiervoor genoemde rationele reconstructies maken het mogelijk het arrest *Staleman/Van de Ven* rechtstheoretisch te toetsen. Die toetsing kan worden uitgevoerd door de rationele reconstructie van het arrest te analyseren met behulp van de in de rechtswetenschap aanvaarde redeneer- en interpretatiemethoden, zoals beschreven in hoofdstuk 2. Ik neem als uitgangspunt dat de benaderingen zoals uiteengezet in beide rationele reconstructies ten grondslag kunnen hebben gelegen aan de beslissing van de Hoge Raad in *Staleman/Van de Ven*. Echter, als we aannemen dat de benadering van de eerste rationele reconstructie aan de beslissing in *Staleman/Van de Ven* ten grondslag heeft gelegen, dan zou men moeten concluderen dat het gebruik van de term ‘ernstig verwijt’ lijkt te zijn terug te voeren op een toevallige woordkeuze en niet op een doordachte rechtstheoretische en rationeel-juridische onderbouwing. Mijn analyse heeft zich dan ook voornamelijk gericht op de tweede rationele reconstructie. Aangezien de ernstigverwijtmaatstaf uitgebreid is besproken en onderbouwd in de literatuur, heb ik in mijn analyse ook deze literatuur betrokken. Met mijn analyse heb ik voorts getracht de vraag te beantwoorden of de ernstigverwijtmaatstaf art. 2:9 BW (oud) heeft verduidelijkt of verfiend.²⁵

Grammaticale interpretatiemethode: de geschiedenis van de term

De eerste interpretatiemethode is de grammaticale. Is de introductie en het gebruik van de term ‘ernstig verwijt’ gerechtvaardigd in het licht van de institutionele taal van de juridische taalgemeenschap? In dit verband moet allereerst worden verwezen naar de wetsgeschiedenis van art. 2:138/248 BW. Daaruit blijkt dat de wetgever, die de taalgebruiker is in de zin dat de wetgever de taal van de wet bepaalt, heeft geëxpliciteerd dat in de term ‘onbehoorlijk’ tevens

24. Op dat moment was de ernstigverwijtmaatstaf nog niet gecodificeerd in art. 2:9 BW.

25. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de codificatie met name lijkt te zijn ingegeven door de wens van de wetgever de formulering van art. 2:9 BW te laten aansluiten op de in de literatuur en rechtspraak gebruikte terminologie, meer in het bijzonder het arrest *Staleman/Van de Ven*. Zie: *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 8-9. De wetgever heeft dus niet een rechtspolitieke overweging aan de codificatie ten grondslag gelegd, maar eerder een praktische. In dit proefschrift heb ik de ernstigverwijtmaatstaf dan ook geanalyseerd alsof de codificatie niet heeft plaatsgevonden. Indien de uitkomst van die analyse is dat de ernstigverwijtmaatstaf rechtstheoretisch niet te rechtvaardigen is, is de codificatie naar mijn mening evenmin gerechtvaardigd.

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

‘verwijtbaarheid’ moet worden gelezen. Van belang is dat onze hedendaagse rechtscultuur sterk gebonden is aan geschreven en dus bedachte en gerationaliseerde vormen. Dit noopt tot een consequent gebruik van (de institutionele beroeps)taal. Het lijkt rationeel-grammaticaal in dit kader niet logisch naast, of in plaats van, de door de wetgever bedachte en gerationaliseerde term ‘onbehoorlijk’ (waarin de term ‘verwijtbaar’ ingelezen moet worden) de term ‘ernstig verwijt’ te hanteren. Dat is of dubbelop, of het is – door de toevoeging van de term ‘ernstig’ – een verzwaring van de term ‘onbehoorlijk’ naar ‘ernstig onbehoorlijk’. Dit is naar mijn mening in strijd met de trias politica. Daarnaast moet worden gewezen op de parlementaire geschiedenis van de wettelijke bepalingen die betrekking hebben op:

- (i) de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders in geval van faillissement van de kapitaalvennootschappen, commerciële verenigingen en commerciële stichting op grond van art. 2:138/248 BW (jo. 2:50a BW en 2:300 BW);
- (ii) de aansprakelijkheid van een werknemer jegens de werkgever op grond van art. 7:661 BW (voorheen art. 7A:1639da BW) en de aansprakelijkheid van een werkgever jegens de werknemer op grond art. 7:658 BW (voorheen art. 7A:1638x BW); en
- (iii) de hoofdelijke aansprakelijkheid van de werkgever jegens derden voor onrechtmatige daden begaan door hun werknemer (artt. 6:170-172 BW).

Uit de parlementaire geschiedenis van art. 2:138/248 BW blijkt dat de Minister heeft benadrukt dat bewust ervoor is gekozen de termen ‘grove schuld’ en ‘grove nalatigheid’ los te laten. In het nieuwe art. 2:138/248 BW is bewust gekozen voor de algemene term ‘(kennelijk) onbehoorlijke taakvervulling’ die volgens de Minister een minder strenge toetssteen zou vormen. Art. 7:658 BW is gebaseerd op art. 7A:1638x BW (oud) dat bepaalde dat een werkgever jegens de werknemer aansprakelijk is voor de schade die de werknemer heeft geleden als gevolg van een tekortkoming van de werkgever, tenzij sprake is van ‘grove schuld’ aan de zijde van de werknemer. Zoals uiteengezet in de inleiding van deze samenvatting, hanteerde de Hoge Raad in 1975 in dit verband de term ‘ernstige schuld’ van de werknemer. Op dat moment bestond geen wettelijke bepaling die betrekking had op de aansprakelijkheid van de werknemer jegens de werkgever voor schade die de werkgever had geleden door toedoen van de werknemer. In 1983 oordeelde de Hoge Raad in eerdergenoemd *Debrot*-arrest echter dat voor dit soort aansprakelijkheid eveneens nodig is dat de werknemer een ernstig verwijt kan worden gemaakt. In 1992 werd art. 7A:1639da BW (oud) gecodificeerd, het huidige art. 7:661 BW. Hiermee werd een wettelijke bepaling gecodificeerd die betrekking had op de aansprakelijkheid van de werknemer jegens de werkgever voor schade die de werkgever heeft geleden door toedoen van de werknemer. Volgens deze bepaling is de werknemer slechts aansprakelijk in het geval van ‘opzet of bewuste roekeloosheid’. Art. 6:170 BW is ook in

1992 gecodificeerd. Hierin is bepaald dat de werkgever hoofdelijk met de werknemer aansprakelijk is jegens derden voor de door de werknemer gepleegde onrechtmatige daad en dat de werkgever alleen maar regres kan nemen op de werknemer als sprake is van ‘opzet of bewuste roekeloosheid’. In 1997 werd art. 7A:1638x BW (oud), het huidige art. 7:658 BW, gewijzigd en sindsdien wordt ook daarin de term ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ gehanteerd in plaats van ‘grove schuld’.

Gelet op de introductie van de term ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ en de in de rechtspraak op dat moment gehanteerde term ‘ernstig verwijt’, heeft de wetgever blijkens de parlementaire geschiedenis het kennelijk nodig gevonden (letterlijk) buiten twijfel te stellen dat geen verschil bestaat tussen de term ‘ernstig verwijt’ (wat was gebaseerd op de term ‘grove schuld’) enerzijds en ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ anderzijds.²⁶ Aangezien de wetgever blijkens de parlementaire geschiedenis ook duidelijk heeft gemaakt de term ‘grove schuld’ (die volgens de voornoemde parlementaire geschiedenis dezelfde betekenis had als ‘ernstig verwijt’) in het kader van de beoordeling van bestuurdersaansprakelijkheid los te laten, omdat deze een te strenge toetssteen vormt, moet men concluderen dat het gebruik van de term ‘ernstig verwijt’ in het arrest *Staleman/Van de Ven* grammaticaal en wetshistorisch niet te rechtvaardigen is.

Men zou kunnen stellen dat ik met bovenstaande analyse appels met peren vergelijk en dat de term ‘ernstig verwijt’ in de context van bestuurdersaansprakelijkheid een andere betekenis heeft dan in het kader van de aansprakelijkheid van de werknemer. Maar dat zou niet juist zijn. In dit verband is allereerst van belang te herhalen dat de cassatietaak van de Hoge Raad onder meer omvat de opdracht om in hoogste instantie de rechtseenheid te bewaken. Hierbij gaat het om de eenvormige uitleg en toepassing van rechtsregels en rechtsbegrippen, zowel binnen afzonderlijke rechtsgebieden als in samenhang tussen afzonderlijke rechtsgebieden. Hoewel Boeken 2, 6 en 7 BW strikt genomen betrekking hebben op verschillende rechtsgebieden (Boek 2 op rechtspersonen, Boek 6 op verbintenissen en Boek 7 op bijzondere overeenkomsten, zoals de arbeidsovereenkomst), hebben zij alle drie betrekking op hetzelfde rechtsgebied, zijnde het burgerlijk recht. Ook maken zij alle drie deel uit van het Nederlandse BW. Het is dus logisch te veronderstellen dat de term ‘ernstig verwijt’ en de term waarop deze term was gebaseerd (namelijk ‘grove schuld’) dezelfde betekenis hebben in de verschillende boeken van het BW. Het ligt niet voor de hand binnen het systeem van het BW dezelfde termen te gebruiken voor verschillende betekenissen. De hiervoor bedoelde eenvormige uitleg kan niet los worden gezien van het eerdergenoemde belang van taal voor het recht. Zoals hierboven uiteengezet, bestaat het recht door de taal die wordt gebruikt om het recht uit te drukken. Deze taal

26. *Kamerstukken II* 1987/88, 17 896, nr. 8 (MvA), p. 27-28.

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

heeft een bepaalde betekenis, die haar wordt gegeven door de juridische taalgemeenschap die de taal gebruikt. Een consequent gebruik van (de institutionele beroeps)taal heeft uiteraard ten doel het gevaar van verwarring te voorkomen. Het verbaast dan ook niet dat het gebruik van de term ‘ernstig verwijt’ tot verwarring heeft geleid. Dit blijkt uit de analyse van de literatuur over bestuurdersaansprakelijkheid van 1997 tot op heden. In deze literatuur is veel discussie geweest over de betekenis van de term ‘ernstig verwijt’ in de context van bestuurdersaansprakelijkheid. Verschillende schrijvers hebben betoogd – in lijn met de bovengenoemde parlementaire geschiedenis – dat de term dezelfde betekenis heeft als ‘opzet of bewuste roekeloosheid’. Hoewel er ook schrijvers zijn die betogen dat, gelet op de objectieve maatstaf die dient te worden gehanteerd bij de beoordeling van bestuurdersaansprakelijkheid, ook zonder ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ aansprakelijkheid kan ontstaan, lijkt pas relatief recentelijk consensus te bestaan over het feit dat de term ‘ernstig verwijt’ in de context van bestuurdersaansprakelijkheid niet dezelfde betekenis kan hebben als ‘opzet of bewuste roekeloosheid’. Het feit dat echter zo lang discussie hierover heeft bestaan, toont aan dat de keuze voor de term ‘ernstig verwijt’ in het arrest *Staleman/Van de Ven* niet bepaald gelukkig is.²⁷

Wets- en rechtshistorische interpretatiemethoden en wetsystematische interpretatiemethode: de vergelijking tussen een directeur en een werknemer

Een belangrijk in de (oudere) literatuur naar voren gekomen argument voor de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in het kader van de beoordeling van interne bestuurdersaansprakelijkheid, was dat deze aansprakelijkheid niet anders dan de aansprakelijkheid van een werknemer jegens de werkgever zou moeten worden beoordeeld. De grondgedachte hierachter was dat een verschil bestaat tussen ‘verantwoordelijkheid’ en ‘aansprakelijkheid’. Als een werknemer zijn verantwoordelijkheid niet is nagekomen, betekende dat volgens deze literatuur niet automatisch dat hij aansprakelijk is. De reden hiervoor was, volgens deze literatuur, dat de verplichting van de werknemer op grond van de arbeidsovereenkomst een *inspanningsverbintenis* is en niet een *resultaatsverbintenis*. In de literatuur werd vervolgens aangevoerd dat het niet nakomen van de verantwoordelijkheid de taak naar beste *inspanning* uit voeren, niet leidt tot aansprakelijkheid van de werknemer, omdat de werknemer niet verantwoordelijk is een bepaald *resultaat* tot stand te brengen. Vervolgens werd gesteld dat de verplichtingen van de bestuurder ook zijn gebaseerd op een *inspanningsverbintenis* en niet een *resultaatsverbintenis*. Het niet nakomen van de verantwoordelijkheid zijn taken naar behoren te vervullen, zou daarom niet noodzakelijkerwijs tot aansprakelijkheid van de bestuurder moeten leiden. Deze schrijvers namen

27. Terwijl HR 1 april 2016, *JOR* 2016/264 m.nt. A.J.P. Schild (*Stichting ATAL*) laat zien dat nog steeds verwarring bestaat.

bovendien als uitgangspunt dat de aansprakelijkheid van een bestuurder jegens de rechtspersoon aan de hand van de algemene bepalingen van Boek 6 BW dient te worden beoordeeld.

De bovengenoemde redenering rijmt echter niet met de parlementaire geschiedenis en met het systeem van de wet. In de eerste plaats kent het systeem van de wet geen verschil tussen verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid, noch koppelt het systeem van de wet verantwoordelijkheid aan een inspanningsverbintenis of aansprakelijkheid aan een resultaatsverbintenis. Het feit dat inspanningsverbintenissen niet leiden tot een verplichting een bepaald resultaat te behalen, betekent niet dat een tekortkoming in de (contractuele of wettelijke) verantwoordelijkheid naar beste inspanning de taak te verrichten, niet tot aansprakelijkheid leidt. Sterker, in het algemeen kan men stellen dat alle (contractuele of wettelijke) inspanningsverbintenissen leiden tot aansprakelijkheid indien de verantwoordelijkheid de taak naar beste inspanning te verrichten niet is nageleefd en daardoor schade is ontstaan.

Ten tweede geldt dat de reden waarom een werknemer niet zonder meer aansprakelijk is wanneer hij de verantwoordelijkheid zijn taak naar beste inspanning te verrichten niet nakomt, gelegen is in het feit dat hij pas aansprakelijk is indien sprake is van 'opzet of bewuste roekeloosheid' (en in het verleden: 'grove schuld'). Dat heeft niets te maken met een verschil tussen een inspanningsverbintenis en een resultaatsverbintenis, of met een verschil tussen verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid, maar dat is simpelweg het gevolg van een hoge drempel voor de aansprakelijkheid van de werknemer die een expliciete wettelijke grondslag heeft in de artt. 7:661 en 6:170 lid 3 BW. Voor bestuurders van rechtspersonen bestaat een dergelijke wettelijke grondslag niet.

Ten derde geldt dat volgens de parlementaire geschiedenis van art. 2:138/248 BW, welke relevant is voor de uitleg van art. 2:9 BW, de aansprakelijkheid van een bestuurder jegens de rechtspersoon dient te worden beoordeeld door een objectieve maatstaf toe te passen. Een bestuurder kan zich niet disculperen met het excuus dat hij naar beste weten heeft gehandeld, doch dat het niveau van kennis en bekwaamheid niet toereikend was. Van een bestuurder mag worden verwacht dat hij geschiktheid bezit. Onbekwaamheid voor de functie kan niet tot disculpatie leiden. Wie de taak van de bestuurder op zich neemt, staat tot op zekere hoogte ervoor in dat hij de daartoe vereiste bekwaamheden bezit. Mist hij het inzicht of de bekwaamheid, die van iemand in zijn positie redelijkerwijs kan worden verwacht, dan dient hij zijn benoeming niet te aanvaarden. De grondslag voor aansprakelijkheid van een bestuurder is daarom niet gelegen in het niet nakomen van een inspanningsverbintenis. De grondslag is gelegen in de tekortkoming in de verbintenis om de bestuurstaak behoorlijk te vervullen als bedoeld in art. 2:9 BW. Art. 2:9 BW vormt een afzonderlijke en zelfstandige rechtsgrond voor de aansprakelijkheid van bestuurders. Boek 6 en

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

Boek 7 BW zijn daarvoor niet relevant, zelfs als de bestuurder ook een werknemer is van de rechtspersoon. Art. 2:9 BW derogeert immers aan Boek 7 BW. Zijn verantwoordelijkheden als bestuurder gaan verder dan zijn verantwoordelijkheden als werknemer. De maatstaf van aansprakelijkheid van een bestuurder verschilt dus met de maatstaf die toegepast moet worden op de aansprakelijkheid van een werknemer jegens zijn werkgever. Die laatste maatstaf is een subjectieve. Een werknemer kan dus juist wel aansprakelijkheid ontlopen met het excuus dat hij naar beste weten heeft gehandeld, doch dat het niveau van kennis en bekwaamheid niet toereikend was.

Ten vierde geldt dat in de literatuur, waarin de bestuurder werd gelijkgetrokken met de werknemer, ook is betoogd dat de bestuurder vergeleken moet worden met de professionele beroepsbeoefenaar, zoals een advocaat of een accountant. In de literatuur werd aangevoerd dat dit soort beroepsbeoefenaars doorgaans ook een inspanningsverbintenis en niet een resultaatverbintenis aangaan. Als de vergelijking met de beroepsbeoefenaars in de literatuur verder zou zijn doorgetrokken, hetgeen mijns inziens goed te verdedigen zou zijn geweest, dan zou de uitkomst juist zijn dat de bestuurder niet hetzelfde dient te worden behandeld als de werknemer: de aansprakelijkheid van professionals, zoals advocaten, accountants en anderen, wordt namelijk ook met toepassing van een objectieve maatstaf beoordeeld. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is de maatstaf die wordt aangelegd bij de beoordeling van de vraag of de beroepsbeoefenaar aansprakelijk is voor een tekortkoming in de uitvoering van de opdracht ex art. 7:401 BW, 'of de opdrachtnemer heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot te werk zou zijn gegaan'. Wat dat concreet inhoudt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.²⁸ In tal van arresten heeft de Hoge Raad zich daarover uitgelaten voor verschillende soorten opdrachtnemers, zoals artsen, notarissen, belastingadviseurs, accountants en assurantietussenpersonen. De maatstaf die de Hoge Raad hier heeft aangelegd, heeft grote gelijkenis met de objectieve maatstaf die van oudsher moet worden toegepast bij de beoordeling van aansprakelijkheid van een bestuurder ex art. 2:9 BW, zoals dat blijkt uit de wetsgeschiedenis. Voor beroepsbeoefenaars bestaat ook geen ernstigverwijtmaatstaf die hen beschermt tegen aansprakelijkheid.

Al het voorgaande leidt tot de conclusie dat het in het verleden in de literatuur ingenomen standpunt dat de maatstaf voor aansprakelijkheid van een bestuurder hetzelfde moet zijn als de maatstaf voor aansprakelijkheid van een werknemer, niet gerechtvaardigd is. Om diezelfde reden is het rechtstheoretisch niet te rechtvaardigen voor interne bestuurdersaansprakelijkheid een maatstaf

28. Zie bijvoorbeeld: HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26 en HR 9 juni 2000, *NJ* 2000, 460.

(‘ernstig verwijt’) te hanteren die afkomstig is van rechtspraak die oorspronkelijk betrekking had op de aansprakelijkheid van een werknemer jegens zijn werkgever.

Wets- en rechtshistorische interpretatiemethoden en wetsystematische interpretatiemethode: de beleidsruimte om te manoeuvreren

Een andere rechtvaardiging in de literatuur om de ernstigverwijtmaatstaf te hanteren, is dat een bestuurder beleidsruimte moet hebben (ruimte om te manoeuvreren). In het eerdergenoemde arrest *Willemsen/NOM* werd deze rechtvaardiging door de Hoge Raad bevestigd. De Hoge Raad overwoog hierin, zoals gezegd, dat de ernstigverwijtmaatstaf als een ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’ van een bestuurder tegenover de door hem bestuurde vennootschap dient te worden aanvaard. Hiermee zou volgens de Hoge Raad mede het belang van die vennootschap en de daarmee verbonden onderneming worden gediend, omdat daardoor wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen. De gegeven rechtvaardiging gaat echter voorbij aan het feit dat, volgens de parlementaire geschiedenis van art. 2:138/248 BW en art. 2:9 BW, reeds bij de vraag of sprake is van onbehoorlijke taakvervulling de rechter rekening moet houden met de beleidsruimte van de bestuurder en met het feit dat een bestuurder soms risico’s moet nemen. Als het bestuur geen verwijt van onbehoorlijke taakvervulling kan worden gemaakt, komt de rechter in het geheel niet toe aan de individuele aansprakelijkheid van bestuurders of de mogelijkheid van bestuurders zich te disculperen. Anders gezegd, de ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’ (zou men deze terminologie willen hanteren) ligt al besloten in de vraag of sprake is van (on)behoorlijke taakvervulling. Daarvoor is de door de Hoge Raad geformuleerde ernstigverwijtmaatstaf niet nodig. Het lijkt wets- en rechtshistorisch niet logisch bij de (vervolg)vraag naar de individuele aansprakelijkheid opnieuw een hoge drempel voor aansprakelijkheid te hanteren welke hoge drempel wordt onderbouwd met argumenten die reeds zijn meegenomen bij de vraag of sprake is geweest van onbehoorlijke taakvervulling. De in de literatuur en in het *Willemsen/NOM*-arrest gegeven rechtvaardiging voor de ernstigverwijtmaatstaf lijkt gelet op het bovenstaande vanuit wets- en rechtshistorisch oogpunt niet goed te verdedigen. De rechtvaardiging van de Hoge Raad gaat daarnaast voorbij aan het feit dat art. 2:9 BW van toepassing is op *alle* rechtspersonen, terwijl veel rechtspersonen geen onderneming drijven of in het geheel geen belang erbij hebben dat een bestuurder zich niet door defensieve overwegingen laat leiden (goede doelen, sport- en muziekverenigingen, semipublieke instellingen in de gezondheidszorg, maatschappelijke organisaties, enz.).

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

Wets- en rechtshistorische interpretatiemethoden en wetsystematische interpretatiemethode: het systeem van art. 2:9 BW en het collegialiteitsbeginsel

Zoals hiervoor uiteengezet, is de ratio en systematiek van art. 2:9 BW aldus dat sprake is van collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur, waarbij (i) de *rechtspersoon* dient te stellen en bewijzen dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling (al dan niet door het handelen van slechts één bestuurder), hetgeen leidt tot hoofdelijke aansprakelijkheid van het gehele bestuur (*de eerste verwijtbaarheidsvraag*) en (ii) de *bestuurder*, om aan aansprakelijkheid te ontkomen, dient te stellen en bewijzen dat hij zich kan disculperen (*de tweede verwijtbaarheidsvraag*). De Hoge Raad lijkt in *Staleman/Van de Ven* beide verwijtbaarheidsvragen gelijktijdig en geïntegreerd te beantwoorden door de vraag naar aansprakelijkheid van de individuele bestuurder te beperken tot een ‘overall-benadering’. In die ‘overall-benadering’ spelen de door de Hoge Raad geformuleerde omstandigheden een rol, maar in feite is de benadering uiteindelijk beperkt tot de vraag of de bestuurder een zogenoemd ‘ernstig verwijt’ treft. Met deze benadering is de Hoge Raad afgeweken van het systeem van art. 2:9 BW en dat is in strijd met de trias politica. Om de benadering toch te laten ‘passen’ in het systeem van art. 2:9 BW zijn in de literatuur verschillende theorieën ontwikkeld die de ernstigverwijtmaatstaf en de behoorlijke taakvervullingsnorm van art. 2:9 BW als het ware convergeren. In deze literatuur werd bijvoorbeeld gesteld dat alleen sprake kan zijn van onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur als een individuele bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Als dat het geval is, dient dit ernstig verwijt vervolgens te worden toegerekend aan alle andere bestuurders als collectief. Deze andere bestuurders zouden zich vervolgens echter weer kunnen disculperen door te bewijzen dat hun géén ernstig verwijt kan worden gemaakt. Ook na de codificatie van de ernstigverwijtmaatstaf in 2013 in art. 2:9 BW zou dit volgens deze literatuur nog steeds het systeem van art. 2:9 BW zijn. Het lijkt daarbij dat de thans door de meerderheid van de auteurs aangenomen benadering is gebaseerd op een in de doctrine ontwikkelde interpretatie, die beoogt een in de jurisprudentie op kwestieuze wijze tot stand gekomen ernstigverwijtmaatstaf ‘plaats’ te geven in het wettelijk systeem. Anders gezegd, omdat de Hoge Raad sinds 1997 de term ‘ernstig verwijt’ is gaan hanteren, is dat een gegeven waarmee de doctrine vrij snel en kritiekloos heeft getracht te ‘dealen’. Dat maakt echter niet dat de redenering van de Hoge Raad daarmee alsnog rechtstheoretisch gerechtvaardigd is. De redenering van de Hoge Raad en de in de literatuur ontwikkelde theorieën zijn niet te rijmen met het hiervoor uiteengezette collegialiteitsbeginsel. Uit dit beginsel volgt dat elke bestuurder de plicht heeft zijn taak niet alleen inhoudelijk, maar ook collegiaal behoorlijk te vervullen. Dat houdt in dat hij toezicht houdt op medebestuurders, met hen overlegt, kritisch is, vragen stelt en zo nodig taken van een medebestuurder naar zich toe trekt indien de omstandigheden dat vereisen. Daar past geen ondernemend en mogelijk risiconemend gedrag bij en

derhalve past daarbij evenmin de vrees dat de bestuurder zijn gedrag op dat vlak in ‘onwenselijke mate door defensieve overwegingen’ laat bepalen. Hier past namelijk het tegenovergestelde gedrag bij: onderzoekend, doorvragend, kritisch en risico-analyserend. Dat houdt collegiaal besturen in en dat heeft onder meer als defensief doel om de rechtspersoon als abstract rechtssubject volwaardig deel te kunnen laten uitmaken van het maatschappelijk economisch verkeer. De door de Hoge Raad gegeven rechtvaardiging voor de ernstigverwijtmaatstaf, te weten dat deze in het belang van de rechtspersoon is omdat daarmee wordt voorkomen dat de bestuurder zich in ‘onwenselijke mate door defensieve overwegingen’ laat leiden, gaat ten aanzien van deze uit het collegialiteitsbeginsel voortvloeiende verplichtingen dus helemaal niet op. Als een bestuurder het *gewone* verwijt valt te maken dat hij onvoldoende toezicht heeft gehouden op medebestuurders, onvoldoende informatie heeft opgevraagd en onvoldoende kritisch is geweest, dan kan hij zich niet disculperen. Zou men als uitgangspunt nemen dat deze bestuurder eerst aansprakelijk is als hem in dat verband een *ernstig* verwijt valt te maken, zou dat het collegialiteitsbeginsel en art. 2:9 BW ondermijnen.

Wets- en rechtshistorische interpretatiemethoden en wetsystematische interpretatiemethode: de ernstigverwijtmaatstaf wordt niet toegepast bij art. 2:138/248 BW

Uit de parlementaire geschiedenis bij art. 2:138/248 BW blijkt dat de betekenis van ‘onbehoorlijke taakvervulling’ in de zin van art. 2:9 BW en de betekenis van ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ in de zin van art. 2:138/248 BW in wezen niet verschillen. Beide bepalingen hebben betrekking op dezelfde gedragsnorm. De toetsingsregels om te beoordelen of die gedragsnorm geschonden is, zijn voor beide bepalingen eveneens hetzelfde. Toch wordt in de rechtspraak die betrekking heeft op de aansprakelijkheid op grond van art. 2:138/248 BW een andere maatstaf toegepast dan in de rechtspraak die betrekking heeft op de aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW. Daar wordt geen ernstigverwijtmaatstaf toegepast, maar wordt getoetst of de bestuurder heeft gehandeld zoals geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zou hebben gehandeld. Ik denk dat deze toets juist is en dat de toets van het ernstig verwijt niet juist is. Het feit dat in de rechtspraak twee verschillende maatstaven worden gehanteerd voor bepalingen uit Boek 2 BW, die alle twee betrekking hebben op de aansprakelijkheid van de bestuurder op grond van onbehoorlijke taakvervulling, laat naar mijn mening zien dat het gebruik van de ernstigverwijtmaatstaf bij de toepassing van art. 2:9 BW vanuit een wetsystematisch oogpunt niet gerechtvaardigd is.

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

De ernstigverwijtmaatstaf in de rechtspraak over interne bestuurdersaansprakelijkheid na Staleman/Van de Ven

In mijn onderzoek naar de grote hoeveelheid rechtspraak over interne bestuurdersaansprakelijkheid, waarin de ernstigverwijtmaatstaf wordt toegepast, ben ik niet gestuit op uitspraken die voor wat betreft hun uitkomst overduidelijk strijdig zijn met het rechtsgevoel. Dat zou ook niet ‘Nederlands’ zijn. Ik merk daarbij wel op dat ik in mijn onderzoek voornamelijk heb gekeken naar de rechtstheoretische onderbouwingen in deze rechtspraak verband houdende met art. 2:9 BW en dat ik mij niet steeds in de inhoudelijke merites van de zaak heb verdiept. Beschouwt men de rechtstheoretische onderbouwing van sommige uitspraken waarin de ernstigverwijtmaatstaf bij art. 2:9 BW werd toegepast, dan kan men echter concluderen dat die uitspraken een stuk eenvoudiger (en daarmee begrijpelijker) zouden hebben kunnen zijn zonder de ernstigverwijtmaatstaf.²⁹ Daarnaast blijkt uit die rechtstheoretische onderbouwing vaak ook dat de toepassing van de ernstigverwijtmaatstaf leidt tot een redenering die niet lijkt te stroken met de ratio en systematiek van art. 2:9 BW. Dit is vanzelfsprekend onwenselijk. De rechtspraak moet namelijk zo veel mogelijk zijn terug te voeren op de door de wetgever bepaalde regels. In deze samenvatting ga ik niet in op deze rechtspraak. Ik merk slechts op dat in bepaalde uitspraken de rechter oordeelde dat een of meer bestuurders van een rechtspersoon onbehoorlijke taakvervulling kon worden verweten, zonder dat hun een beroep toekwam op disculpatie, maar dat zij toch niet aansprakelijk werden geacht omdat de rechter oordeelde dat hun geen ernstig verwijt kon worden gemaakt. Rechtstheoretisch is dit niet te rechtvaardigen. Indien de rechter in een concreet geval van oordeel is dat een bestuurder niet aansprakelijk is, zou de rechter moeten oordelen dat hem geen onbehoorlijke taakvervulling kan worden verweten of dat hij zich kan disculperen.

Conclusie

Vanuit rechtstheoretisch en rationeel oogpunt lijkt geen enkele rechtvaardiging te bestaan voor de introductie en het gebruik van de ernstigverwijtmaatstaf in het kader van de beoordeling van interne aansprakelijkheid van bestuurders. De introductie lijkt te zijn gebaseerd op de analogie tussen de bestuurder en de werknemer, terwijl de bestuurder en de werknemer als zodanig niet met elkaar

29. HR 11 juni 1999, *NJ* 1999, 586, *JOR* 1999/146 (*Van Dooren q.q./Hendriks*); HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 6 en *JOR* 2000/11 m.nt. C.H. Jansen (*Prickartz/M*); HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 455 (*Berghuizer Papierfabriek*); HR 4 april 2003, *NJ* 2003, 538 m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 2003/134 m.nt. Y. Borrius (*Skipper Club Charter*); Rb. Arnhem 21 mei 2008, *JOR* 2008/222 (*Stichting STOAS*); Hof Amsterdam 12 juni 2012, *JOR* 2012/348 (*Nederlandse Rode Kruis*); Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, *JOR* 2014/295 m.nt. J. van Bakkum (*Goedewaagen Gouda*); Rb. Rotterdam 26 augustus 2015, *JOR* 2015/327 m.nt. J. van Bakkum (*Fibercom*).

zijn te vergelijken. Dat die vergelijking niet opgaat, wordt thans in de literatuur algemeen aanvaard. Toch wordt in de rechtspraak en literatuur nog steeds gebruikgemaakt van een term die juist werd gehanteerd in het kader van de beoordeling van de aansprakelijkheid van werknemers. Dit heeft tot veel onnodige discussie en onnodige theorieën in literatuur en jurisprudentie geleid. Doordat de doctrine de maatstaf heeft geaccepteerd en getracht heeft deze een plaats te geven in het systeem van de wet, is het bestaansrecht van de ernstigverwijtmaatstaf versterkt. Rechterlijke macht en doctrine hebben elkaar als het ware beïnvloed. Dit is zelfs zo ver gegaan dat de wetgever heeft besloten om de ernstigverwijtmaatstaf op 1 januari 2013 te codificeren in een wens aan te sluiten bij de in de rechtspraak en doctrine gehanteerde terminologie. Aan deze codificatie hebben dus geen rechtspolitieke overwegingen ten grondslag gelegen, maar uitsluitend praktische. De ernstigverwijtmaatstaf doet geen recht aan de objectieve maatstaf die dient te worden gehanteerd voor de beoordeling van interne aansprakelijkheid en ook niet aan het collegialiteitsbeginsel. Er bestaat geen reden vast te houden aan de ernstigverwijtmaatstaf. Het recht wordt er niet mee verfijnd en het leidt tot inconsequente redeneringen en jurisprudentie. Ik ben mij bewust van de realiteit van de ernstigverwijtmaatstaf. Er bestaat een grote hoeveelheid jurisprudentie, de maatstaf wordt breed gedragen en is nu zelfs gecodificeerd. Dit doet echter niet af aan het feit dat de ernstigverwijtmaatstaf rechtstheoretisch niet te rechtvaardigen is en dat het nodig is om bestaande paradigma's te doorbreken. In dit verband moet worden benadrukt dat de wet en rechtspraak taalkundig duidelijk moeten zijn. Dat is in het belang van de rechtsstaat. Rechtspersonen en hun bestuurders hebben belang en recht om duidelijkheid te hebben over de normen die gelden voor de aansprakelijkheid van bestuurders. In de literatuur is de vrees uitgesproken dat het Nederlandse ondernemingsrecht meer en meer verworden is tot een wetenschap die voor de niet-specialist nog nauwelijks te doorgronden is en dat het voor degenen die met het onderwerp bestuurdersaansprakelijkheid worden geconfronteerd lastig kan zijn regelgeving en jurisprudentie te vertalen naar de praktijk. Ik meen dan ook dat het interne bestuurdersaansprakelijkheidsrecht weer eenvoudig moet worden gemaakt door de theorie hieromtrent te verduidelijken. In hoofdstuk 8 doe ik in dat verband een voorstel om het op 8 juni 2016 door de Minister ingediende wetsvoorstel tot aanpassing van art. 2:9 BW te wijzigen.

De codificatie van de ernstigverwijtmaatstaf op 1 januari 2013 en een voorstel voor een gewijzigd art. 2:9 BW (hoofdstuk 8)

Toen de wetgever bij de Wet bestuur en toezicht van 6 juni 2011³⁰ in 2013 tot codificatie van de ernstigverwijtmaatstaf overging, waren de in dit proefschrift gedane constatering bij mijn weten nog niet in onderlinge samenhang

30. Wet bestuur en toezicht, Wet van 6 juni 2011, Stb. 2011, 275 (per 1 januari 2013 in werking getreden).

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

gedaan. De wetgever baseerde zich bij de codificatie van de maatstaf vrij eenvoudig op het arrest *Staleman/Van de Ven* met het argument aan te sluiten bij de in de rechtspraak en literatuur gehanteerde terminologie. Van een eigen rechtspolitieke of normatieve overweging van de wetgever is niet gebleken. Gelet op de constatering in dit proefschrift leidt de codificatie van de maatstaf tot nog meer onduidelijkheid. Dit blijkt ook uit de wijze *waarop* de maatstaf is gecodificeerd. Terwijl in de literatuur na *Staleman/Van de Ven* werd aangenomen dat de maatstaf van belang was in het kader van de vraag naar onbehoorlijk bestuur en een toetsingsnorm zou vormen voor het vaststellen van onbehoorlijk bestuur, is de maatstaf niet als een onderdeel van de behoorlijke taakvervullingsnorm opgenomen. De maatstaf is juist opgenomen in het deel van art. 2:9 BW dat volgt na de ‘tenzij’. De ernstigverwijtmaatstaf is onderdeel geworden van de disculpatiemogelijkheid. Dit heeft tot een stevige discussie geleid in de literatuur waarin de vraag centraal stond of onbehoorlijk bestuur nog steeds slechts zou kunnen worden aangenomen indien een bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt of niet. Uit de wetsgeschiedenis van het huidige art. 2:9 BW blijkt echter zonder meer dat de wetgever niet heeft willen afwijken van het arrest *Staleman/Van de Ven*, zodat de discussie naar mijn mening niet bepaald nodig was. Het enkele bestaan van de discussie laat evenwel zien hoe belangrijk het is dat de wetgever duidelijke wetten formuleert. Het lijkt echter erop dat de wetgever zelf kennelijk ook niet goed in staat was zijn bedoeling goed onder woorden te brengen, althans dat de wetgever niet goed begreep wat met de ernstigverwijtmaatstaf werd beoogd. Dit leidt vanzelfsprekend tot een gebrek aan duidelijkheid, niet alleen in het huidige art. 2:9 BW, maar ook in het voorstel voor een nieuwe bepaling zoals op 8 juni 2016 door de Minister is ingediend.³¹ Ik stel daarom voor dit voorstel als volgt te wijzigen (de onderstrepingen en doorstrepingen laten de voorgestelde wijzigingen zien).

Art. 2:9 BW

Ik stel voor lid 2 te schrappen en lid 3 (dat dient te worden vernummerd naar lid 2) als volgt te laten luiden:

“Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn ~~taak~~ eigen bestuurstaken. Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de behoorlijke vervulling van de bestuurstaken van zijn medebestuurder. De bestuurders richten zich bij de vervulling van hun taak naar het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie.”

31. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 2 (Voorstel van Wet).

Ter toelichting merk ik op dat het collegialiteitsbeginsel en de daaraan verbonden collectieve verantwoordelijkheid met zich brengt dat iedere bestuurder in beginsel verantwoordelijk en aansprakelijk is voor de bestuurstaken van zijn medebestuurders. Het is dan niet nodig in art. 2:9 BW (zoals in lid 2 van het huidige voorstel) melding te maken van een formele (statutaire) of informele taakverdeling binnen het bestuur of expliciet te maken dat de algemene gang van zaken en het financiële beleid behoren tot de verantwoordelijkheid van alle bestuurders. Zowel in het geval dat taken statutair (formeel) zijn verdeeld als in het geval dat in de praktijk (informeel) specifieke aangelegenheden bestaan waarover binnen het bestuur is afgesproken dat een specifieke bestuurder zich daarmee bezig zal houden, geldt dat elke bestuurder zich kan disculperen (ook voor het algemene en financiële beleid) op grond van (het eveneens te wijzigen) art. 2:9b lid 1 BW.

Ik stel voor een nieuw lid 3 in te voegen dat als volgt luidt:

“Het behoorlijk vervullen van de eigen bestuurstaken houdt in dat de bestuurder handelt met het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bekwaam en redelijk handelend bestuurder van de rechtspersoon in kwestie, en die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. De beoordeling van de vraag of een bestuurder heeft gehandeld zoals in de vorige volzin bedoeld, geschiedt naar het moment waarop de bestuurder zijn bestuurstaken diende te vervullen.”

Ter toelichting merk ik op dat geen reden bestaat de inmiddels lang en breed geaccepteerde objectieve beoordelingsmaatstaf, waarin rekening wordt gehouden met de beleidsruimte van de bestuurder, niet te codificeren. Datzelfde geldt voor het vanzelfsprekende uitgangspunt dat de beoordeling van het handelen of nalaten door een bestuurder dient te geschieden naar het peilmoment waarop het handelen of nalaten heeft plaatsgevonden. Dit biedt duidelijkheid aan de bestuurder, de rechtspersoon en de rechter.

Art. 2:9b BW

Ik stel voor lid 1 als volgt te wijzigen:

“Elke bestuurder is jegens de rechtspersoon ~~voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt~~ aansprakelijk terzake van zijn eigen onbehoorlijke taakvervulling. Elke bestuurder is voor het geheel hoofdelijk aansprakelijk met zijn medebestuurder voor onbehoorlijke taakvervulling door zijn medebestuurder. De bestuurder is echter niet aansprakelijk indien hij zijn eigen bestuurstaken, daaronder

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

begrepen de collegiale bestuurstaak, behoorlijk heeft vervuld en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van ~~onbehoorlijk bestuur~~ onbehoorlijke taakvervulling door zijn medebestuurder af te wenden.”

Ter toelichting merk ik het volgende op. De onduidelijkheid over het verschil tussen de termen ‘(on)behoorlijke taakvervulling’ en ‘(on)behoorlijk bestuur’ wordt weggenomen door consequent te spreken van ‘(on)behoorlijke taakvervulling’. Er bestaat namelijk geen verschil tussen deze termen. Gelet op het belang van taal in ons recht is deze wijziging dus wenselijk. De woorden “voor het geheel” in de eerste zinsnede dienen te worden verwijderd omdat de eerste zin in mijn voorstel slechts betrekking heeft op de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van de eigen onbehoorlijke taakvervulling. De woorden “voor het geheel” voegen dan niets toe. De formulering “tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt”, dient te worden verwijderd. De term ‘ernstig verwijt’ past namelijk niet bij de objectieve beoordelingsmaatstaf die in mijn voorstel wordt gecodificeerd in art. 2:9 lid 3 BW. Voort zijn de aan anderen toebedeelde taken in beginsel niet relevant, gelet op het collegialiteitsbeginsel en het daarmee samenhangende uitgangspunt van collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid. Die hoofdelijke aansprakelijkheid wordt expliciet gemaakt in de tweede zin. Het gebruik van de term ‘hoofdelijk’ is hier van belang om duidelijk te maken dat de verhouding tussen de bestuurders onderling wordt geregeld door art. 6:10 BW. In de derde zin wordt in het kader van de disculpatiemogelijkheid expliciet benoemd dat de bestuurder zijn taken wel steeds ook collegiaal behoorlijk dient te hebben vervuld. Bij de vraag wat die collegiale behoorlijke taakvervulling inhoudt, kan de rechter rekening houden met het onderscheid tussen een uitvoerende en een niet-uitvoerende bestuurder. Die laatste zal ter uitoefening van zijn collegiale taakvervulling immers meer afhankelijk zijn van de informatie die hem wordt aangereikt door (niet-uitvoerende) medebestuurders. Ook kan de rechter, bij de vraag wat die collegiaal behoorlijke taakvervulling inhoudt, rekening houden met de diversiteit tussen rechtspersonen, die bijvoorbeeld geen kapitaalvennootschap zijn of geen onderneming drijven, en overwegen dat het collegialiteitsbeginsel in de praktische werkelijkheid bij de voorliggende rechtspersoon een minder grote rol speelt (de stichting die een schoolkrant uitgeeft, de voetbalvereniging etc.).

Art. 2:9c BW

Ik stel voor lid 1, 2 en 3 als volgt te wijzigen:

- “1. *In geval van faillissement van een rechtspersoon is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort, zijnde het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak ~~kennelijk~~ onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.*
2. *Indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 10 of 394, heeft het zijn taak ~~kennelijk~~ onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Hetzelfde geldt indien de rechtspersoon volledig aansprakelijk vennoot is van een vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap en niet is voldaan aan de verplichtingen uit artikel 15i van Boek 3. Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen. ~~Dit lid is niet van toepassing op een onbezoldigd bestuurder van een vereniging of stichting die niet aan de heffing van de vennootschapsbelasting is onderworpen en op een onbezoldigd bestuurder van een vereniging waarvan de statuten niet zijn opgenomen in een notariële akte.~~*
3. *Niet aansprakelijk is de bestuurder die bewijst dat hij zijn eigen bestuurstaken, daaronder begrepen de collegiale bestuurstaak, behoorlijk heeft vervuld en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur af te wenden.*”

Ter toelichting merk ik het volgende op. Omdat geen verschil bestaat tussen de termen ‘kennelijk onbehoorlijke taakvervulling’ en ‘onbehoorlijke taakvervulling’, stel ik voor de term ‘kennelijk’ los te laten. Er bestaat voorts geen reden de formulering van de disculpatiegrond in art. 2:9c lid 3 BW niet gelijk te trekken met art. 2:9b lid 1 BW.

Voor het geval de politiek het wenselijk mocht achten (i) art. 2:9 BW niet dusdanig uit elkaar te trekken zoals de Minister dat heeft gedaan in de voorgestelde artt. 2:9 lid 2, 2:9 lid 3 en 2:9b lid 1 BW van zijn wetsvoorstel van 8 juni 2016 en/of (ii) thans niet over te gaan tot de overige wijzigingen die het wetsvoorstel en mijn wijzigingsvoorstellen met zich brengen, doe ik in hoofdstuk 8 van dit proefschrift een alternatief voorstel om uitsluitend het huidige art. 2:9 BW te wijzigen.

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

Tot slot moet worden opgemerkt dat het huidige art. 2:9 BW is gebaseerd op wetsbepalingen die dateren uit het begin van de twintigste eeuw, zijnde het in 1925 ingevoerde art. 31 van de Wet op de Coöperatieve Vereeniging en het in 1929 ingevoerde art. 47c WvK (oud). Het kan soms geen kwaad om iets helemaal opnieuw op te bouwen, in plaats van het steeds maar weer een beetje aan te passen. Daarmee wordt het duidelijker, mooier en meer van deze tijd.

Externe bestuurdersaansprakelijkheid en de introductie van de ernstig-verwijtmaatstaf (Hoofdstuk 9)

Inleiding

De basis voor externe bestuurdersaansprakelijkheid is art. 6:162 BW, dat als volgt luidt:

- “1. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.*
- 2. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.*
- 3. Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.”*

Als men kijkt naar de geschiedenis van de jurisprudentie over externe bestuurdersaansprakelijkheid, dan blijkt dat deze jurisprudentie in de periode tussen 1927 en 1997 steeds was gebaseerd op de ongeclausuleerde toepassing van dit art. 6:162 BW en dat een aantal duidelijk rechtsverfijnende arresten is geweest. Kenmerkend voor deze jurisprudentie is dat deze normscheppend was en dat maatschappelijke betamelijkheidsnormen zijn geconcretiseerd. In de periode tussen 1997 en 2005 heeft de Hoge Raad een aantal arresten gewezen waarin de voornoemde jurisprudentie terugkomt. De Hoge Raad heeft daarbij een aantal keer (in wisselende samenstelling) gebruikgemaakt van de termen ‘voldoende’, ‘ernstig’, ‘persoonlijk’ en ‘verwijt’ zonder dat deze termen een specifieke juridische toegevoegde waarde hadden. Het lijkt erop dat het gebruik van deze terminologie heeft geleid tot de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in het leerstuk van externe bestuurdersaansprakelijkheid in het in 2006 gewezen arrest *Ontvanger/Roelofsen*.³² In dit arrest werd door de Hoge Raad echter niet op rechtstheoretische of rechtspolitieke wijze toegelicht op grond waarvan hij

32. HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

meende dat van aansprakelijkheid van een bestuurder jegens een derde op grond van art. 6:162 BW pas sprake kan zijn als hem een zogenaamd ‘ernstig verwijt’ treft. Hoewel hierover enige tijd discussie bestond in de literatuur, werd de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in het leerstuk van externe bestuurdersaansprakelijkheid in de literatuur uiteindelijk goed ontvangen, omdat de Hoge Raad hiermee de normen voor interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid gelijk zou hebben getrokken. Er werd in dit verband gesproken over zogenoemde normatieve convergentie. Sindsdien wordt de ernstigverwijtmaatstaf ook in het leerstuk van externe bestuurdersaansprakelijkheid breed aanvaard. In de periode 2006-2014 heeft de Hoge Raad een aantal arresten gewezen waarin hij het gebruik van de ernstigverwijtmaatstaf bij externe bestuurdersaansprakelijkheid nader heeft onderbouwd.

Rechtspraak 1927-1997

In 1927 overwoog de Hoge Raad in het arrest *Kretzschmar/Mendes de Leon*³³ dat bestuurders voor hun handelen namens de vennootschap zelf aansprakelijk kunnen zijn op grond van onrechtmatige daad, wanneer zij tegen beter weten in een “*geheel scheeve voorstelling*” van zaken geven.

De Hoge Raad overwoog in het in 1958 gewezen arrest *Van Dullemen/Sala*³⁴ dat de weigering van een natuurlijk persoon als orgaan van een vennootschap om een verbintenis van die vennootschap na te komen, onder omstandigheden als maatschappelijk onbetamelijk en dus als een onrechtmatige daad van die natuurlijk persoon jegens een derde kan worden aangemerkt. Er zijn hierna vergelijkbare normen in de jurisprudentie ontwikkeld als gevolg waarvan een bestuurder aansprakelijk is indien hij de nakoming van verplichtingen van de vennootschap frustreert, dan wel feitelijke betalingsonmacht creëert met voorzienbare benadeling van haar crediteur(en) als gevolg.³⁵ In het kader van dit proefschrift vat ik deze normen samen als de ‘*nakomingsfrustratie-norm*’.

In het in 1989 gewezen arrest *Beklamel*³⁶ heeft de Hoge Raad opnieuw geconcludeerd dat een bestuurder van een vennootschap op grond van een onrechtmatige daad persoonlijk jegens een derde aansprakelijk kan zijn voor zijn handelen als bestuurder van de vennootschap. In deze zaak oordeelde de Hoge Raad dat dit het geval is wanneer een bestuurder namens de vennootschap

33. HR 25 november 1927, *NJ* 1928, 364 m.nt. Scholten (*Kretzschmar/Mendes de Leon*).

34. HR 31 januari 1958, *NJ* 1958, 251 (*Van Dullemen/Sala*).

35. HR 26 maart 2010, *NJ* 2010, 189 (*Zandvliet/ING Bank*), HR 11 september 2009, *NJ* 2009, 565 m.nt. H.J. Snijders en P. van Schilfgaarde (*Comsystems/Van den End q.q.*), HR 17 juni 2005, *JOR* 2005/234 m.nt. S.M. Bartman (*De Berghorst/Maas*), HR 3 april 1992, *NJ* 1992, 411 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Van Waning/Van der Vliet*).

36. HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Beklamel*).

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

een overeenkomst met een derde aangaat, terwijl hij wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de vennootschap die overeenkomst niet zou nakomen en geen verhaal zou bieden. Ik noem dat in dit proefschrift de ‘*Beklamel*’-norm’.

Rechtspraak 1997-2006

In 1997 (hetzelfde jaar als *Staleman/Van de Ven* dat betrekking had op interne aansprakelijkheid) wees de Hoge Raad het arrest *Henkel/JMG*.³⁷ Daarin herhaalde de Hoge Raad de *Beklamel*-norm en overwoog de Hoge Raad – kort gezegd – dat een ‘wanprestatie van een rechtspersoon’ kan meebrengen dat een bestuurder een onrechtmatige daad kan worden verweten “*indien hem te dier zake een persoonlijk verwijt treft*”.

In 2000 wees de Hoge Raad het arrest *New Holland Belgium/Oosterhof*.³⁸ In dat arrest herhaalde de Hoge Raad de *nakomingsfrustratie*-norm en de *Beklamel*-norm, maar voegde daaraan toe dat:

- (i) in een ‘*Beklamel*’-geval “behoudens (...) rechtvaardigende of verontschuldigende omstandigheden moet worden aangenomen dat de bestuurder een zodanig verwijt treft dat hij persoonlijk jegens de wederpartij van de vennootschap aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad”;
- (ii) in een ‘*nakomingsfrustratie*’-geval aansprakelijkheid kan bestaan, maar dat het van “*de concrete omstandigheden van het geval [zal] afhangen of het aan de bestuurder te maken verwijt voldoende ernstig is om hem persoonlijk aansprakelijk te houden*”.

In het in 2002 gewezen arrest *Textile Company APS/Steins*.³⁹ overwoog de Hoge Raad dat de bestuurder gelet op de omstandigheden van het geval, “*persoonlijk een verwijt treft*” en dat de bestuurder aldus een hem “*persoonlijk toerekenbare onrechtmatige daad*” jegens derden heeft gepleegd. De uitspraak van de Hoge Raad was conform de conclusie van A-G Spier die overwoog dat “*voor persoonlijke aansprakelijkheid geen vereiste is dat het gaat om een ernstig verwijt*.”

In het in 2004 gewezen arrest *Pontecceen/Van Straten*.⁴⁰ overwoog de Hoge Raad dat de bestuurder “enig aandeelhouder en statutair directeur was en bij de voorbereiding en het sluiten van de onderhavige transactie, blijkens de tussen partijen gewisselde stukken, ten nauwste betrokken was.” In de door de Hoge

37. HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 270 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Henkel/JMG*), r.o. 3.5.

38. HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 295 m.nt. J.M.M. Maeijer (*New Holland Belgium/Oosterhof*).

39. HR 18 januari 2002, *NJ* 2002, 96 (*Textile Company APS/Steins*), r.o. 3.4.2.

40. HR 23 januari 2004, *NJ* 2005, 510 en *Ondernemingsrecht* 2004/81 m.nt. P. Van Uchelen (*Pontecceen/Van Straten*), r.o. 4.9.

Raad in stand gelaten uitspraak van de rechtbank⁴¹ overwoog de rechtbank dat de tekortkoming van de rechtspersoon onder omstandigheden kan meebrengen dat de bestuurder “op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk is, indien hem een persoonlijk verwijt treft.”

In het in 2005 gewezen arrest *Ontvanger/S*⁴² overwoog de Hoge Raad dat de ‘juiste maatstaf’ om te beoordelen of een bestuurder persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt is of de bestuurder heeft gehandeld in strijd met hetgeen in de gegeven omstandigheden krachtens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (vgl. art. 6:162 BW).

Rechtspraak 2006-2014

In het in 2006 gewezen arrest *Ontvanger/Roelofsen*⁴³ overwoog de Hoge Raad dat wanneer een schuldeiser van een vennootschap wordt benadeeld door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering, naast de aansprakelijkheid van de vennootschap mogelijk ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond kan zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen mocht volgens de Hoge Raad in het algemeen “*alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt*”. De Hoge Raad kwam tot deze overweging onder verwijzing naar het hiervoor aangehaalde in 2000 gewezen arrest *New Holland Belgium/Oosterhof* alsof deze stelregel reeds in dat arrest was ontwikkeld. In verband met de hiervoor onder (i) genoemde variant herhaalde de Hoge Raad vervolgens de *Beklamel*-norm. In verband met de hiervoor onder (ii) genoemde variant herhaalde de Hoge Raad vervolgens de *nakomingsfrustratie*-norm. Dit om uiteen te zetten onder welke omstandigheden van een ‘voldoende ernstig verwijt’ sprake kan zijn. Vanaf dit moment wordt in de rechtspraak en de literatuur ook externe bestuurdersaansprakelijkheid benaderd met de ernstigverwijtmaatstaf.

41. Rechtsoverweging 7.6 van het vonnis, kenbaar uit HR 23 januari 2004, *NJ* 2005, 510 en *Ondernemingsrecht* 2004/81 m.nt. P. Van Uchelen (*Ponteceen/Van Straten*). Het hof had dit vonnis vernietigd, doch de Hoge Raad had het arrest van het hof weer vernietigd en aansluiting gezocht bij het vonnis van de rechtbank.

42. HR 30 september 2005, *NJ* 2006, 312 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Ontvanger/S.*), r.o. 3.4.3.

43. HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*), r.o. 3.5.

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

In 2012 overwoog de Hoge Raad in het arrest *Spaanse Villa*⁴⁴ echter dat een bestuurder aansprakelijk was jegens een derde op grond van onrechtmatige daad, zonder dat vereist was dat deze bestuurder een ernstig verwijt trof in de zin van art. 2:9 BW. De bestuurder had volgens de Hoge Raad namelijk gehandeld in strijd “*met een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting*” waarvoor “*de gewone regels van onrechtmatige daad*” gelden. Omdat men vanaf 2006 in de literatuur tevreden was met de uniforme ernstigverwijtmaatstaf die in *Ontvanger/Roelofsen* werd geïntroduceerd, werd *Spaanse Villa* in de literatuur niet warm ontvangen. Volgens velen deed het arrest afbreuk aan de verzwaaarde drempel die zou moeten gelden voor aansprakelijkheid van bestuurders. Dit leidde tot de nodige commotie.

In 2014 wees de Hoge Raad de arresten *Hezemans Air*⁴⁵ en *RCI/Kastrop*.⁴⁶ In die arresten gaf de Hoge Raad alsnog een onderbouwing voor de toepassing van de ernstigverwijtmaatstaf bij externe bestuurdersaansprakelijkheid, zoals geïntroduceerd in het arrest *Ontvanger/Roelofsen*. De Hoge Raad lichtte eerst toe dat in het arrest *Spaanse Villa* geen sprake was van externe bestuurdersaansprakelijkheid, maar van schending van een gewone zorgvuldigheidsverplichting die persoonlijke rustte op de bestuurder. Vervolgens bevestigde de Hoge Raad dat externe bestuurdersaansprakelijkheid nog immer dient te worden beoordeeld aan de hand van de ernstigverwijtmaatstaf. De Hoge Raad onderbouwde dat als volgt:

“3.5.2 Indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, is uitgangspunt dat alleen de vennootschap aansprakelijk is voor daaruit voortvloeiende schade. Onder bijzondere omstandigheden is evenwel, naast aansprakelijkheid van die vennootschap, ook ruimte voor aansprakelijkheid van een bestuurder van de vennootschap. Voor het aannemen van zodanige aansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Aldus gelden voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder naast de vennootschap hogere eisen dan in het algemeen het geval is. Een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en door het maatschappelijk belang

44. HR 23 november 2012, *NJ* 2013, 302 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2013/40 m.nt. W.J.M. van Andel en K. Rutten (*Spaanse Villa*).

45. HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 21 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2014/296 m.nt. M.J. Kroeze (*Hezemans Air*).

46. HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 22 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2014/325 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*RCI/Kastrop*).

dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen (vgl. HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, NJ 2009/21)."

Analyse van de introductie, het gebruik en de onderbouwing van de ernstig-verwijtmaatstaf bij externe bestuurdersaansprakelijkheid (Hoofdstuk 10)

Inleiding

In dit hoofdstuk concludeer ik dat de jurisprudentie omtrent externe bestuurdersaansprakelijkheid sinds het standaardarrest *Beklamel* inhoudelijk in feite niet veel verder is ontwikkeld. In de periode tussen 1997 en 2006 heeft de Hoge Raad namelijk niet meer gedaan dan het herhalen van de normen die reeds in eerdere rechtspraak waren ontwikkeld, terwijl de Hoge Raad daar een aantal termen aan toevoegde die juridisch inhoudelijk weinig betekenis hadden, zoals de woorden 'ernstig', 'persoonlijk' en 'verwijt'. Het staat immers buiten kijf dat niemand aansprakelijk kan zijn voor een onrechtmatige daad als hem niet *persoonlijk verweten* kan worden de onrechtmatige daad te hebben begaan. Kan iemand wel een onrechtmatige daad worden verweten, dan voegt de term 'ernstig' verder niets toe: de daad is onrechtmatig of niet. De overweging van de Hoge Raad in *Henkel/JMG* en *New Holland Belgium/Oosterhof* dat aansprakelijkheid afhangt van de omstandigheden van het geval voegt evenmin iets toe, aangezien die omstandigheden reeds waren geformuleerd met de *Beklamel*-norm en de *nakomingsfrustratie*-norm. De Hoge Raad verwees overigens ook naar deze normen ter toelichting van die omstandigheden. De overweging in *New Holland Belgium/Oosterhof* dat geen aansprakelijkheid ontstaat indien een rechtvaardigingsgrond bestaat voor het handelen van de bestuurder, is tot slot evenmin een novum. Dat volgt immers uit art. 6:162 BW zelf. In dit hoofdstuk geef ik een verdere rechtstheoretische analyse van de ernstigverwijtmaatstaf bij externe bestuurdersaansprakelijkheid.

Analyse op basis van grammaticale-, wets- en rechtshistorische-, wetsystematische- en teleologische interpretatie

Ik heb onderzocht of de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in het in 2006 gewezen arrest *Ontvanger/Roelofsen* kan worden gerechtvaardigd met een grammaticale interpretatie. Mijn conclusie luidt dat dit niet het geval is. De introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in *Ontvanger/Roelofsen* lijkt te zijn gebaseerd op een onjuiste interpretatie van de terminologie die werd gehanteerd in jurisprudentie in de periode 1997 tot en met 2005. Deze terminologie, bestaande uit de woorden 'ernstig', 'persoonlijk' en 'verwijt', lijkt weinig zelfstandige betekenis te hebben en rechtstheoretisch niet iets toe te voegen. Daar waar de Hoge Raad in *Ontvanger/Roelofsen* de ernstigverwijtmaatstaf

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

introduceerde, verwees de Hoge Raad naar het in 2000 gewezen arrest *New Holland Belgium/Oosterhof* en naar art. 2:9 BW alsof uit *New Holland Belgium/Oosterhof* reeds zou voortvloeien dat de ernstigverwijtmaatstaf, die in 1997 voor interne bestuurdersaansprakelijkheid werd geïntroduceerd, ook zou gelden voor externe bestuurdersaansprakelijkheid. Maar hoewel de terminologie in het arrest *New Holland Belgium/Oosterhof* gelijkenissen vertoonde met de ernstigverwijtmaatstaf uit het op art. 2:9 BW gebaseerde *Staleman/Van de Ven*, dat betrekking had op interne bestuurdersaansprakelijkheid, legde de Hoge Raad dat verband niet in *New Holland Belgium/Oosterhof*. Er werd in dat laatste arrest ook niet verwezen naar *Staleman/Van de Ven* of naar art. 2:9 BW en evenmin volgde uit dat arrest dat een ernstigverwijtmaatstaf geldt voor externe bestuurdersaansprakelijkheid. Dit blijkt ook niet uit de drie arresten *Textile Company APS/Steins*, *Pontecceen/Van Straten* en *Ontvanger/S* die tussen 2002 en 2005 zijn gewezen. Rationeel en grammaticaal gezien had de ernstigverwijtmaatstaf, die (ten onrechte) werd gehanteerd bij art. 2:9 BW, een volstrekt andere betekenis dan de terminologie, bestaande uit de woorden ‘ernstig’, ‘persoonlijk’ en ‘verwijt’, die in 1997 tot 2005 werd gehanteerd in rechtspraak over externe bestuurdersaansprakelijkheid. Na *Ontvanger/Roelofsen* werd in de literatuur dan ook terecht de vraag gesteld of de verwijzing naar de ernstigverwijtmaatstaf en art. 2:9 BW wel juist was.

Ik heb ook onderzocht of de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in het arrest *Ontvanger/Roelofsen* kan worden gerechtvaardigd met een wets- en rechtshistorische of wetsystematische interpretatie. Mijn conclusie is dat ook dit niet het geval is. In dit verband heb ik als uitgangspunt genomen dat indien de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in *Ontvanger/Roelofsen* niet is gebaseerd op een onjuiste interpretatie van de terminologie die werd gehanteerd in jurisprudentie in de periode 1997 tot en met 2005, deze dan gebaseerd zal zijn op de in de literatuur in die periode tot stand gekomen gedachte dat niet alle fouten van een bestuurder moeten leiden tot zijn persoonlijke aansprakelijkheid jegens derden. In deze literatuur werd gesteld dat voor deze externe aansprakelijkheid vereist is dat een bestuurder een ernstig verwijt treft c.q. hem ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ kan worden verweten. Dit standpunt lijkt te zijn gebaseerd op de eveneens in de literatuur ingenomen stelling dat art. 6:170 lid 3 BW naar analogie van toepassing is op de relatie tussen een bestuurder en de rechtspersoon. Art. 6:170 lid 3 BW regelt de regresverhouding tussen een werkgever en werknemer voortvloeiende uit de hoofdelijke aansprakelijkheid van een werkgever jegens een derde voor een door de werknemer gepleegde onrechtmatige daad. Op grond van deze bepaling kan een werkgever alleen maar regres nemen op de werknemer, indien sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de werknemer. Maar als het deze analogie is die heeft geleid tot de gedachte dat een bestuurder alleen maar aansprakelijk is jegens een derde

indien hem opzet of bewuste roekeloosheid kan worden verweten c.q. een ernstig verwijt kan worden gemaakt, dan moet men concluderen dat deze redenering op grond van een rechtshistorische en wetsystematische interpretatie onjuist is. In de parlementaire geschiedenis van art. 6:170 BW is namelijk uitdrukkelijk uiteengezet dat het bestaan van een dienstverband, vertegenwoordigingsverband of ondergeschiktheid (en de daarmee gepaard gaande bescherming van de werknemer die erin bestaat dat de hoofdelijk aangesproken werkgever ex art. 6:170 lid 3 BW geen regres kan nemen tenzij sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid bij de werknemer), geen rechtvaardiging oplevert om af te wijken van de hoofdregel dat de dader persoonlijk aansprakelijk jegens derden blijft voor zijn onrechtmatig gedrag of er nu ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ bestaat, of niet.⁴⁷ Er is daarom sprake van hoofdelijke aansprakelijkheid van enerzijds de werknemer, vertegenwoordiger en opdrachtnemer en anderzijds de werkgever, vertegenwoordigde, respectievelijk opdrachtgever. Dit is met name van belang wanneer sprake is van insolventie van de werkgever, in welk geval de werknemer, die wordt aangesproken door een derde, niet in staat zal zijn ex art. 6:170 lid 3 BW jo. art. 6:10 lid 2 BW de door hem gedelde schuld te verhalen op de werkgever. Dat is een logisch gevolg van (de ratio van) de kwalitatieve aansprakelijkheidsbepaling die met zich brengt dat wanneer de werkgever failliet, althans geen verhaal biedt, de werknemer, die “*in de huidige maatschappij lang niet altijd insolvabel*”⁴⁸ is, nog immer aansprakelijk is. Als men de positie van de bestuurder dus gelijk zou willen trekken met die van de werknemer, hetgeen in het kader van externe bestuurdersaansprakelijkheid goed te verdedigen is, dan is het ook logisch het uitgangspunt, dat de werknemer aansprakelijk blijft voor zijn eigen handelen, gelijk te laten gelden voor de bestuurder. Een afwijking daarvan is wetsystematisch niet te rechtvaardigen. Het is bovendien ook niet te rechtvaardigen in verhouding tot de positie van de werknemer. Waarom zou een bestuurder immers meer bescherming dan de werknemer moeten genieten? Ik vermag dat niet in te zien en het dunkt mij dat de maatschappij dat evenmin zou begrijpen. In het licht van het feit dat voor de werknemer geen hogere drempel voor aansprakelijkheid jegens derden geldt, bestaat geen reden een hogere drempel voor bestuurders jegens derden te aanvaarden. Dit geldt te meer nu bestuurders van rechtspersonen dienen in te staan voor hun kwaliteiten als zodanig en voor hun bekwaamheid de bestuurstaken uit te oefenen. Dat brengt met zich dat onder omstandigheden een bestuurder juist sneller dan een werknemer aansprakelijk zal zijn jegens een derde. Dit volgt ook uit de *Beklamel*-norm. Een bestuurder die namens een rechtspersoon een overeenkomst aangaat, terwijl hij wist of behoorde te weten dat de rechtspersoon die overeenkomst niet kon nakomen en geen verhaal zou bieden, is op grond van die *Beklamel*-norm jegens de derde aansprakelijk voor

47. Oldenhuis 2016, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:170 BW, aant. 10.1.

48. Van Zeven, Pon & Olthoff 1981, *PG Boek 6 BW*, p. 717.

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

de daardoor ontstane schade. De kennis van de bestuurder wordt hier geobjectiveerd ('behoorde te weten'). Een werknemer die de overeenkomst namens de rechtspersoon aangaat, beschikt daarentegen niet noodzakelijkerwijs over dezelfde kennis als de bestuurder. De kennis van een werknemer wordt – anders dan die van de bestuurder – ook niet geobjectiveerd. Uitsluitend indien hij subjectieve kennis had van het niet kunnen nakomen en het geen verhaal bieden door de rechtspersoon, riskeert hij persoonlijke aansprakelijkheid.

Naast dit alles bestaat geen rechtstheoretische rechtvaardiging voor het gebruik van eenzelfde maatstaf voor enerzijds interne aansprakelijkheid van bestuurders op basis van art. 2:9 BW en anderzijds externe aansprakelijkheid van bestuurders op grond van art. 6:162 BW. In het systeem van de wet beogen art. 2:9 BW en art. 6:162 BW verschillende belangen te beschermen. De bepalingen beschermen verschillende belanghebbenden (art. 2:9 BW beschermt de rechtspersoon en art. 6:162 BW beschermt derden). De daarin opgenomen normen verschillen ook met elkaar. Beide bepalingen bevatten een eigen toetsingskader. Er is dus geen samenloop van rechtsregels en ook geen noodzaak voor normatieve convergentie. Dit is alleen anders indien een bestuurder die tevens werknemer is *door de rechtspersoon* aansprakelijk wordt gesteld op grond van zowel art. 6:162 BW als art. 2:9 BW. In dat geval wordt art. 6:162 BW ingekleurd door de zwaardere norm van art. 2:9 BW. Met betrekking tot de aansprakelijkheid jegens derden, is dat echter niet het geval. Art. 2:9 BW regelt immers niet de verhouding tussen de bestuurder en de derde. Daarom bestaat geen reden de normen voor interne en externe aansprakelijkheid van bestuurders te convergeren. Het voorgaande neemt niet weg dat de bewaarnemersrol van de bestuurder maakt dat de normen van art. 2:9 BW wel relevant kunnen zijn voor de invulling van art. 6:162 BW (waarover later in deze samenvatting meer).

Rechtsverfijning en systematisch toetsingsmodel

Men zou kunnen stellen dat de Hoge Raad met het arrest *Ontvanger/Roelofsen* en met de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf het recht heeft verfijnd in de zin dat het specifieke regels heeft geformuleerd voor de externe aansprakelijkheid van bestuurders op grond van art. 6:162 BW. In mijn ogen is dit duidelijk het geval met betrekking tot de *Beklamel*-norm en de *nakomingsfrustratie*-norm. Ten aanzien van het arrest *Ontvanger/Roelofsen* en de ernstigverwijtmaatstaf is dat naar mijn mening echter niet het geval. Integendeel. Ten eerste geldt dat de term 'ernstig verwijt' abstracter is dan de terminologie gehanteerd in art. 6:162 BW. Het gebruik van de term leidt reeds daarom tot onnodig gecompliceerde redeneringen in de rechtspraak.⁴⁹ Ten tweede geldt dat de Hoge Raad in het

49. Zie bijvoorbeeld: HR 10 oktober 2014, *JOR* 2014/297 (*Pommé*) en HR 23 mei 2014, *JOR* 2014/229 m.nt. J. Van Bakkum (*Kok/Maas q.q.*).

arrest *Ontvanger/Roelofsen* een ('systematisch') toetsingsmodel lijkt te hebben geïntroduceerd aan de hand waarvan externe bestuurdersaansprakelijkheid dient te worden getoetst. Dit toetsingsmodel stelt allereerst de vraag of een schuldeiser van de rechtspersoon is benadeeld door het onbetaald blijven van diens vordering op de rechtspersoon. Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of grond bestaat voor aansprakelijkheid van de bestuurder omdat deze bestuurder in verband met die benadeling een rol heeft gespeeld. De Hoge Raad beperkt deze rol in voornoemd toetsingsmodel door in dat verband twee mogelijkheden te noemen, namelijk schending van de *Beklamel*-norm of schending van de *nakomingsfrustratie*-norm. Dit leidt tot het gevaar dat feiten en omstandigheden die niet passen in dit model van de Hoge Raad reeds om die reden niet worden geacht onrechtmatig te zijn, terwijl ze heel goed onrechtmatig zouden kunnen zijn gelet op de algemene regel van art. 6:162 BW.⁵⁰

Er bestaat geen verschil tussen een gewone onrechtmatige daad en externe bestuurdersaansprakelijkheid

Uit de arresten *Spaanse Villa*, *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop* blijkt dat de Hoge Raad een onderscheid heeft gemaakt tussen een gewone onrechtmatige daad en externe bestuurdersaansprakelijkheid. Dit onderscheid past echter niet in het systeem van de wet. Externe bestuurdersaansprakelijkheid is immers gebaseerd op de regels van de 'gewone onrechtmatige daad'. Wanneer een bestuurder aansprakelijk wordt gesteld door een derde op grond van onrechtmatige daad, zal simpelweg moeten worden vastgesteld of deze bestuurder persoonlijk een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden jegens die derde. Is dat het geval, dan handelde hij onrechtmatig. Een verschil tussen een gewone onrechtmatige daad en externe bestuurdersaansprakelijkheid bestaat dus niet.

De rechtspersoon als 'primair' aansprakelijke partij en de bestuurder als 'secundair' aansprakelijke partij

De Hoge Raad onderbouwde de 'hoge drempel voor aansprakelijkheid' in de vorm van de ernstigverwijtmaatstaf in *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop* door allereerst te overwegen dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de rechtspersoon. Deze onderbouwing neemt als uitgangspunt dat de betrokken handelingen van de bestuurder moeten worden toegerekend aan de rechtspersoon. Deze toerekening zorgt ervoor dat men kan spreken van 'primair' handelen van de rechtspersoon. Om deze redenering op rechtstheoretische rede en rationaliteit te toetsen, is een goed begrip van het leerstuk van toerekening van (rechts)handelingen essentieel. In dit verband is allereerst van

50. In HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 22 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2014/325 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*RCI/Kastrop*) was daar naar mijn mening sprake van.

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

belang te constateren dat een rechtspersoon een abstract rechtssubject is. De rechtspersoon is een creatie van de mens. Het is een door de wetgever gecreëerde en erkende rechtsvorm. De wet bepaalt in art. 2:5 BW dat een rechtspersoon, voor wat het vermogensrecht, betreft gelijkstaat met een natuurlijk persoon, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit. Zonder menselijke tussenkomst/feitelijk handelen zal een rechtspersoon echter geen (rechts)handelingen kunnen verrichten of een onrechtmatige daad kunnen plegen. Een rechtspersoon kan nu eenmaal niet zelf handelen omdat het een abstract rechtssubject is. Om de rechtspersoon te binden, zal een natuurlijk persoon dus een feitelijke handeling of een rechtshandeling door middel van vertegenwoordiging moeten verrichten. Die feitelijke handeling of de rechtshandeling wordt dan toegerekend aan de rechtspersoon.

Er bestaat een wettelijke basis voor toerekening op grond van vertegenwoordiging, namelijk de vertegenwoordigingsregels van Titel 3 van Boek 3 BW (art. 3:60 BW e.v.). Op grond van de artt. 3:78 en 3:79 BW is deze Titel voor een groot deel ook van toepassing op de vertegenwoordiging door een bestuurder van een rechtspersoon. Op grond van de artt. 2:45 (de vereniging), 2:130/2:140 (de naamloze en besloten vennootschap) en 2:292 BW (de stichting) is het bestuur bevoegd de rechtspersoon te vertegenwoordigen. Rechtshandelingen verricht door bestuurders, in hun hoedanigheid van bestuurder van de rechtspersoon, worden daarom toegerekend aan de rechtspersoon. Zij treffen niet de bestuurder, maar de rechtspersoon. Dat is een direct gevolg van art. 3:66 BW.

Anders dan bij toerekening van rechtshandelingen aan de rechtspersoon, bestaat geen wettelijke basis om feitelijke gedragingen van de ene persoon toe te rekenen aan de ander, in de zin dat deze ander geacht wordt die feitelijke gedragingen te hebben verricht en daarmee onrechtmatig te hebben gehandeld. De wetgever wilde dat aan de rechtspraak overlaten.⁵¹ De toerekeningsleer (buiten vertegenwoordiging) is dan ook ontstaan en ontwikkeld op basis van rechtspraak, namelijk rechtspraak waarin doorgaans de vraag centraal stond onder welke omstandigheden een rechtspersoon geacht kan worden een onrechtmatige daad te hebben gepleegd. Lange tijd was vaste rechtspraak dat de rechtspersoon uitsluitend door middel van zijn organen een onrechtmatige daad kon plegen. Daar kwam met het arrest *Kleuterschool Babbel* verandering in.⁵² In dit arrest werd overwogen dat voor de vraag of een rechtspersoon kon worden aangesproken op grond van onrechtmatige daad voor de gedraging van een natuurlijk persoon, beslissend is of de gedraging in het maatschappelijk verkeer als een gedraging van de rechtspersoon heeft te gelden. Deze maatstaf wordt sindsdien

51. Hoekzema 2015, *GS Onrechtmatige daad*, aant. VIII.7.1.1.5 onder verwijzing naar Van Zeben, Pon & Olthoff 1981, *PG Boek 6 BW*, p. 599 en 621-622.

52. HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 m.nt. C.J.H. Brunner (*Kleuterschool Babbel*).

ook toegepast bij de toerekening van wetenschap van een functionaris/werknemer aan een rechtspersoon. De toerekeningsleer is essentieel om te waarborgen dat de rechtspersoon volledig deel kan uitmaken van het maatschappelijk verkeer.

Hoewel de rechtspraak en de literatuur spreken over het toerekenen van een onrechtmatige daad aan de rechtspersoon, blijkt uit de jurisprudentie dat het strikt genomen niet noodzakelijkerwijs de onrechtmatige daad is die wordt toegerekend aan de rechtspersoon, maar dat een feitelijke handeling wordt toegerekend aan de rechtspersoon als gevolg waarvan de rechtspersoon aansprakelijk kan worden gehouden voor een onrechtmatige daad. De natuurlijk persoon die namens de rechtspersoon handelde, hoeft dus niet steeds zelf aansprakelijk te zijn. Dat is hij pas wanneer hij zelf (persoonlijk) een onrechtmatige daad heeft begaan.⁵³ Voorstelbaar is ook dat gedragingen en wetenschap van verschillende personen aan de rechtspersoon worden toegerekend, die op zichzelf en ieder afzonderlijk beschouwd niet onrechtmatig zijn, maar die, in combinatie na toerekening van zowel die gedragingen als die wetenschap aan de rechtspersoon, deze kwalificatie wel rechtvaardigen. Dit is een logisch gevolg van de juridische abstractie van de rechtspersoon. Gelet op het feit dat een rechtspersoon als een zelfstandig rechtssubject kan optreden in het maatschappelijk verkeer, welk optreden de facto uitsluitend mogelijk is door toedoen van een of meer natuurlijk personen, moet gewerkt worden met de abstractie dat de wetenschap en gedragingen van meerdere individuele natuurlijk personen als het ware worden samengesmolten tot de gedraging en wetenschap van één persoon, zijnde de rechtspersoon. Deze rechtspersoon kan als gevolg van deze ‘samen-smelting’ een onrechtmatige daad worden verweten, zonder dat de gedragingen van de daarbij betrokken natuurlijk personen, zoals de bestuurders, ieder op zichzelf beschouwd onrechtmatig zijn.

Het leerstuk van de toerekening van de (onrechtmatige) handeling aan de rechtspersoon is mede ontwikkeld teneinde de (economische) werkelijkheid van de rechtspersoon en het rechtsverkeer te dienen. Het biedt bescherming aan diegenen die met publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersonen van doen hebben via de natuurlijk personen die bij deze rechtspersonen betrokken zijn. De toerekeningsleer biedt een oplossing voor het ‘probleem’ dat (i) wij de rechtspersoon als juridische constructie hebben aanvaard als een juridisch abstract rechtssubject met eigen rechten en verplichtingen dat volledig moet

53. Een goed voorbeeld waaruit dit blijkt is HR 11 oktober 1991, *NJ* 1993, 165 m.nt. C.J.H. Brunner en G.J.M. Corsten (*Staat en Van Hilten/M*), waarin zowel de natuurlijk persoon als de rechtspersoon (de Staat) werden aangesproken, doch uitsluitend de rechtspersoon werd geacht onrechtmatig te hebben gehandeld.

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

kunnen deelnemen aan het maatschappelijk verkeer en (ii) de rechtspersoon uitsluitend kan deelnemen aan het maatschappelijk verkeer door tussenkomst van natuurlijk personen.

De ontwikkeling van het toerekeningsleerstuk heeft in de literatuur geleid tot het idee dat vertegenwoordigers en bestuurders minder snel aansprakelijk zouden moeten zijn als zij handelen in hun hoedanigheid van vertegenwoordiger of bestuurder van de rechtspersoon. De rechtspersoon zou steeds ‘primair’ aansprakelijk zijn en de bestuurder zou slechts ‘secundair’ aansprakelijk zijn. Omdat sprake zou zijn van ‘secundaire’ aansprakelijkheid, zouden daaraan hogere eisen gesteld mogen worden dan aan de primaire aansprakelijkheid. Anders gezegd, de secundaire aansprakelijkheid van een bestuurder mocht niet te snel worden aangenomen. In de arresten *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop* heeft de Hoge Raad deze gedachtegang overgenomen. Ik meen dat deze gedachtegang strijdig is met het systeem van de wet.

Het toerekeningsleerstuk, betrekking hebbende op zowel feitelijke handelingen als rechtshandelingen, is ontwikkeld met het oog op het beoordelen van de aansprakelijkheid van de (rechts)persoon aan wie (rechts)handelingen kunnen worden toegerekend. Het toerekeningsleerstuk is niet ontwikkeld om te beoordelen of ook de feitelijk handelende natuurlijk persoon zelf al dan niet aansprakelijk is, noch om te voorzien in een bescherming van die natuurlijk persoon tegen eigen aansprakelijkheid. In dit verband moet worden stilgestaan bij een van de belangrijkste, doch waarschijnlijk minst gelezen, bepalingen van ons BW. Art. 1:1 lid 1 BW bepaalt: “*Allen die zich in Nederland bevinden, zijn vrij en bevoegd tot het genot van de burgerlijke rechten*”. Het is niet voor niets het eerste lid van het eerste artikel van het eerste Boek van het BW. Het is een essentiële bepaling die regelt dat ieder mens in Nederland rechten kan hebben en dat op ieder mens in Nederland verplichtingen kunnen rusten. Het systeem van de wet is dat iedereen in Nederland ‘natuurlijke persoonlijkheid’ heeft. De natuurlijk persoon is een rechtssubject. Het systeem van de wet brengt met zich dat natuurlijk personen en rechtspersonen als rechtssubjecten naast elkaar bestaan. Het enkele bestaan van de ene is niet van invloed op de rechten en verplichtingen die op de ander rusten. Rechtspersoonlijkheid en de betrokkenheid, in welke hoedanigheid dan ook, van een natuurlijk persoon bij een organisatorisch verband als de rechtspersoon, zorgt er niet voor dat de natuurlijk persoon zijn natuurlijke persoonlijkheid, zijn rechtssubjectiviteit, verliest. Hij blijft dientengevolge de bevoegdheid hebben drager te zijn van rechten, verplichtingen en rechtsbetrekkingen. Dat is het systeem van de wet. Tegelijkertijd geldt in het aansprakelijkheidsrecht als uitgangspunt dat eenieder alleen voor

zijn *eigen* daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden, behoudens wel-omschreven op de wet gebaseerde uitzonderingen.⁵⁴ De natuurlijk persoon (bijvoorbeeld de bestuurder) en de rechtspersoon aan wie de gedragingen van de natuurlijk persoon zouden kunnen worden toegerekend, zijn verschillende rechtssubjecten. De natuurlijk persoon kan dus nooit ‘secundair’ aansprakelijk zijn voor gedragingen die ‘primair’ gedragingen van de rechtspersoon betreffen. Hij is niet ‘afgeleid’ aansprakelijk. De termen ‘primair’ en ‘secundair daderschap’ zijn in feite *verklarende* termen die omschrijven dat, *als gevolg* van rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit, bestuurders per definitie niet steeds persoonlijk aansprakelijk zijn wanneer de door hen verrichtte feitelijke (of rechts)handelingen namens de rechtspersoon uiteindelijk tot schade leiden bij een derde. Maar dat neemt niet weg dat de bestuurder wel aansprakelijk blijft voor de gevolgen van zijn eigen ‘primaire’ onrechtmatige gedragingen. Het feit dat die (onrechtmatige) gedragingen kunnen worden toegerekend aan de rechtspersoon verandert dat niet. Dit volgt ook uit artt. 6:170-172 BW. Volgens deze bepalingen is de werkgever/vertegenwoordigde (de rechtspersoon) hoofdelijk aansprakelijk voor de onrechtmatige daad gepleegd door een werknemer of een vertegenwoordiger. Die hoofdelijkheid impliceert dat de werknemer en vertegenwoordiger zelf aansprakelijk blijven en dat was blijkens de parlementaire geschiedenis van artt. 6:170-172 BW ook expliciet de bedoeling van de wetgever. De in *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop* door de Hoge Raad gegeven onderbouwing van de ernstigverwijtmaatstaf, inhoudende dat ‘een hoge drempel voor aansprakelijkheid’ wordt gerechtvaardigd door het feit dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de rechtspersoon, is gelet op het voorgaande rechtstheoretisch niet te rechtvaardigen.

Duidelijkheidshalve moet bij dit alles worden opgemerkt dat het voorgaande niet betekent dat een bestuurder van een rechtspersoon zomaar aansprakelijk is voor alle onrechtmatige daden van de rechtspersoon. Een bestuurder is slechts aansprakelijk voor *zijn eigen* onrechtmatige gedragingen. Alleen als hij *persoonlijk* een inbreuk maakt op een recht, dan wel maatschappelijk onbetamelijk handelt, riskeert hij aansprakelijkheid. De vraag of hij als zodanig heeft gehandeld dient te worden beantwoord in het licht van de bij hem persoonlijk aanwezig veronderstelde kennis en capaciteiten en de daarmee verband houdende persoonlijke zorgvuldigheidsverplichtingen. Zodra is vastgesteld dat hij de norm van art. 6:162 BW heeft overschreden, bestaat geen reden een hoge drempel voor aansprakelijkheid aan te nemen. Deze hoge drempel is ook niet aanvaard voor niet-bestuurders die hebben gehandeld in opdracht van of voor rekening van een rechtspersoon.

54. HR 23 februari 1954, *NJ* 1954, 378 (*IJzerdraad*).

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

Het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders zich door defensieve overwegingen laten leiden

Naast het argument van primair en secundair handelen, onderbouwde de Hoge Raad de ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’ in de vorm van de ernstigverwijtmaatstaf in *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop* door te overwegen dat deze wordt gerechtvaardigd “door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen (vgl. HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, NJ 2009/21).” De Hoge Raad verwijst hier naar het eerdergenoemde arrest *Willemsen/NOM*. Dit arrest had betrekking op de aansprakelijkheid van een bestuurder jegens de aandeelhouder van de vennootschap op grond van onrechtmatige daad. De Hoge Raad overwoog in dat laatste arrest: “Door een hoge drempel te aanvaarden voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover de door hem bestuurde vennootschap wordt mede het belang van die vennootschap en de daarmee verbonden onderneming gediend omdat daardoor wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen. Gezien de zelfgekozen betrokkenheid van individuele aandeelhouders bij de gang van zaken binnen de vennootschap, brengen de in art. 2:8 lid 1 BW bedoelde maatstaven van redelijkheid en billijkheid mee dat de hoge drempel van art. 2:9 BW overeenkomstig van toepassing is bij een door een individuele aandeelhouder tegen een bestuurder aanhangig gemaakte aansprakelijkheidsprocedure.” Zoals ik eerder in deze samenvatting uiteenzette, is deze redenering vanuit wetshistorisch oogpunt reeds niet juist omdat de hoge drempel voor interne aansprakelijkheid (zou men deze terminologie willen hanteren) al besloten ligt in de vraag of sprake is van (on)behoorlijke taakvervulling. Dat die hoge drempel jegens de aandeelhouder kan worden ingeroepen, is overigens begrijpelijk gelet op de zelfgekozen betrokkenheid van de aandeelhouder. Maar voor externe aansprakelijkheid gaat deze redenering niet op. De beleidsruimte die een bestuurder nodig heeft en de ruimte om risico’s te kunnen nemen, is immers in het belang van de rechtspersoon (en de aandeelhouder), maar niet per definitie in het belang van de derde partij met wie de rechtspersoon handelt, laat staan in het belang van de maatschappij als zodanig. Gelet op het voorgaande, is ook deze redenering van de Hoge Raad naar mijn mening rechtstheoretisch niet te rechtvaardigen.

Het alternatief voor samenloop en normatieve convergentie: de bewaarnemersrol van de bestuurder in het maatschappelijk belang op grond van art. 2:5 BW jo. art. 2:9 BW

Dat de ernstigverwijtmaatstaf uit het interne bestuurdersaansprakelijkheidsrecht is overgewaaid in een hang naar normatieve convergentie is ondanks het voorgaande wel te begrijpen. Want hoewel de normen verschillen en de vraag of een bestuurder intern aansprakelijk is, losstaat van de vraag of een bestuurder extern aansprakelijk is, brengt de aard van de functie van bestuurder van een rechtspersoon met zich dat zijn verhouding ten opzichte van de rechtspersoon mede van belang is voor de beoordeling van zijn verhouding tot een derde in het maatschappelijk verkeer. Anders gezegd, dat art. 6:162 BW en art. 2:9 BW verschillende normen met zich brengen en verschillende belangen beogen te beschermen, betekent niet dat art. 2:9 BW in het geheel niet relevant is voor de vraag of een bestuurder een norm ex art. 6:162 BW heeft geschonden jegens een derde. Het feit dat een natuurlijk persoon de hoedanigheid van bestuurder van een rechtspersoon heeft, brengt namelijk met zich dat aanvullende maatschappelijke betamelijkheidsnormen op hem komen te rusten die art. 6:162 BW van geval tot geval kunnen inkleuren. In dat verband is het van belang stil te staan bij de vragen waarom wij rechtspersoonlijkheid kennen en welke positie en rol de bestuurder van een rechtspersoon in het maatschappelijk verkeer inneemt. Wij kennen rechtspersoonlijkheid namelijk omdat wij het wenselijk en in het belang van het maatschappelijk (economisch) verkeer hebben geacht dat individuele rechtssubjecten door middel van een wettelijk geregeld organisatorisch samenwerkingsverband gezamenlijk, doch niet voor eigen rekening en risico, kunnen deelnemen aan datzelfde maatschappelijk verkeer. Andere deelnemers van het maatschappelijk verkeer kunnen op hun beurt met dit organisatorisch samenwerkingsverband handelen. Om dat te realiseren heeft de wetgever onder meer de rechtsvorm 'rechtspersoon' gecreëerd en erkend.

Wat hier van belang is, is dat de rechtspersoon als abstract rechtssubject niet 'echt' kan handelen zonder tussenkomst van natuurlijk personen. Het accepteren van de abstracte vorm van de rechtspersoon, zoals in feite vastgelegd in art. 2:5 BW, brengt daarom noodzakelijkerwijs met zich dat de rechten, bevoegdheden en verplichtingen van de betrokkenen bij de rechtspersoon zijn gereguleerd. Dat is gebeurd in het systeem van Boek 2 BW. Hiermee heeft de wetgever door middel van dwingendrechtelijke bepalingen een systeem van *checks and balances* gecreëerd dat onder meer dient ter borging van de belangen betrokken bij de rechtspersoon. In de literatuur wordt in dit verband gesproken over de waarborgfunctie van het dwingendrechtelijk vennootschapsrecht.⁵⁵

55. Van Veen 2011, p. 21; Timmerman 1991a, p. 8.

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

De bestuurder van een rechtspersoon speelt daarin vanzelfsprekend een centrale rol. Hij heeft op grond van art. 2:9 BW een maatschappelijke – mede door het rechtspersonenrecht bepaalde – positie. Hij heeft een ‘trusteefunctie’, een bewakers- of bewaarnemersrol ten opzichte van de hem toevertrouwde, bij de rechtspersoon betrokken belangen.⁵⁶ Hij is tezamen met zijn medebestuurders in het maatschappelijk verkeer de stem van de abstracte rechtsvorm van de rechtspersoon die met art. 2:5 BW een juridische werkelijkheid is geworden. Hij kan deze rechtspersoon rechtsgeldig vertegenwoordigen en binden. Hij bepaalt bovendien samen met zijn medebestuurders wat de rechtspersoon doet of nalaat en hij beschikt met zijn medebestuurder over de kennis die relevant is voor de economische en maatschappelijke positie van de rechtspersoon in het rechtsverkeer. Zonder deze bestuurder, is de rechtspersoon de facto nog immer een volstreekte abstractie.

Hoewel dat inmiddels zo vanzelfsprekend is dat men snel eraan voorbij zou kunnen gaan, ligt één van voormelde belangen van de rechtspersoon die de bestuurder dient te behartigen in de functie van rechtspersoonlijkheid zelf. Met de rechtspersoon kunnen individuele rechtssubjecten in georganiseerd verband deelnemen aan het maatschappelijk verkeer en kunnen andere deelnemers aan het maatschappelijk verkeer met het georganiseerd verband handelen. Dit is in het belang van het maatschappelijk verkeer, welk belang door voormeld systeem van *checks and balances* wordt gewaarborgd. Derden en investeerders durven immers met de rechtspersoon te handelen, omdat de betrokkenen daarbij aan bepaalde dwingendrechtelijke verplichtingen zijn gehouden. Dat de rechtspersoon een volwaardige plaats in het maatschappelijk verkeer heeft, die zelfs wettelijk is verankerd (zie art. 2:5 BW), hangt daarom onlosmakelijk samen met het dwingendrechtelijk karakter van bepalingen in Boek 2 die gedrags- en taaknormerende voorschriften bevatten voor de betrokkenen bij de rechtspersoon. Zouden die bepalingen niet bestaan, dan zou de rechtspersoon als instituut een weinig aantrekkelijke contractspartner zijn, omdat voor derden in het geheel niet duidelijk is hoe betrouwbaar deze partner is. De bedoelde gedrags- en taaknormerende voorschriften zijn dus niet alleen relevant voor de interne verhoudingen, maar kunnen ook relevant zijn voor de externe verhoudingen.

Dat dit het geval is en dat de bestuurder van een rechtspersoon deze belangrijke bewaarnemersrol ook vervult ten opzichte van derden, blijkt allereerst uit wettelijke bepalingen waarin expliciet is omschreven dat de bestuurder aansprakelijkheid jegens derden of – als gevolg van een tekort – jegens de boedel riskeert (zie bijvoorbeeld de artt. 2:69/180 lid 2, 2:93/203 lid 3, 2:207 lid 3, 2:216 lid 3 en 2:138/248 BW). Maar dit geldt ook voor andere bepalingen die op het eerste gezicht weliswaar betrekking hebben op de interne verhoudingen, maar die

56. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/482 en Asser/Maeijer 2-III, 2000/321.

indirect ook betekenis kunnen hebben voor de externe verhoudingen.⁵⁷ Ook de norm van art. 2:9 BW kan betekenis hebben voor de invulling van art. 6:162 BW in de verhouding tussen een bestuurder en een derde. Art. 2:9 BW regelt namelijk weliswaar uitsluitend expliciet de zogenoemde interne aansprakelijkheid, maar de daarin omschreven algemene gedragsnorm heeft een belangrijke maatschappelijke betekenis, omdat art. 2:9 BW bij uitstek een gedrags- en taaknormerend voorschrift is waar derden op varen. In zijn hoedanigheid van bestuurder heeft de handelende persoon dus ook jegens deze derden een centrale ‘bewakers- of bewaarnemersrol’. Derden die met de abstracte rechtsvorm van een rechtspersoon handelen, vertrouwen erop dat de bestuurder van die abstracte rechtsvorm zich aan zijn verplichting houdt om zijn taken zowel inhoudelijk als collegiaal behoorlijk te vervullen. Er gaat dus een normatieve en maatschappelijke werking uit van art. 2:9 BW, die ook van betekenis is voor de verhouding tussen de bestuurder van de rechtspersoon en een derde. Dat is niet alleen in het belang van de rechtspersoon, maar gelet op de ratio van rechtspersoonlijkheid ook in het belang van het maatschappelijk verkeer.

De bredere en maatschappelijke betekenis van art. 2:9 BW komt duidelijk terug in de veel gestelde vraag wat nu precies bedoeld wordt met het vennootschappelijk belang en wie de stakeholders zijn bij de rechtspersoon. De Corporate Governance Code 2016 bepaalt bijvoorbeeld dat stakeholders zijn: *“groepen en individuen die direct of indirect het bereiken van de doelstellingen van de vennootschap beïnvloeden of er door worden beïnvloed: werknemers, aandeelhouders en andere kapitaalverschaffers, toeleveranciers, afnemers en andere belanghebbenden”* en verder: *“stakeholders moeten erop kunnen vertrouwen dat hun belangen op zorgvuldige wijze worden meegewogen, omdat dit een voorwaarde is voor hen om binnen en met de vennootschap samen te werken.”* De bredere en maatschappelijke betekenis van art. 2:9 BW komt ook duidelijk naar voren in de objectieve norm die geldt voor de bestuurder, die dient te handelen naar *“het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult”*. Het komt ook naar voren in de *Beklamel*-norm, waaruit blijkt dat schending van die objectieve norm (weten of behoren te weten) kan leiden tot aansprakelijkheid jegens derden. Hetzelfde geldt voor de in *Ontvanger/Roelofsen* genoemde tweede variant waarop aansprakelijkheid kan worden gebaseerd, namelijk dat een bestuurder heeft *‘toegelaten’* dat een rechtspersoon zijn (wettelijke) verplichtingen niet nakomt. Dat *‘toelaten’* impliceert dat de natuurlijk persoon-bestuurder een bepaalde actieve rol dient te spelen in de naleving van wettelijke en contractuele verplichtingen van de rechtspersoon. Indien zijn passiviteit als bestuurder jegens de rechtspersoon leidt tot schending van deze verplichtingen van de rechtspersoon, kan de bestuurder zelf onder omstandigheden schending

57. Zie: Rb. Midden-Nederland 30 april 2014, *JOR* 2014/291 m.nt. W.J.M. van Andel (*Stichting Daidalos*), r.o. 5.15.

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

van een maatschappelijke betamelijkheidsnorm worden verweten en kan hij dus zelf aansprakelijkheid jegens derden riskeren. De objectiverende factor komt verder ook uitdrukkelijk terug in vennootschapsrechtelijke bepalingen die de facto strekken ter bescherming van derden. Zo spreken de artt. 2:93/203, 2:207 lid 3 en 2:216 lid 3 BW, die de verplichting tot aanvulling van een tekort in de boedel op de bestuurders leggen, expliciet van bestuurders die ‘wisten of redelijkerwijs konden weten’ dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen.

Kortom, een bestuurder heeft *intern* een verantwoordelijkheid (‘behoren te weten’) die *extern* gevolgen kan hebben. Onjuist is echter om de maatstaf van externe aansprakelijkheid gelijk te trekken met die van interne aansprakelijkheid, dan wel om de vraag naar externe aansprakelijkheid afhankelijk te maken van het antwoord op de vraag of tevens sprake is van interne aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW. Een derde die een bestuurder aansprakelijk stelt ex art. 6:162 BW zal dus niet per definitie hoeven te stellen dat een bestuurder zijn verplichtingen ex art. 2:9 BW niet is nagekomen. Anderzijds zal een derde die, ter onderbouwing van zijn stelling dat een bestuurder jegens hem aansprakelijk is ex art. 6:162 BW, aanvoert dat een bestuurder zijn taken ex art. 2:9 BW onbehoorlijk heeft vervuld, zich niet kunnen baseren op de uit art. 2:9 BW voortvloeiende hoofdelijke aansprakelijkheid om ook andere bestuurders hoofdelijk aan te spreken voor de onrechtmatige daad van hun medebestuurder.

Analyse in verband met de stelplicht en bewijslast van art. 6:162 BW

Op grond van art. 6:162 BW geldt dat een rechtssubject dat meent schade te hebben geleden als gevolg van onrechtmatig handelen van een ander rechtssubject, zoals een bestuurder van een rechtspersoon, wordt belast met de plicht te stellen en bewijzen dat dit andere rechtssubject een onrechtmatige daad heeft gepleegd. Die onrechtmatige daad bestaat uit een inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Voor zover een rechtvaardigingsgrond voor het betrokken handelen bestaat, zal de stelplicht en bewijslast daarvan op de ‘dader’ rusten. Dat is het systeem van art. 6:162 BW. Het is niet duidelijk hoe en waar de ernstigverwijtmaatstaf hierin wetsystematisch is in te passen. Het is bovendien niet te rechtvaardigen dat een derde, die meent dat de bestuurders van een rechtspersoon *jegens deze derde* (a) persoonlijk een inbreuk op een recht hebben gemaakt of (b) hebben gehandeld of nagelaten in strijd met een persoonlijk op hen rustende wettelijke plicht of met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, belast wordt met de stelplicht en bewijslast dat is voldaan aan een maatstaf die is ontwikkeld om de *interne* bestuurdersaansprakelijkheid *jegens de rechtspersoon* te bepalen. De derde bevindt zich buiten de sfeer van de rechtspersoon en zal per definitie geen goed zicht hebben op de vraag of de bestuurder een ernstig verwijt

zal treffen als bedoeld (of beter: ingelezen) in art. 2:9 BW. Door te eisen dat de benadeelde partij moet stellen en bewijzen dat de bestuurder een ernstig verwijt treft, lijkt het erop dat de derde wordt belast met een zwaardere stelplicht en bewijslast dan is voorzien in art. 6:162 BW. Dit is naar mijn mening in strijd met de trias politica.

Wat in het kader van de stelplicht en bewijslast bij externe bestuurdersaansprakelijkheid naar mijn mening van fundamenteel belang is te onderkennen, is dat de derde in beginsel ervan zal mogen uitgaan dat het bestuur *als orgaan* een verwijt treft.⁵⁸ Het is op basis van de wet immers het bestuur als *geheel* dat wordt geacht de rechtspersoon te besturen en te vertegenwoordigen. Dat is voor de vereniging, kapitaalvennootschappen en de stichting vastgelegd in de artt. 2:44-2:45, 2:129/239-2:130/240 en 2:291-2:292 BW.⁵⁹ Het aan de wet ten grondslag liggende beginsel van collegiaal bestuur komt volgens Kroeze dan ook juist onder meer tot uitdrukking in deze bepalingen.⁶⁰ Indien een derde meent benadeeld te zijn door de eerste in *Ontvanger/Roelofsen* omschreven verschijningsvorm van externe bestuurdersaansprakelijkheid (schending van de *Beklamel*-norm), zal hij in beginsel ervan mogen uitgaan dat de bestuurder die de overeenkomst *de facto* met hem is aangegaan, dat heeft gedaan met medeweten en instemming van het gehele bestuur als orgaan. Indien een derde bijvoorbeeld meent benadeeld te zijn door de tweede verschijningsvorm (nakomingsfrustratie), zal hij in beginsel ervan mogen uitgaan dat die nakomingsfrustratie door het bestuur als orgaan is veroorzaakt of is gedoogd. In dit verband is van belang dat de derde veelal uitsluitend aan zijn stelplicht, dat sprake is van één van de voornoemde verschijningsvormen van externe bestuurdersaansprakelijkheid, kan voldoen door zich te baseren op hem (achteraf) bekend geworden informatie aangaande de rechtspersoon als geheel (zoals jaarrekeningen, faillissementsverslagen en/of eventuele informatie verkregen van andere derden) die niet specifiek iets hoeft te zeggen over de wetenschap van een specifieke bestuurder. De derde zal uit deze informatie veelal alleen iets kunnen herleiden over de geobjectiveerde wetenschap van het bestuur als geheel.

58. In HR 31 januari 1958, *NJ* 1958, 251 (*Van Dulleman/Sala*) spreekt de Hoge Raad in verband met externe bestuurdersaansprakelijkheid dan ook over de aansprakelijkheid van *het orgaan*.

59. Omgekeerd kan een gebrek in de besluitvorming binnen het bestuur ook aan een derde worden tegengeworpen. Zie: HR 17 december 1982, *NJ* 1983/480 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bibolini*).

60. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/194.

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

Het ligt daarom voor de hand dat de derde slechts hoeft te stellen dat de bestuurders van een rechtspersoon als collectief een onrechtmatige daad kan worden verweten waardoor de derde schade heeft geleden. Individuele bestuurders kunnen ter afwering van aansprakelijkheid vervolgens stellen dat:

- (i) zij niet zelf *direct* een zorgvuldigheidsverplichting jegens de derde hebben geschonden;
- (ii) zij voorts – gelet op hun bewaarnemersrol in het maatschappelijk verkeer – ook niet *indirect* een zorgvuldigheidsverplichting jegens de derde hebben geschonden, bestaande uit het *gewone* persoonlijk verwijt van onbehoorlijke uitoefening van de (collegiale) bestuurstaak waardoor een (of meer) medebestuurder(s) tezamen direct een zorgvuldigheidsverplichting heeft/hebben kunnen schenden jegens de derde; en
- (iii) een eventueel te maken verwijt van onbehoorlijke taakuitoefening niet in causaal verband staat tot de schade die de derde heeft geleden.

Hierin zal aan de hand van het collegialiteitsbeginsel centraal staan de vraag of de betrokken bestuurders wisten of redelijkerwijs hadden behoren te begrijpen dat de door hen bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de rechtspersoon tot schade bij de derde zou leiden. De stelplicht en zo nodig de bewijslast ten aanzien van de vraag of de betrokken bestuurders in dit verband hun taak inhoudelijk en collegiaal behoorlijk hebben vervuld, welke gelet op de bewaarnemersrol van de bestuurder mede van belang kan zijn voor de vraag of hun jegens derden een verwijt valt te maken, zou bij deze bestuurders moeten liggen. Van een derde kan immers niet verwacht worden dat hij bewijst dat alle bestuurders hun taak niet (collegiaal) behoorlijk vervuld hebben. De derde heeft namelijk steeds van doen gehad met de rechtspersoon, vertegenwoordigd door *het bestuur*. Hij heeft geen inzicht in de wijze waarop individuele bestuurders intern hun taken vervuld hebben. In het arrest *Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*⁶¹ heeft de Hoge Raad de voornoemde stelplicht- en bewijslastverdeling in feite bevestigd voor zaken waarin bestuurders ex art. 2:11 BW aansprakelijk worden gesteld voor de onrechtmatige gedraging van een rechtspersoon-bestuurder. Er bestaat echter geen reden waarom dat voor zaken waarin bestuurders direct zelf ex art. 6:162 BW aansprakelijk worden gesteld, anders zou moeten zijn.

Conclusie

Een onderbouwing voor de introductie en toepasselijkheid van de ernstigverwijtmaatstaf bij de beoordeling van externe bestuurdersaansprakelijkheid ontbrak in het in 2006 gewezen arrest *Ontvanger/Roelofsen*. Verdedigd kan

61. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (*Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*) in cassatie op Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, *JIN* 2014/8 m.nt. J. van der Kraan en *JOR* 2014/3 m.nt. S.M. Bartman en X.D. van Leeuwen (*Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*).

worden dat de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in het leerstuk van externe bestuurdersaansprakelijkheid uitsluitend verband hield met toevallige terminologie die werd gehanteerd in eerdere rechtspraak, zonder dat deze terminologie daadwerkelijk juridisch inhoudelijke betekenis had. Voor zover met de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in het leerstuk van externe bestuurdersaansprakelijkheid beoogd is de normen voor interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid te uniformeren, moet worden vastgesteld dat die normatieve convergentie wetsystematisch en wetshistorisch niet goed te rechtvaardigen lijkt. Het zou gelet op al het voorgaande naar mijn mening de rechtszekerheid en de kwaliteit van rechtspraak ten goede komen als de Hoge Raad zou teruggaan naar het tijdperk waarin de ernstigverwijtmaatstaf nog niet was geïntroduceerd in het externe bestuurdersaansprakelijkheidsrecht en art. 6:162 BW weer zuiver zou toepassen.

Doorbraak van aansprakelijkheid ex art. 2:11 BW (hoofdstuk 11)

Art. 2:11 BW en disculpatie

Art. 2:11 BW luidt als volgt: “*De aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon rust tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is.*” In de wetsgeschiedenis is opgemerkt dat disculpatie mogelijk is indien de wetsbepaling waaruit de aansprakelijkheid voortvloeit een grond tot disculpatie heeft om de aanspraak af te weren.⁶²

Toepassing op interne en wettelijke aansprakelijkheid en vorm van risicoaansprakelijkheid

Men is eensgezind over het feit dat art. 2:11 BW van toepassing is op alle vormen van zogenoemde interne en wettelijke bestuurdersaansprakelijkheid. Waar het betreft aansprakelijkheid van de tweedegraads bestuurder op grond van bepalingen die geen disculpatiemogelijkheid kennen, vormt art. 2:11 BW een strenge vorm van risicoaansprakelijkheid omdat disculpatie ex art. 2:11 BW dan ook is uitgesloten. Alle (rechtspersoon-)bestuurders van een rechtspersoon(-bestuurder) doen er dus goed aan, onafhankelijk van hun taakverdeling, de naleving van deze bepalingen nauwlettend te volgen binnen het concern. Wanneer de onderliggende wetsbepaling, waaruit de aansprakelijkheid voortvloeit, wel een grond tot disculpatie bevat om de aanspraak af te weren, kunnen de tweedegraads (rechtspersoon-)bestuurders deze op een gelijke wijze inroepen als ware zij eerstegraads bestuurders.

62. *Kamerstukken II* 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 17 en Huizink 2014c, *GS Rechtspersonen*, art. 2:11 BW, aant. 7.1.

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

Rechtspersoonlijkheid, de bewaarnemersrol van de bestuurder bij art. 2:9 BW jo. art. 2:11 BW en het toerekeningsleerstuk

Het feit dat een rechtspersoon een abstract rechtssubject is, dat niet kan handelen zonder tussenkomst van natuurlijk personen, brengt een zekere problematiek met zich ten aanzien van de rechtspersoon-bestuurder en de op hem rustende bewaarnemersrol in het maatschappelijk verkeer. Een rechtspersoon kan namelijk *de facto* niet besturen. Het accepteren van de abstracte vorm van de rechtspersoon en de mogelijkheid dat deze rechtspersoon ook bestuurder van een andere rechtspersoon is, brengt daarom noodzakelijkerwijs en redelijkerwijs met zich dat de verplichtingen die Boek 2 BW legt op de rechtspersoon-bestuurder één op één komen te rusten op de natuurlijk persoon-bestuurders van die rechtspersoon-bestuurder. Zij zullen immers *de facto* moeten besturen en op hen rust *de facto* de voornoemde bewaarnemersrol. Alle uiteindelijke natuurlijk persoon-bestuurders van één of verschillende rechtspersoon-bestuurders hebben daarom persoonlijk op grond van art. 2:9 BW de verplichting hun taken ten opzichte van de onderliggende rechtspersoon inhoudelijk en collegiaal behoorlijk te vervullen. Er rust op hen een collectieve verantwoordelijkheid alsof zij eerstegraads bestuurder zijn van de onderliggende rechtspersoon. De vragen of een rechtspersoon-bestuurder (i) zijn bestuurstaak behoorlijk heeft vervuld, (ii) zich kan disculperen en/of (iii) een onrechtmatige daad heeft verricht, kunnen dus niet los worden gezien van een beoordeling van het handelen, het nalaten en de kennis van de daarbij betrokken natuurlijk personen. Hun handelen, nalaten en kennis wordt in het kader van de voormelde vragen aan de rechtspersoon-bestuurder toegerekend. Hoewel deze benadering nogal theoretisch lijkt en in de literatuur, noch rechtspraak expliciet is terug te vinden, blijkt uit de rechtspraak dat deze benadering *de facto* wel wordt toegepast.⁶³ De individuele disculpatiemogelijkheid van art. 2:9 BW jo. art. 2:11 BW kan om voornoemde redenen, behoudens in de situatie van belet, niet ertoe leiden dat alle tweedegraads bestuurders tegelijkertijd een beroep toekomt op disculpatie. Dat zou art. 2:9 BW jo. art. 2:11 BW namelijk een wassen neus maken.

63. Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, *JIN* 2014/8 m.nt. J. van der Kraan en *JOR* 2014/3 m.nt. S.M. Bartman en X.D. van Leeuwen (*Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*): Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, *JOR* 2014/295 m.nt. J. Van Bakkum (*Goedewaagen*), r.o. 6.16 t/m 6.21; Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, *JOR* 2015/32 m.nt. M. Holtzer (Meepo), r.o. 3.6; Rb. Rotterdam 22 juli 2015, *RO* 2015/70 (*Antaser/Tima*), r.o. 4.9 en 4.10; Hof 's-Hertogenbosch 29 september 2015, *JIN* 2015/200 m.nt. E. Baghery; Hof 's-Hertogenbosch 13 november 2015, *JOR* 2015/290 m.nt. D.F. Berkhout, r.o. 4.13. Hof Amsterdam 9 februari 2016, *JOR* 2016/123 m.nt. S.M. Bartman, r.o. 3.6.

*De toepasselijkheid van art. 2:11 BW op art. 6:162 aansprakelijkheid
(Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters)*

De Hoge Raad heeft de toepassing van art. 2:11 BW op aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW op 17 februari 2017 bevestigd in het arrest *Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*. In dat verband heeft de Hoge Raad geoordeeld dat tweedegraads bestuurders hoofdelijke aansprakelijkheid ex art. 2:11 BW jo. art. 6:162 BW kunnen ontlopen door te stellen en bewijzen dat hun géén ernstig verwijt kan worden gemaakt. Hoewel deze stelplicht- en bewijslastverdeling recht doet aan de ratio van art. 2:11 BW, ligt de rechtvaardiging van deze stelplicht- en bewijslastverdeling mijns inziens niet in art. 2:11 BW. Deze rechtvaardiging ligt wel in het feit dat (i) een rechtspersoon-bestuurder als abstract rechtssubject niet zelf kan handelen zodat de op hem rustende verbintenissen tot het vervullen van de inhoudelijke en collegiale bestuurstaak, die gelet op de bewaarnemersrol van de rechtspersoon-bestuurder mede kunnen strekken ter bescherming van de belangen van derden, één op één komen te rusten op de natuurlijk persoon-bestuurders en (ii) de verantwoordelijkheid de rechtspersoon te besturen en te vertegenwoordigen bij het bestuur als orgaan ligt en niet bij de individuele bestuurders. Bij interne bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW jo. art. 2:11 BW verkeren de rechtspersoon of, in geval van faillissement, de curator in de nadelige positie niet steeds te zullen weten welke bestuurder het onbehoorlijk bestuur valt te verwijten. Bij externe bestuurdersaansprakelijkheid van zowel eerstegraads bestuurders als van een rechtspersoon-bestuurder ex art. 6:162 BW is voor de derde eveneens niet duidelijk welke uiteindelijke natuurlijk persoon-bestuurders gelet op de voornoemde bewaarnemersrol een zorgvuldigheidsverplichting jegens deze derde hebben geschonden. Het ligt daarom voor de hand bij externe bestuurdersaansprakelijkheid van tweedegraads bestuurders dezelfde systematiek van stelplicht- en bewijslastverdeling te gebruiken als bij externe bestuurdersaansprakelijkheid van eerstegraads bestuurders (zoals eerder in deze samenvatting uiteengezet). Zou dit anders zijn, dan zouden tweedegraads bestuurders op grond van het arrest *Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters* in een nadeligere bewijspositie worden gebracht dan eerstegraads bestuurders die op grond van *Ontvanger/Roelofsen* worden aangesproken. En daar bestaat geen logische reden voor. De rechtstheoretische redenen waarom de ernstigverwijtmaatstaf niet zou moeten worden toegepast bij de beoordeling van aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW van eerstegraads bestuurders gelden tot slot vanzelfsprekend evengoed bij de beoordeling van aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW van tweedegraads bestuurders.

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

Toerekening van disculpatie aan rechtspersoon-bestuurder vs. Matroesjka-poppetjes

Omdat een rechtspersoon ex art. 2:5 BW, voor wat het vermogensrecht betreft, gelijkstaat met een natuurlijk persoon, kan de rechtspersoon ook bestuurder zijn van een andere rechtspersoon. Dit wordt geïllustreerd door art. 2:11 BW. In de literatuur is opgemerkt dat als zich onder de hoofdelijk aansprakelijke tweedegraads bestuurders opnieuw een rechtspersoon bevindt, de toepassing van art. 2:11 BW kan worden herhaald totdat uiteindelijk iedere in de bestuursketen aanwezige rechtspersoon-bestuurder is gepasseerd en de aansprakelijkheid van elke rechtspersoon uiteindelijk blijft rusten op een of meer natuurlijk personen. Er zou sprake zijn van een onafzienbare reeks, als ‘Matroesjka-poppetjes’, aansprakelijke bestuurders. Als wij accepteren dat de rechtspersoon-bestuurder een zelfstandig rechtssubject ex art. 2:5 BW is, bestaat naar mijn mening echter geen reden de rechtspersoon-bestuurder de mogelijkheid op disculpatie voor aansprakelijkheid ex art. 2:11 BW te onthouden. Als de rechtspersoon-bestuurder deel uitmaakt van een meerhoofdig bestuur en alle natuurlijk persoon-bestuurders van deze rechtspersoon-bestuurder een disculpatiegrond toekomt, dan komt deze disculpatiegrond ook toe aan de betrokken rechtspersoon-bestuurder. De kennis en gedragingen van de natuurlijk persoon-bestuurders, die een disculpatie rechtvaardigen, dienen namelijk aan deze rechtspersoon-bestuurder te worden toegerekend. De onafzienbare reeks van ‘Matroesjka-poppetjes’ kan naar mijn mening dus doorbroken worden vóórdat bij ieder van de natuurlijk persoon-bestuurders is uitgekomen. Omdat de systematiek voor het vaststellen van aansprakelijkheid ex art. 2:11 BW in feite niet afwijkt van het vaststellen van eerstegraads aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW, is ook in het kader van art. 2:11 BW de ernstigverwijtmaatstaf niet relevant.

Rechtsvergelijking externe bestuurdersaansprakelijkheid (hoofdstuk 12)

Dit hoofdstuk bevat een rechtsvergelijkend onderzoek naar externe bestuurdersaansprakelijkheid. In het kader van de afbakening van mijn proefschrift heb ik geen rechtsvergelijkend onderzoek gedaan naar interne bestuurdersaansprakelijkheid. Met het rechtsvergelijkend onderzoek naar externe bestuurdersaansprakelijkheid, beoog ik slechts te illustreren dat de door mij naar voren gebrachte argumenten om de ernstigverwijtmaatstaf los te laten zo gek nog niet zijn, als men de rechtssystemen beschouwt waarmee ik de vergelijking maak. Dit onderdeel van het onderzoek is daarom minder omvattend gebleven. Het is een rechtsvergelijkend onderzoek op hoofdlijnen naar hoe met dit leerstuk wordt omgegaan onder het recht van Delaware in de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk en België. Het onderzoek laat zien dat in al deze rechtssystemen het juridisch kader voor externe bestuurdersaansprakelijkheid is gebaseerd op de ‘gewone’ onrechtmatige daad. Er bestaat geen normatieve convergentie tussen de regels van interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid. De vraag of

een bestuurder een onrechtmatige daad heeft begaan, wordt niet ingekleurd door een hoge drempel voor aansprakelijkheid en ook het feit dat handelingen kunnen worden toegerekend aan de rechtspersoon, vormt geen reden een hoge drempel voor aansprakelijkheid aan te nemen.

In een zaak van 31 augustus 2015⁶⁴ overwoog de Superior Court of the State of Delaware bijvoorbeeld:

“...when a corporate officer directly participates in the tortious conduct, personal liability may be imposed, even when the officer is acting on behalf of the corporation. Delaware courts have held that the officer’s mere knowledge of tortious activity is not sufficient. Individual liability attaches only where the officer “directed, ordered, ratified, approved, or consented to” the wrongful act. In other words, corporate officers are not derivatively liable for the torts of the corporation; however, corporate officers are directly liable for the torts they personally commit, whether on behalf of the corporation or otherwise. (...)

According to the personal participation doctrine, a corporate official cannot shield himself behind a corporation when he is an actual participant in the tort. Therefore, unlike a contractual fraud claim, the relevant question when examining a tortious fraud claim is whether or not the defendant personally participated in the tortious conduct.”

In literatuur over het recht van Delaware is gesteld:⁶⁵

“In accordance with these principles, numerous courts have specifically stressed that, in order to be liable for his or her actions within the corporate context, a director or officer must breach an independent duty of care, which he personally owes to the injured party.”

En:

“Contrariwise, the director or officer may be held liable for the breach of an external duty because that duty is specifically owed to the third party. To put it another way, courts must distinguish between a director or officer’s fiduciary duties to the corporation (and its shareholders) and a director or officer’s duty not to injure third parties under common law tort principles. (...) courts should be mindful of the fact that in the tort context, “duty” remains a relatively flexible and policy-driven concept. (...) Of course,

64. Delaware Superior Court, 31 augustus 2015, C.A. No. S14L-12-035 MJB (*Yavar Rzayev, LLC v. Marvin B. Roffman*), <http://courts.delaware.gov/>.

65. Petrin 2012, p. 1670 en p. 1683.

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

legislators may craft statutory provisions that explicitly create certain duties that directors or officers owe to third parties. In cases involving such provisions, courts have to sanction any breaches thereof and analyses of a duty's internal or external nature are superfluous. However, if statutory provisions are open to judicial interpretation as to whether a director or officer is an appropriate defendant and can be liable (or whether only the corporation can be liable), courts should carefully analyze the nature of the duty at question, focusing on the distinction between internal and external duties."

Ten aanzien van het recht in het Verenigd Koninkrijk overwoog de House of Lords:⁶⁶

"What matters is not that the liability of the shareholders of a company is limited but that a company is a separate entity, distinct from its directors, servants or other agents. The trader who incorporates a company to which he transfers his business creates a legal person on whose behalf he may afterwards act as director. For present purposes, his position is the same as if he had sold his business to another individual and agreed to act on his behalf. Thus the issue in this case is not peculiar to companies. (...)

In such a case where the personal liability of the director is in question the internal arrangements between a director and his company cannot be the foundation of a director's personal liability in tort. The enquiry must be whether the director, or anybody on his behalf, conveyed directly or indirectly to the [plaintiff] that the director assumed personal responsibility to the [plaintiff]."

Whether the principal is a company or a natural person, someone acting on his behalf may incur personal liability in tort as well as imposing vicarious or attributed liability upon his principal. But in order to establish personal liability (...) there must have been an assumption of responsibility such as to create a special relationship with the director or employee himself."

De House of Lords overwoog verder:⁶⁷

"The fact that by virtue of the law of agency his representation and the knowledge with which he made it would also be attributed to Oakprime would be of interest in an action against Oakprime. But that cannot detract from the fact that they were his representation and his knowledge. He was

66. House of Lords, 30 april 1998, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1998/17.html> (*Williams v Natural Life Limited*).

67. House of Lords, 6 november 2002, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2002/43.html> (*Standard Chartered Bank v Pakistan Shipping Corporation*), par. 20 en 40.

the only human being involved in making the representation to SCB (apart from administrative assistance like someone to type the letter and carry the papers round to the bank). It is true that SCB relied upon Mr Mehra's representation being attributable to Oakprime because it was the beneficiary under the credit. But they also relied upon it being Mr Mehra's representation, because otherwise there could have been no representation and no attribution."

De Scottish Court of Sessions overwoog:⁶⁸

"(...) A director who personally commits a delict in the course of his duties is liable to the injured party. A person who commits a wrong is liable for it himself, and it is immaterial that he was acting as an agent for or employee of another person (...)"

Tot slot, in België bestaan wettelijke bepalingen die specifiek betrekking hebben op de externe aansprakelijkheid van bestuurders, namelijk artt. 262-264 BBW en artt. 527-529 BBW. Daarnaast is in de literatuur expliciet uiteengezet dat de schending van een zorgplicht door de bestuurder jegens de rechtspersoon dient te worden onderscheiden van de schending van de zorgplicht van de bestuurder jegens een derde partij. Het enkele feit dat een natuurlijk persoon heeft gehandeld in zijn hoedanigheid van bestuurder van een rechtspersoon, pleit hem niet vrij van aansprakelijkheid voor een onrechtmatige daad jegens een derde. Het Hof van Cassatie onderschreef dit door te overwegen dat dit een algemeen beginsel is, dat wordt bevestigd door de regels van de lastgeving op grond waarvan de lasthebber persoonlijk aansprakelijk blijft jegens derden.⁶⁹ Het Hof van beroep te Gent⁷⁰ overwoog voorts dat in geval van een precontractuele fout van een orgaan van een vennootschap, die een schending uitmaakt van de algemene zorgvuldigheidsplicht, zowel het orgaan als de vennootschap jegens de derden aansprakelijk zijn. De aansprakelijkheid van de rechtspersoon en bestuurder bestaan naast elkaar, aldus het Hof.

68. Scottish Court of Sessions, 3 februari 2015, <http://www.bailii.org/scot/cases/ScotCS/2015/2015CSIH11.html> (*William Campbell v Peter Gordon Joiners Limited*).

69. Hof van Cassatie 20 juni 2005, *TBH* 2005/892 m.nt. H. de Wulf en *TBH* 2006, 418 m.nt. A. Coibon, *DAOR* 2005, 340, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20050620-5.

70. Hof van beroep Gent 13 februari 2012, *DAOR* 2012, 102, p. 206-210.

Conclusie (hoofdstuk 13)

Mijn onderzoek heeft geleid tot de volgende algemene conclusies:

Interne bestuurdersaansprakelijkheid

- (i) De in 1997 in het arrest *Staleman/Van de Ven* geïntroduceerde ernstigverwijtmaatstaf voor interne bestuurdersaansprakelijkheid is een onnodige verdere invulling van art. 2:9 BW en van het begrip ‘onbehoorlijke taakvervulling’ als bedoeld in art. 2:9 BW. Daarmee wordt ten onrechte een institutioneel taalkundig schuldbegrip geïntroduceerd dat niet past bij de objectieve toets die gehanteerd dient te worden volgens de ratio van art. 2:9 BW.
- (ii) De ernstigverwijtmaatstaf voor interne bestuurdersaansprakelijkheid creëert onduidelijkheid over (a) de betekenis, ratio en systematiek van art. 2:9 BW, die uitgaat van een op het collegialiteitsbeginsel gebaseerde gezamenlijke verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid van het bestuur als collectief, met de mogelijkheid van disculpatie voor de individuele bestuurder, en (b) de daarmee samenhangende door de wetgever beoogde stelplicht- en bewijslastverdeling.
- (iii) De codificatie per 1 januari 2013 van de ernstigverwijtmaatstaf in art. 2:9 BW en het Voorstel van Wet bestuur en toezicht rechtspersonen van 8 juni 2016 nemen de hiervoor geconstateerde onduidelijkheid niet weg.
- (iv) De termen ‘onbehoorlijk bestuur’, ‘(on)behoorlijke taakvervulling’ en ‘kennelijk onbehoorlijke taakvervulling’ impliceren dezelfde normen die op de individuele bestuurder rusten. Het verdient de voorkeur om in art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW steeds van dezelfde term te spreken, zijnde ‘(on)behoorlijke taakvervulling’ dat zowel omvat ‘inhoudelijk’ als ‘collegiaal’ (on)behoorlijke taakvervulling.

Externe bestuurdersaansprakelijkheid

- (v) De in 2006 in het arrest *Ontvanger/Roelofsen* geïntroduceerde ernstigverwijtmaatstaf voor externe bestuurdersaansprakelijkheid lijkt vooral te zijn gebaseerd op woordkeuze uit jurisprudentie in de periode tussen 1997 en 2006, zonder dat daar een rechtstheoretische en rechtspolitieke rechtvaardiging aan ten grondslag ligt.
- (vi) De alsnog in 2014 in *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop* gegeven rechtstheoretische en rechtspolitieke rechtvaardiging voor de toepassing van de ernstigverwijtmaatstaf lijken voorbij te gaan aan de beginselen van rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit. De wettelijke grondslag voor

externe bestuurdersaansprakelijkheid is art. 6:162 BW en vereist slechts dat de bestuurder heeft gehandeld in strijd met een persoonlijk op hem rustende zorgvuldigheidsverplichting.

Interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid

- (vii) Voor zover de bestuurder zou moeten worden beschermd tegen te snelle interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid is die bescherming een direct gevolg van (i) de betekenis van het begrip ‘onbehoorlijke taakvervulling’ als bedoeld in art. 2:9 BW voor interne aansprakelijkheid en (ii) rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit voor externe bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW. De ernstigverwijtmaatstaf en de daarin bedoelde ‘hoge drempel voor aansprakelijkheid’ is daarvoor onnodig.
- (viii) Het streven naar zogenoemde normatieve convergentie (lees: het streven naar een uniforme maatstaf voor interne en externe aansprakelijkheid) is onnodig en onwenselijk, omdat geen sprake is van samenloop van rechtsregels en de normen verschillende belangen beogen te beschermen. Dit neemt niet weg dat de op de bestuurder rustende verbintenissen om de bestuurstaak inhoudelijk en collegiaal behoorlijk te vervullen, als gevolg van de bewaarnemersrol die de bestuurder vervult in het maatschappelijk verkeer, art. 6:162 BW kunnen inkleuren. In de rechtspraak en doctrine verdient deze bewaarnemersrol meer aandacht.
- (ix) De rechter dient de wet toe te passen. De ‘rechtsvormende’ taak van de rechter beperkt zich in beginsel tot het interpreteren, uitleggen en verfijnen van open normen die een wettelijke basis hebben. De rechter dient zich daarbij zo veel als mogelijk te houden aan de taal van de wetgever. Hij dient voorts rekening te houden met het institutionele karakter van taal binnen het recht. De totstandkoming en het gebruik van de ernstigverwijtmaatstaf lijkt hiermee niet te rijmen. De toepassing daarvan heeft voorts een dusdanige invloed op de toepassing en interpretatie van art. 2:9 BW (dat blijkt ook uit de codificatie in art. 2:9 BW) en art. 6:162 BW dat daarmee minst genomen de vraag dient te worden gesteld of de Hoge Raad daarmee niet te veel voorbij is gegaan aan zijn primaire taak om de wet toe te passen en of hij daarmee rechtspolitiek heeft bedreven. Deze vraag dient mijns inziens positief beantwoord te worden en dat is staatsrechtelijk niet te rechtvaardigen.
- (x) De ernstigverwijtmaatstaf leidt tot onnodige juridisering, onnodige belasting van de rechterlijke macht, tot een gebrek aan eenheid in de rechtspraak en literatuur en tot onnodig ingewikkelde en in sommige gevallen onjuiste rechtspraak over interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid.

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

De inconsistenties die ik heb geconstateerd in mijn onderzoek zijn deels en afzonderlijk van elkaar ook reeds eerder door een groot aantal andere schrijvers geconstateerd. In mijn proefschrift heb ik deze inconsistenties samengevoegd en in onderlinge samenhang beschouwd, tezamen met de door mij gedane constatering. Daardoor kon ik mijn analyse meeromvattend maken en verdergaande conclusies verbinden aan de ook door hen geconstateerde inconsistenties. Deze conclusies verdienen naar mijn mening een kritische herbezinning van het systeem. Ik ben van mening dat de uitkomst van mijn onderzoek de conclusie rechtvaardigt dat we de ernstigverwijtmaatstaf moeten loslaten en dat we terug moeten keren naar de oorspronkelijke betekenis van art. 2:9 BW en art. 6:162 BW. Dit is in het belang van bestuurders, rechtspersonen en derden.

Summary

Introduction (Chapter 1)

This study deals with the liability of directors of legal entities in the Netherlands.¹ It deals with both the liability of the director towards the legal entity (the so-called ‘internal liability of directors’) and the liability of the director towards third parties (the so-called ‘external liability of directors’). The internal liability of directors is based on Book 2, Section 9 of the Dutch Civil Code (Section 2:9 “DCC”). The external liability of directors is based on Book 6, Section 162 DCC (Section 6:162 DCC, tort). The study specifically focuses on the common standard that has been developed in case law and legal literature for both forms of liability. This common standard is the so-called ‘serious blame standard’ (*ernstigverwijtmaatstaf*).

The introduction of the serious blame standard in directors’ liability law has its roots in legal literature of 1986 relating to the case law of 1975 and 1983 of the Supreme Court (the highest civil court in the Netherlands) concerning the liability of an employer towards an employee² and of an employee towards an employer.³ In the first case, the Supreme Court ruled that an employer is liable towards the employee for damage he or she suffered as a result of the shortcoming of the employer unless the “*blame*” of the employee in relation to his or her damage is ‘*so serious*’ that the shortcoming of the employer pales into insignificance. In the second case, the Supreme Court ruled that an employee who causes damage to the employer is only liable towards the employer if “serious blame” may be attributed to the employee. In legal literature of the

1. In this summary of my study, for the purposes of clarity, I shall only refer to the most important case law and parliamentary history. Some results of my study have already been partly published at various times. See: W.A. Westenbroek, ‘Metaalmoetheit na 88 jaar ‘externe’ bestuursaansprakelijkheid en Spaanse Villa, het is tijd voor herbezinning: laat de ernstig verwijt maatstaf los’, *Ondernemingsrecht* 2015/69, afl. 11, p. 353-366; W.A. Westenbroek, ‘Externe bestuursaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening’, *Ondernemingsrecht* 2016/24, afl. 3, p. 112-121; W.A. Westenbroek, ‘Bestuursaansprakelijkheid: Hoe iets is en hoe iets behoort te zijn. Naschrift naar aanleiding van de reactie van Mr. drs. J. van Bekkum op Ondernemingsrecht 2016/24’, *Ondernemingsrecht* 2016/98, p.487-489; W.A. Westenbroek, ‘Artikel 2:9 BW en de ernstig verwijt maatstaf bij bestuursaansprakelijkheid’, *RM Themis* 2016/4, p. 175-192; W.A. Westenbroek, ‘De schaduwzijde van de ontwikkeling in het rechtspersonenrecht: de ‘ernstig verwijt’-maatstaf en ‘externe werknemersaansprakelijkheid’’, *WPNR* 2017/7144, p. 276-286.
2. Supreme Court 27 June 1975, *NJ* 1976, 81 with annotation by G.J. Scholten (*Schenkelaars Muziekinstrumentenfabriek*).
3. Supreme Court 4 February 1983, *NJ* 1983, 543 with annotation by P.A. Stein (*Debrot*).

SUMMARY

period 1986-1994, it was argued by some scholars that this same standard should be applied when assessing the liability of a director towards the legal entity. Other scholars disputed this, however.

In 1997, the Supreme Court rendered its judgment in the case *Staleman/Van de Ven*⁴ in which it introduced the serious blame standard for internal liability. It ruled that liability of the director towards the legal entity could only arise if so-called 'serious blame' can be attributed to the director. Since then, the serious blame standard has been discussed at length in legal literature. Legal literature at first did not seem to truly understand the relation between this serious blame standard and Section 2:9 DCC. However, over the course of time, the serious blame standard was repeatedly used by the Supreme Court and despite some criticism by legal scholars, it became broadly accepted in legal literature. It is, however, only since 1 January 2013 that the legislature has codified this standard by changing section 2:9 DCC.

In 2006, nine years after *Staleman van de Ven*, the Supreme Court rendered its judgment in the case *Ontvanger/Roelofsen*⁵ in which it introduced the serious blame standard for external liability. In this case, it ruled that liability for tort of the director of a legal entity towards a third party while he is acting in his capacity as director could only arise if it is possible to attribute so called 'serious blame'. In legal literature, scholars noted in a positive way that the Supreme Court had now 'converged' the rules for internal and external liability by using the same standard for both internal and external liability. In the period to 2015, the Supreme Court went on to repeat this serious blame standard in several other judgments. Despite some criticism, the standard became broadly accepted in legal literature.

The purpose of this study is to analyse whether the introduction, the substantiation and the use of the serious blame standard is in conformity with the system and rationale of section 2:9 DCC, section 6:162 DCC and with the general principles of civil law. For this purpose, I investigated the parliamentary history of section 2:9 DCC and 6:162 DCC and the case law of the Supreme Court that led to the introduction of the serious blame standard. I investigated how the serious blame standard was introduced in this case law and whether the substantiation and the use of the serious blame standard fits within the framework of the Dutch Civil Code.

4. Supreme Court 10 January 1997, *NJ* 1997, 360 with annotation by J.M.M. Maeijer and *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*).

5. Supreme Court 8 December 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

The study resulted in the conclusion that (i) the current standard for the internal and external liability of directors needs to be clarified and (ii) we need to separate the serious blame standard from the legal framework which encompasses the internal and external liability of directors. The study aims to create a clear and sustainable standard for the internal and external liability of directors. In this regard, it should be stressed that the current serious blame standard has been very broadly accepted in case law, legal literature and (quite recently) parliamentary history. To understand why we need to let go of this standard, it is imperative to be open to the idea that from a legal theoretical perspective, the use of the serious blame standard is not justified. It leads to inconsequent and unnecessary (complex) reasoning in both case law and legal literature. The mere fact that almost thirty years have elapsed since the serious blame standard was first introduced in legal literature, twenty years since it was introduced in case law on internal liability and eleven years since it was introduced in case law on external liability, in itself justifies a thorough study of the legal theory of the serious blame standard.

Legal language, trias politica and the creation of law (Chapter 2)

For the purpose of analysing the introduction, the substantiation and the use of the serious blame standard, it is important to elaborate on some theoretical issues that relate to the creation and the application of law in the Netherlands.

First of all, one should realise that law has no meaning and no function without language. In fact, in our western civilisation, law can only exist by the virtue of language. Laws are created and expressed by language and the application of these laws is only possible through the interpretation of that language by a court. In its judgment, the court has to connect the applicable legal provision to the facts and circumstances and the court does so by expressing its judgment in language. To enforce this judgment, the bailiff will also interpret the language of the judgment, and so on.

The importance of language for the law can therefore not be underestimated. The law is sometimes a language in itself. Legal scholars, the legislature and judges use legal parlance that in many cases is not used by the general public. In some instances it may even have a specific legal meaning that differs from the meaning that such a term or word would have in common parlance. In that perspective, the language of law could be seen as a language in itself. One could call it an institutional professional language. In other words: all those who practice law or that at any certain moment in time come into contact with the law will form part of the language community that is formed by the language of

SUMMARY

law. This institutional professional language (or this language community) however does not have a goal in itself. The goal of this language is to define and give order to the reality and to society from a legal normative perspective. The law expressed by language therefore shows the system in which our society exists.

This means that the choice by a court to use a certain term in its judgment cannot be seen apart from the meaning and function that such a term has in the language community of law. What is the meaning of the term? What is its function? Is the use of the term in the judgment justified in light of the meaning and function that the term has been given in the language community of law and in the language community of Dutch society as a whole? In this regard, the legislature has the responsibility to make clear laws from a language perspective in order to avoid as much as possible the danger of an interpretation by the court that differs from the interpretation of the legislature. On the other hand, in principle, the court has the responsibility to use the same language that the legislature uses. This is logical, firstly because all law is expressed in language but also because of the so-called '*trias politica*'.

This is the second theoretical remark on law in the Netherlands. The legal system in the Netherlands, like many other continental European legal systems, is based on the so called *trias politica*. According to this principle, there is – amongst other things – a clear division of tasks between the legislature and the court. The legislature has the responsibility of creating the written law in legal provisions (such as Section 2:9 DCC and Section 6:162 DCC) and the court has the obligation to interpret and apply these provisions. Strictly speaking, precedent law does not exist and the legal basis of all court rulings must be found in the written law created by the legislature. In light of the importance of language for law, it is also a logical consequence of the *trias politica* that courts use the same language as the legislature. If the legislature for example has chosen the term 'red' for a certain legal situation, the court should not use the term 'blue' for that same legal situation. The court has to apply the law and, in principle, it does not have the liberty to deviate from the law or from the language in which the law is expressed. All this ensures the rule of law according to which, amongst other things, all legal entities and natural persons in the Netherlands are provided with certainty about their rights and obligations towards each other.

In light of the foregoing, although in legal literature there is some discussion on this topic, especially with regard to the position of the Supreme Court, it is generally accepted that, in all circumstances, the court (including the Supreme Court) will have to withhold itself from *creating* law ('*rechtsvorming*'). That is a prerogative of the legislature which is a consequence of the *trias politica*.

The court may, however, so to speak *find* the law (*'rechtsvinding'*) by interpreting and applying the written provisions of the legislature. Of course, one could say that by finding the law, law is also created. However, strictly speaking, that is not the case if the court still bases itself on written law. One could in this regard speak of creating law by finding law (*'rechtsvormende rechtsvinding'*).

The third remark relates to the trias politica. This remark is that the process whereby a court finds law in the legal provisions codified by the legislature must meet the standards of legal-theoretical reason. In other words, it must comply with the principles of legality, rationality and logic. Moreover, it must be legitimate. By doing so, a judgment should give insight into the motivation and the arguments used by the court when connecting the facts and circumstances presented to it to the legal system and its legal provisions. In this way, the judgment can be studied objectively not only by the parties for which the judgment has binding consequences in society but also by public opinion, politics, legal scholars and judges in appeal. A judgment which does not meet these requirements can be criticised and that criticism forms a control mechanism for the proper functioning of the legal system. When complying with the aforementioned principles, the court can make use of several methods of interpretation and methods of rational reasoning.

Methods of interpretation relate to the question of how a court explains the legal provision relevant to the case in question. In this regard, it should be noted that, of course, it is not always possible for the legislature to create a specific provision for all the specific facts and circumstances that could arise in our society. The legislature often makes use of general expressions in legal provisions that are open to interpretation by the court. The court will have to interpret these expressions and then apply these expressions to the facts and circumstances of the case in front of it. To do so, the court could use several methods of interpretation that are generally accepted in legal literature. These methods can be based on (i) the grammatical meaning of a provision, (ii) the parliamentary history of a provision or legal-historical research (iii) the context of the provision in the system of law created by the legislature (a certain provision may be included in Book 2 of the Dutch Civil Code but this Book forms part of the Dutch Civil Code as a whole, which contains 8 Books), (iv) the development of law over the course of time and in light of international law, (v) the anticipation of the court of new law that is in the process of being developed by the legislature and (vi) the rationale of a provision.⁶ In light of the trias politica and the importance of language in law, the methods described above under (i) and (ii) should in principle be applied in preference to the other methods. There is, however, no hard and fast rule.

6. This last method could be used if the provision, the parliamentary history thereof or the system it forms a part of, do not provide sufficient framework to rule on a specific matter.

SUMMARY

Besides these methods of interpretation, there are multiple methods of rational reasoning that are generally accepted in legal literature. The most important one is the so-called syllogism. This method entails that the court establishes that the legislature has connected a specific legal consequence (for example a fine) to the infringement of a certain rule (for example speeding). If the facts and circumstances lead to the conclusion that a person has been speeding, the court connects the legal consequence of a fine to that person for speeding. Another rational method of reasoning is the so-called analogue reasoning. This method entails that a court compares a situation which is not specifically dealt with in a legal provision with a similar situation that is dealt with in specific legal provision. Another method is contrary reasoning. This method entails that a court compares a situation which is not specifically dealt with in a legal provision with an opposite situation that is dealt with in a specific legal provision.

The court can also clarify or refine rules that follow from the legal provision that the court applied (*rechtsverfijning*). This means that it creates a rule that can be applied in future case law in matters that have similarities with the matter that the court had to rule over. As a general rule, one may assume that if a court refines a rule, the refined rule must be less abstract (more concrete) than the rule it refined. This means the court also contributes to the development of law (*rechtsontwikkeling*). Development of law is not the same as 'creation of law'. When refining a certain rule, the court must always base itself on an interpretation of a provision that has already been created by the legislature. This is a consequence of the trias politica. Only in very exceptional cases may the court choose to create a new rule itself. This applies in situations where the legislature had failed to provide for a legal provision or a legal framework to answer the legal issues that have been presented to the court. In such cases, however, the court should also only choose to do so in exceptional circumstances. In summary, the court must refrain from creating law.

The Supreme Court plays an important role in the process of finding, developing and – in exceptional cases – creating law. As the highest court, its tasks include supervising the unity of law. It has to ensure that legal rules and terminology are explained and refined uniformly within specific areas of law and also throughout the whole legal system.⁷

Sometimes it is not possible to test whether a judgment complies with the principles of legality, rationality, logic and legitimacy because certain steps of the reasoning that led to the judgment have not been explicitly mentioned in the text of the judgment. However, that in itself does not make the judgment unjust. To test whether the judgment complies with the principles of legality,

7. *Parliamentary history II* 2010/11, 32 576, nr. 3, p. 1.

rationality, logic, and legitimacy, legal scholars can make a so-called rational reconstruction of the judgment by filling in the missing gaps in the reasoning of the court. Once this is done, the judgment can be tested on its legality, rationality, logic and legitimacy. Legal theories and arguments that have been developed in doctrine can also be tested this way. In this study, I made a rational reconstruction of the case *Staleman/Van de Ven*.

Internal liability of directors (Chapter 3)

Introduction

The legal provision on the internal liability of directors has not changed substantially over the past ninety years. The current section 2:9 DCC only differs in some wording to legal provisions that were already codified in 1925 for the cooperative association (*‘coöperatieve vereniging’*) and in 1929 for (public and private) limited liability companies. In 1976, Section 2:8 DCC was introduced which led to a convergence of the rules for internal liability for *all* legal entities in one legal provision. In 1992, Section 2:8 DCC was renumbered as Section 2:9 DCC. It then stated (freely translated):

“Towards the legal entity, each director is to properly perform the duties assigned to him. If this involves a duty that is assigned to one or more directors, all these directors are jointly and severally liable towards the legal entity for the improper performance of duties unless a director can prove that the shortcoming in the performance is not attributable to him and he also has not been negligent in taking measures to avert the consequences of that improper performance of duties.”

On 1 January 2013, the serious blame standard that was introduced in case law and further developed in legal literature was codified in section 2:9 DCC. Since then, it states (freely translated):

- “1. Each director is responsible towards the legal entity for a proper performance of his duties. To the duties of all directors belong all duties that have not been assigned by or pursuant to law or the articles of incorporation to one or more other directors.*
- 2. Each director is responsible for the general conduct of affairs. He is fully liable for improper management, unless, also with regard to the tasks assigned to the other directors, serious blame cannot be attributed to him and he also has not been negligent in taking measures to avert the consequences of such improper management.”*

SUMMARY

The system of Section 2:9 DCC (old) and of the current Section 2:9 DCC is such that the burden of proof that there was an improper performance of duties initially lies with the legal entity. Once it has proven that there was an improper performance of duties, the burden of proof shifts towards the individual director. To exculpate himself from liability, the individual director will have to prove that:

- (i) the improper performance does not relate to the duties assigned to him (however, Section 2:9 DCC literally states “*with regard to the tasks assigned to the other directors, serious blame cannot be attributed to him*”);⁸ and
- (ii) he has not been negligent in taking measures to avert the consequences of that improper performance of duties.

A logical consequence of this system is that if the legal entity has only one director, this one director will never be able to exculpate himself from liability in case of improper performance of duties unless in the event of force majeure (such as serious illness).

According to the parliamentary history, the legislature only codified the serious blame standard in 2013 because of the fact that this was the language used in case law and legal literature. Parliamentary history does not show that the legislature had itself contemplated the meaning and the function of the serious blame standard in relation to the wording and the rationale of Section 2:9 DCC. On 8 June 2016, the Minister of Justice filed a proposal for a bill containing a new Section 2:9 DCC and some other new legal provisions in which the serious blame standard was again included. According to this proposal, Section 2:9 DCC will consist of seven subsections of which the first three will state:

- “1. *Unless the articles state otherwise, the board is to manage the legal entity.*
2. *Each director is responsible for the general conduct of affairs. To the duties of all directors belong all duties that have not been assigned by or pursuant to law or the articles of incorporation to one or more other directors.*
3. *Each director is responsible towards the legal entity for a proper performance of the tasks assigned to him. When doing so, the interest of the legal entity and the company or organisation connected to it are central.*”

8. This serious blame standard was, however, only codified on 1 January 2013 without actually having a meaning in Section 2:9 DCC since the codification seems to only relate to the wish of the legislature to adopt the same terminology as used in case law and literature, more specifically the case of *Staleman/Van de Ven*. See *Parliamentary history II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 8-9.

Section 2:9a DCC will consist of six subsections of which the first one will state:

- “1. The articles may provide for a division of tasks between one or more executive and one or more non-executive directors. The articles cannot provide for a division of tasks according to which the task of supervising the performance of the directors does not belong to the non-executive directors (...)”*

Section 2:9b DCC concerns the liability of the directors. Subsection 1 states:

- “1. Each director is liable in full towards the legal entity for improper management, unless, also with regard to the tasks assigned to the other directors, serious blame cannot be attributed to him and he also has not been negligent in taking measures to avert the consequences of such improper management.”*

Section 2:9c DCC contains provisions relating to the joint and several liability of managing directors for ‘apparent’ improper performance of duties in case of bankruptcy, which is now still dealt with by Section 2:138/248 DCC.⁹ By codifying these provisions in a new Section 2:9c DCC, the provisions will be applicable to a broader range of legal entities. Subsection 1, 2 and 3 state:

- “1. In case of bankruptcy, each director is joint and severally liable towards the bankruptcy estate for the shortfall in this estate, being the amount of the debts as far as these cannot be recovered after the assets have been wound up, if the board of directors has apparently performed its duties improperly and it is likely that this is an important cause of the bankruptcy.*
- 2. If the board of directors has not complied with its obligations under Section 2:10 or 2:394 DCC, then it shall be deemed to have apparently performed its duties improperly and it will be presumed that this improper performance of duties is a major cause of the bankruptcy. (...)*

9. Section 2:138/248 subsection 1 DCC speaks of ‘apparent improper performance of duties’ Section 2:9 DCC and the other subsections of 2:138/248 DCC speak of ‘improper performance of duties’. From the parliamentary history it shows that there is no real difference between both terms.

SUMMARY

3. *A director who proves that the improper performance of duties by the board of directors is not attributable to him and that he has not been negligent in taking measures to avert the consequences thereof, is not liable.*¹⁰

At the time of writing this thesis it was not yet clear when the bill was going to be further discussed in Parliament.

To investigate if the serious blame standard actually fits within the framework of Section 2:9 DCC, I have first investigated the meaning of Section 2:9 DCC.

The assessment of when improper performance of duties occurs.

How is ‘improper management’ or (im)proper performance of duties as referred to in Section 2:9 DCC established? From the analysis of the parliamentary history of section 2:9 DCC and Section 2:138/248 DCC and the legal literature relating thereto, it follows that the question of whether there is proper or improper management/performance of duties¹¹ must be answered by taking into account the following rules:

- (i) Directors of legal entities must be given room to manoeuvre. They need to be able to take (commercial) decisions without having to fear liability in case the decisions turn out negatively for the legal entity. They have to be able to take risks if they perceive it to be in the interests of the legal entity.¹² The performance of each director must be assessed taking into account the danger of hindsight bias. His performance must thus be assessed on the basis of the information that was or should have been at his disposal at the time of his performance that is subject to investigation.
- (ii) Each director has the responsibility of being capable of performing the duties assigned to him.¹³ Lack of knowledge, expertise and capabilities cannot exculpate him from liability. His performance is assessed by comparing his actions to how an average reasonable and capable director would have acted under the same circumstances as the circumstances that occurred during the performance that is subject to investigation.¹⁴ In

10. Section 2:9c subsections 1 through 3 are almost the same as the current Section 2:138/248 DCC subsections 1 through 3. The only difference is that in Section 2:9c subsection 2 the word ‘apparent’ is added.

11. In this thesis, I do not make a distinction between the terms ‘improper management’, ‘improper performance of duties’ and ‘apparent improper performance of duties’ as I believe that they all prescribe the same legal standards for directors.

12. *Parliamentary history II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 3-4.

13. *Parliamentary history II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 19.

14. *Parliamentary history II* 1983/84, 16 631, nr. 9, p. 2 and *Parliamentary history II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 9.

short, the performance of the director is assessed by applying an objective and not subjective standard. That, however, does not mean that every mistake or omission leads to the qualification (specific or collegial) of improper performance of duties, since an average reasonable and capable director can also make mistakes. The word 'improper' includes that the improper performance can be blamed on the director.¹⁵ The question of whether or not he is to blame, is guilty or has not acted in good faith in the sense used in common law, is therefore strictly speaking not relevant.

To fully understand the meaning of these rules, it is imperative to explain the principle of collegial management and the collective responsibility and liability related thereto.

Collegial management, collective responsibility and liability, division of tasks and exculpation

Reference is made to the parliamentary history of 1983/1984 of Section 2:138/248 DCC. This Section was finally introduced on 1 January 1987 and is applicable to directors of (public and private) limited liability companies. It was based on the former Section 49a of the Code of Commerce (*Wetboek van Koophandel*) introduced in 1929. This Section stated – in short – that a director of a public limited liability company can be liable for damage in case of bankruptcy in case of 'gross guilt' or 'gross negligence' on the part of the director. In the parliamentary history of Section 2:138/248 DCC, the legislature explained the departure from the terms 'gross guilt' or 'gross negligence'. It did so because it wanted to make clear that liability can also arise without 'gross guilt' or 'gross negligence'. In this regard, it stated that the legal framework for liability must not be too strict and that liability does not only arise in exceptional cases. It considered that Section 2:8 DCC (now Section 2:9 DCC) and Section 2:138/248 DCC are in fact in line with each other and run parallel. It therefore chose the term '(apparent) improper performance of duties' which shows that liability can occur sooner than in the cases of 'gross guilt' or 'gross negligence'.¹⁶ The parliamentary history of Section 2:138/248 DCC is therefore relevant to understanding the meaning of the words 'proper performance of duties' and 'improper management' in Section 2:9 DCC.

This parliamentary history also stated that although Section 2:8 DCC (now Section 2:9 DCC) speaks of the duty of each individual director to perform his tasks properly, in theory, the board as a whole has a collective responsibility to properly perform its tasks. This is a consequence of the principle of collegial

15. *Parliamentary history II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 3-4.

16. *Parliamentary history II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 3-4 and 20-21.

SUMMARY

management. A division of tasks does not release an individual director from that collective responsibility. In theory, the principle of collective responsibility and liability is accepted as a “fundamental and valued principle of corporate law”.¹⁷

In the past thirty years, the principles of collegial management and collective responsibility have been repeatedly reiterated in case law, legal literature and parliamentary history. At first, the principle was specifically mentioned in relation to the boards of (public and private) limited liability companies. In legal literature from 1986 up until now, it was stated that although Section 2:9 DCC (old) spoke of duties that could be assigned to one or more directors, all the duties of the board of directors of public and private limited liability companies also belong to all the directors individually. The consequence of the principle of collegial management according to this literature was that all directors are in principle jointly and severally liable for the improper performance of only one of the directors. The principle is also accepted in relation to the board of other legal entities such as foundations (*‘stichtingen’*) and associations (*‘verenigingen’*) provided they are subject to paying corporate income tax, so-called ‘commercial’ associations and foundations. In that regard, when introducing Section 2:138/248 DCC, the legislature also introduced Section 2:50a and 2:300 DCC which state that Section 2:138/248 DCC is equally applicable to these commercial foundations and associations.

The principles of collegial management and collective responsibility have led to the premise that the improper performance of one director automatically leads to the improper performance of the whole board of directors. The parliamentary history of the current Section 2:9 DCC therefore now also explicitly states that although Section 2:9 DCC mentions the possibility of dividing tasks between the directors, the improper performance of one director in principle leads to the joint and several liability of all directors.¹⁸ This is only different if individual directors can exculpate themselves from liability. The current Section 2:9 DCC states in this regard that exculpation is possible if serious blame cannot be attributed to the individual director in relation to the improper performance of duties and if he also has not been negligent in taking measures to avert the consequences of that improper performance of duties.

All this leads to the question of how collegial management, collective responsibility, joint and several liability, division of tasks and exculpation relate to each other. In legal literature, there has been extensive discussion of this topic. It has been said that the collective responsibility and joint and several liability still stands but that a division of tasks can play a role in the question of whether or

17. *Parliamentary history II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 37.

18. *Parliamentary history I* 2010/11, 31 763, nr. c, p. 5-6.

not a director can exculpate himself. This was repeated in the parliamentary history of the current Section 2:9 DCC.¹⁹ The question of how a division of tasks can play a role in the possibility of a director exculpating himself, however, largely remained unanswered. In my perspective, this has currently still not been made clear in parliamentary history, case law and legal literature.²⁰ Consequently, this also raises the question of what is the exact meaning of the words “to properly perform the duties” as mentioned in Section 2:9 DCC. To answer these questions, it is first important to look further into the exact meaning of the principle of collegial management.

The parliamentary history of the aforementioned Section 2:138/248 DCC stated that the management board of (public and private) limited liability companies has a joint and collective responsibility for the financial affairs of the legal entity and for the prevention of improper performance of duties by the board. That collective responsibility for the financial affairs of the company in principle leads to a joint and several liability of each director unless a director can exculpate himself.²¹

In case law, it was stated that the general affairs, the financial affairs and the administration of the legal entity belong to the tasks of the whole board. An (informal) division of tasks does not automatically lead to the possibility of a director to exculpate himself. The reason for this is that a director is expected to acquire knowledge of important facts and circumstances that relate to the legal entity. In this regard, he is also expected to investigate the information obtained by co-directors, to make an assessment himself of this information, to obtain external financial advice in relation to this information and to obtain in-depth knowledge regarding the basic economic principles relevant to the legal entity.²² This is especially the case in the event of envisaged transactions that could have major consequences for the financial and general affairs of the legal entity or that could endanger the continuity of the legal entity.

19. *Parliamentary history I* 2010/11, 31 763, nr. c, p. 5-6.

20. This lack of clarity was also noted in the parliamentary history, e.g. *Parliamentary history II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 3.

21. *Parliamentary history II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 19 and *Acts II*, 29 August 1985, p. 6344.

22. District Court Rotterdam, 17 June 1999, *JOR* 1999/244 with annotation by F.J.P. van den Ingh; Court of Appeal Leeuwarden 22 September 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BJ8485, par. 9.3; Court of Appeal Amsterdam 12 June 2012, *RO* 2012/62, *JOR* 2012/348 (*Nederlandse Rode Kruis*), par. 3.3.2; District Court Midden-Nederland 19 June 2013, *JOR* 2013/237 with annotation by U.B. Verboom (*Landis*), par. 9.19.5; District Court Midden-Nederland 30 April 2014, *JOR* 2014/291 with annotation by W.J.M. van Anel (*Stichting Daidalos*), par. 5.15; Court of Appeal Arnhem-Leeuwarden 21 October 2014, *JOR* 2015/32 with annotation by M. Holtzer (*Meepo*), par. 3.7, 3.8 and 3.31.

SUMMARY

In legal literature, it is stated that, despite any division of tasks between the directors in the board, all directors remain responsible for the general affairs, the financial affairs and important issues relating to the legal entity. In addition, despite a possible division of duties and tasks within the board of directors, all the directors have the responsibility to take decisions jointly on important (financial) issues concerning the company and to supervise the performance of each other's duties. Directors are obliged to consult with each other, to request information from each other and to take over the duties of other directors if they sense the risk of improper management by the said other directors. Each director has his own responsibility to ensure that he is properly informed by his co-directors. If he senses that he is being misinformed or that he is unable to properly perform his own duties because of the performance of his co-directors, he should take action. In a worst case scenario that could even mean starting preliminary proceedings to force his co-directors to inform him properly or to perform their tasks properly. As an ultimate remedy, the director could resign if he is of the opinion that the other directors are preventing him from properly performing his duties, for example because they do not freely provide him with the necessary and timely information to allow him to perform his duties.²³

In short, my conclusion is that the principle of collegial management entails that, besides the specific tasks assigned to him, each director has an individual duty to cooperate with his co-directors, to supervise his co-directors and to take action when he foresees or should foresee possible improper performance of duties by his co-directors. I call this '*collegial duties*'. In light of the foregoing, the words "to perform the duties properly" as mentioned in Section 2:9 DCC have a twofold meaning that has not been explicitly mentioned as such in the parliamentary history, case law or legal literature but that I herewith introduce as the obligations of each director to:

- (i) perform general and financial duties properly and to perform properly the duties specifically assigned to him ('*specific proper performance of duties*'); and
- (ii) perform properly the collegial duties that rest on him based on the principle of collegial management ('*collegial proper performance of duties*').

It should be noted that, when performing his specific and his collegial duties, a director may in principle rely on the information provided to him by his co-directors²⁴ if an average reasonable and capable director would also have relied on such information. Directors need to be able to trust each other. That means that a director can in principle exculpate himself in a case in which he

23. In essence this is all repeated in parliamentary history to the current section 2:9 DCC. See *Parliamentary history I* 2010/11, 31 763, nr. c, p. 5, 6, 15 and 16.

24. Court of Appeal Amsterdam, 21 September 2010, *JOR* 2011/40 with annotation by J.B. Wezeman (*Stichting Freule Lauts van Aysma*), par. 4.31 and 4.32.

understandably relied on the information he had been provided with. The same applies when there was no apparent reason to further investigate certain actions of his co-directors. A director can also exculpate himself if co-directors deliberately left him out of the decision-making process. I have herewith also answered the question of how collegial management, collective responsibility, joint and several liability, division of tasks and exculpation relate to each other: the division of tasks in fact only plays a role for a director in proving that he is not to blame for '*specific improper performance of duties*'. This however does not yet clear him. To exculpate himself, he also still needs to prove that (i) he is not to blame for '*collegial improper performance of duties*' and (ii) he has not been negligent in taking measures to avert the consequences of the improper performance of duties. These are obligations that have been imposed on the director by law. A director is to blame (in the linguistic meaning of the word) for such failure which makes him liable unless there is a situation of force majeure comparable to force majeure as referred to in Section 6:75 DCC. I do note that one could argue that these consequences of the principle of collegial management are not desirable for all sorts of legal entities especially because the principle of collegial management finds its roots in the parliamentary history and legal literature relating to public and private limited liability companies and commercial foundations and associations. For other legal entities such as for example certain leisure-, sport-, cultural- or musical associations/foundations, one could argue that these consequences stretch too far. This is, however, a normative stance that should be determined by the legislature (until now, the legislature has not provided clarity on this) but that could also be approached in specific cases by the court by defining the meaning of the obligation to properly perform the collegial duties that rest on a director in the specific case at hand.

The introduction and analysis of the serious blame standard in the legal framework of internal liability of directors in legal literature and case law (Chapter 4 to 7)

Introduction

As explained in the introduction to this summary, the serious blame standard was introduced by the Supreme Court in 1997 in the case of *Staleman/Van de Ven*. It did so after some scholars stated in 1986-1994 that the standard used for the liability of directors should not differ from the standard used for the liability of employees. The Supreme Court ruled that the liability of directors only occurs if they can be 'seriously blamed' which, according to the Supreme Court, must be assessed by taking into account all the relevant circumstances. These circumstances include, according to the Supreme Court:

- (i) the nature of the activities carried out by the legal entity;
- (ii) the resulting risks generally related to those activities;

SUMMARY

- (iii) the divisions of tasks within the board;
- (iv) any guidelines applicable to the management;
- (v) the information that was available to the director or that ought to have been available at the time of his actions; and
- (vi) the insight and diligence that may be expected from a director who is capable of his tasks and who fulfils these tasks meticulously.

However, the Supreme Court did not explain why it ruled that directors could not be liable unless the director could be ‘seriously blamed’. In order to find out what rational-legal motives justify the decision of the Supreme Court, I made a rational reconstruction of the judgment.

A first rational reconstruction leads to the conclusion that the judgment of the Supreme Court is merely based on the choice of words used by the Court of Appeal. The Court of Appeal ruled that ‘serious blame is to be attributed to the directors for improper performance of their duties’. It seems that the Court of Appeal only used the words ‘serious blame’ to express the gravity of the improper performance of the duties. Without any further explanation by the Supreme Court, it is fair to assume that the Supreme Court only chose this terminology because it assumed that the Court of Appeal had determined that liability based on Section 2:9 DCC requires that serious blame must be attributed to directors. However, from the face of the judgment of the Court of Appeal, it does not appear that the Court of Appeal attached any deliberate judicial meaning to the words ‘serious blame’. The Court of Appeal might as well have ruled that ‘the directors have improperly performed their duties’.

Another rational reconstruction leads to the conclusion that the Supreme Court based itself on (i) the idea developed in legal literature in the period from 1986 to 1994 that the liability of a director should be assessed analogously to the liability of an employee and (ii) the idea that a director needs to have a certain room to manoeuvre. This second idea was later confirmed by the *Willemsen/NOM*-judgment of the Supreme Court in 2008.²⁵ That judgment concerned the liability of the director towards a shareholder. The Supreme Court ruled that in light of the deliberate involvement of a shareholder with the legal entity, the serious blame standard of Section 2:9 DCC²⁶ is justified as a high threshold for directors’ liability that is in the interest of the company because it ensures that directors, when performing their duties, are not undesirably led by defensive motives which is also in the interest of the shareholder.

25. Supreme Court 20 June 2008, *NJ* 2009, 21 with annotation by J.M.M. Maeijer and H.J. Snijders (*Willemsen/NOM*).

26. For the avoidance of doubt, it should be mentioned that , at that time, Section 2:9 DCC did not contain a serious blame standard.

The aforementioned rational reconstructions allow a rational-legal analysis of the *Staleman/Van de Ven* judgment by applying the methods of interpretation and methods of rational reasoning as described in chapter 2. My study assumes that the approach of both rational reconstructions could have formed the basis of the decision of the Supreme Court in *Staleman/Van de Ven*. However, if we assume that the approach of the first rational reconstruction formed the basis of the judgment of the Supreme Court in *Staleman/Van de Ven*, then a rational-legal test would conclude that the judgment lacks rational-legal reasoning because the use of the words by the Supreme Court seems incidental and merely based on a more or less undeliberate choice of words by the Court of Appeal. My study therefore focuses on the second rational reconstruction and analyses this rational reconstruction. Because of the fact that the serious blame standard has been extensively discussed and substantiated in legal literature, my analysis includes this legal literature. With my analysis, I also tried to answer whether the serious blame standard has clarified or refined Section 2:9 DCC (old).²⁷

Grammatical interpretation method: the history of the term

The first method of interpretation is the grammatical one. Is the introduction and the use of the term ‘serious blame’ justified from a grammatical perspective in light of the institutional language of the legal society? In this regard, I first refer to the fact that according to the parliamentary history to Section 2:9 DCC, the words ‘improper’ imply that the director is to be blamed for the improper performance. From that perspective, the use of the term ‘serious blame’ next to the term ‘improper performance’ seems wrong and seems a pleonasm. Also, the parliamentary history didn’t use the word “serious” when attributing blame in the context of improper performance. The standard therefore seems more onerous than the standard set by the legislature. This seems contrary to the trias politica. Secondly, I refer to the parliamentary history of legal provisions concerning:

- (i) the joint and several liability of directors in case of the bankruptcy of public and private limited liability companies, commercial foundations and commercial associations based on Section 2:138/248 DCC (and 2:50a and 2:300 DCC);

27. The legislature did not have real political motives to codify the serious blame standard in Section 2:9 DCC in 2013, but merely wanted to adopt the same language as had been used in case law and legal literature. I therefore analysed the serious blame standard as if the codification had not taken place. If my analysis results in the conclusion that the serious blame standard is not justified from a rational legal perspective, then the codification is also not justified.

SUMMARY

- (ii) the liability of employees toward employers based on Section 7:661 DCC (former Section 7A:1639da DCC) the liability of employers toward employees based on 7:658 DCC (former Section 7A:1638x DCC); and
- (iii) the joint and several liability of employers towards third parties for torts committed by their employees (Section 6:170-172 DCC).

As mentioned here above, the parliamentary history of Section 2:138/248 DCC shows that the legislature explained the departure from the terms ‘gross guilt’ or ‘gross negligence’. It chose the term ‘(apparent) improper performance of duties’ which shows that liability can occur sooner than in the cases of ‘gross guilt or gross negligence’. Section 7:658 DCC was based on the former Section 7A:1638x DCC (old) that stated that an employer is only not liable towards the employee for damage he suffered as a result of the shortcoming of the employer if there is ‘gross guilt’ attributable to the employee. As stated in the introduction to this summary, in 1975, the Supreme Court in this regard used the term ‘serious blame’ with respect to the employee. At that time there was no legal provision concerning the liability of the employee towards the employer for damage suffered by the employer. However, in 1983, the Supreme Court ruled in the *Debrot* judgment that this kind of liability also requires that ‘serious blame’ may be attributed to the employee. In 1992, Section 7A:1639da DCC (now 7:661 DCC) was introduced. This codified a legal provision relating to the liability of the employee towards the employer for damage suffered by the employer. It stated that the employee is only liable in case of ‘intent or deliberate recklessness’ (*‘opzet of bewuste roekeloosheid’*). Section 6:170 DCC was also codified in 1992. This Section states that the employer is jointly and severally liable with the employee towards third parties in case of tort by an employee and that the employer can only find recourse to the employee in instances of ‘intent or deliberate recklessness’. In 1997, Section 7A:1638x DCC (now Section 7:658 DCC) was altered. Since then it also used the term ‘intent or deliberate recklessness’ instead of ‘gross guilt’.

In light of the new term ‘intent or deliberate recklessness’ introduced in these Sections and the term ‘serious blame’ used in case law, the parliamentary history sought to avoid any doubt and therefore explicitly stated that there is no difference between the terms ‘gross guilt’, ‘serious blame’ and ‘intent or deliberate recklessness’.²⁸ As the parliamentary history of Section 2:138/248 DCC shows, when considering the liability of the director towards the company, the legislature explained the departure from the term ‘gross guilt’ (which according to the aforementioned parliamentary history had the same meaning as ‘serious blame’), one must therefore conclude that the use of the term ‘serious blame’ by the Supreme Court in the case of *Staleman/Van de Ven* is not justified from a legal-grammatical and historical point of view.

28. *Parliamentary history II* 1987/88, 17 896, nr. 8, p. 27-28.

It could be said that the above analysis is comparing apples with oranges and that the term ‘serious blame’ in the context of directors’ liability has a different meaning than in the context of liability of employees. This is, however, not the case. First of all, as stated above, the Supreme Court has to ensure that legal rules and terminology are explained and refined in a uniform fashion within specific areas of law and also throughout the whole legal system. Although Book 2, 6 and 7 DCC, strictly speaking cover different areas of law (Book 2 DCC covers legal entities, Book 6 DCC covers obligations arising out of agreements and out of law, Book 7 DCC covers specific agreements such as the labour agreement), they all form part of the same area of law, this being civil law. Furthermore, they all form part of the Dutch Civil Code. It is therefore logical to assume that the term ‘serious blame’ and the terms upon which this term was based (such as ‘gross guilt’) had the same meaning throughout the several Books of the Dutch Civil Code. The importance of a uniform explanation of terms throughout the legal system has everything to do with the importance of language for law. As stated above, law exists through the language used to express it. This language has a certain meaning which is given to it by the (legal) society that uses the language. It therefore leads to confusion if different meanings are given to the same term. This becomes apparent from the analysis of legal literature on directors’ liability from 1997 to today. In this legal literature, there has been extensive discussion of the question of the meaning of the term ‘serious blame’ in the context of directors’ liability. Many scholars have argued – in line with the abovementioned parliamentary history – that the term has the same meaning as ‘intent or deliberate recklessness’. Although there were also scholars who realised that in light of the objective test that applies for the liability of a director, liability could also arise outside ‘intent or deliberate recklessness’ it was only until quite recently that there appeared to be consensus in legal literature that ‘serious blame’ in the context of directors’ liability cannot have the same meaning as ‘intent or deliberate recklessness’. The fact that there has been discussion on this subject for such a long time, shows that the choice of the term ‘serious blame’ by the Supreme Court in *Staleman/Van de Ven* is quite unfortunate.²⁹

Interpretation methods based on the parliamentary history, legal history and the system of law: the comparison between a director and an employee

One important argument of scholars in legal literature in the past that led to the introduction of the serious blame standard for directors’ liability was that a director should be treated the same as an employee. The rationale behind this thought was that there is a difference between responsibility (‘*verantwoordelijkheid*’) and liability (‘*aansprakelijkheid*’). If an employee does not live up to

29. While Supreme Court 1 April 2016, *JOR* 2016/264 with annotation by A.J.P. Schild (*Stichting ATAL*) shows that confusion still exists.

SUMMARY

his responsibility, this does not automatically lead to his liability. The reason for this was, according to these scholars, that the obligation of the employee to perform under the labour agreement is a so-called ‘effort-obligation’ (*‘inspanningsverbintenis’*) and not a so-called ‘result-obligation’ (*‘resultaatsverbintenis’*). An effort-obligation is an obligation to perform to the best of his abilities while a result-obligation is an obligation to deliver a certain result. The aforementioned scholars argued, in short, that not living up to the responsibility to perform to the best of his abilities does not therefore lead to liability of the employee because the employee is not responsible for delivering a certain result. They further argued that the obligation of the director is also an effort-obligation and not a result-obligation and that therefore not living up to the responsibility to perform to the best of his abilities does not necessarily lead to his liability either. As a starting point, these scholars concluded that the liability of a director towards the legal entity should be assessed by the general provisions of Book 6 DCC relating to obligations arising out of contract or out of law. All this led to the introduction of the serious blame standard in the legal framework for directors’ liability law.

The aforementioned line of reasoning, however, does not fit in with the parliamentary history nor the system of law. First of all, the system of law does not recognise a difference between responsibility and liability, nor does it specifically relate an effort-obligation to responsibility and a result-obligation to liability. The fact that certain effort-obligations do not *oblige* one to achieve a specific result, does not mean that failing in the (contractual or legal) responsibility to perform to the best of one’s abilities does not lead to liability. In fact, as a general rule one could state that all (contractual or legal) effort-obligations lead to liability in case of failing in the responsibility to perform to the best of one’s abilities.

Secondly, the fact that an employee does not simply become liable if he fails in his responsibility is merely because the legislature has explicitly stated that the employee is only liable in case of ‘intent or deliberate recklessness’ (and in the past: ‘gross guilt’). That has nothing to do with a difference between effort-obligation and result-obligation or with a difference between responsibility and liability. It is just a direct result of a high threshold for liability of employees that has an explicit legal basis in Sections 6:170 subsection 3 and 7:661 DCC. For directors of legal entities, no such legal basis exists.

Thirdly, as stated here above, the parliamentary history to Section 2:9 DCC shows that the test for liability of a director towards the legal entity is an *objective* test. The fact that the director is not personally capable of properly performing his duties based on Section 2:9 DCC because he lacks certain skills or knowledge cannot exculpate him from liability. It is his responsibility to be fit

for the job. If he is not fit for the job, he should not have accepted the appointment as a director of the legal entity. His liability is not a consequence of not performing under an effort-obligation. His liability is a consequence of failing to 'properly perform his duties' as referred to in Section 2:9 DCC. This Section forms a separate and standalone legal basis for the liability of directors. Book 6 and Book 7 DCC are not relevant even if the director is also an employee of the legal entity. His responsibilities as a director go further than his responsibilities as an employee. The test that is to be applied according to the parliamentary history to Section 2:9 DCC is completely different from the test that is applied to the liability of an employee towards his employer. That latter test is a *subjective* test. The fact that the employee is not personally capable of performing his tasks *under the labour agreement* because he lacks certain skills or knowledge can exculpate him from liability because his liability requires 'intent or deliberate recklessness'.

Fourthly, in this regard it is remarkable that the same scholars who compared the director with the employee also compared the director with professionals such as a lawyer or an accountant. They argued that these kinds of professionals also enter into effort-obligations and not into result-obligations. If the comparison with professionals was further thought through, which comparison was in my view not incorrect, then the outcome would be exactly opposite to the outcome of the said scholars: the liability of professionals like lawyers, accountants and others is also assessed by applying an objective test. According to standard case law of the Supreme Court, the standard to be applied when assessing the liability of the professional under the assignment agreement referred to in Section 7:401 DCC is whether or not the professional 'has acted as a reasonably competent and reasonably acting colleague would have acted'. This question needs to be answered taking into account all the circumstances of the case.³⁰ This test has great similarities with the objective test that is to be applied according to the parliamentary history to Section 2:9 DCC to assess the liability of directors. There is also no serious blame standard that protects professionals from liability.

All the above leads to the conclusion that the statement proffered in legal literature in the past that the test for liability must be the same for a director as the test for liability of an employee was not justified. For that same reason, it was not justified to use the term 'serious blame', that originates from case law concerning the liability of an employee towards the employer.

30. See e.g. Supreme Court 9 November 1990, *NJ* 1991, 26 and Supreme Court 9 June 2000, *NJ* 2000, 460.

SUMMARY

Interpretation methods based on the parliamentary history, legal history and the system of law: 'the room to manoeuvre'

Another argument in legal literature for using the serious blame standard was that a director needs room to manoeuvre. This argument was confirmed by the Supreme Court in the aforementioned *Willemsen/NOM*-judgment in which it was explicitly stated that the serious blame standard of Section 2:9 DCC is justified as a so-called 'high threshold for directors' liability' that is in the interest of the company because it ensures that directors, when performing their duties, are not undesirably led by defensive motives. This argument however ignores the fact that the parliamentary history to Section 2:9 DCC already stated that when assessing whether or not there was an improper performance of duties, the court has to take into account that a director needs room to manoeuvre. When answering the question of whether a director or the board of directors acted improperly, the court must take into account that the director and the board of directors has room to manoeuvre and that sometimes risks need to be taken. If no improper performance of duties by the board is established (the first question), the question of whether an individual director risks liability (the second question) will never come up. However, once it is established that a director/the board of directors acted improperly, there is no rational reason to again use a standard that protects individual directors against liability based on the argument that they need room to manoeuvre. That argument has already been taken into account when assessing whether or not the director/the board of directors acted improperly. The justification of the Supreme Court further ignores the fact that Section 2:9 DCC applies to *all* legal entities while many legal entities do not run a company and *do* have an interest in ensuring that their directors allow themselves to be led by defensive motives (charity foundations, sport- and music associations, semi-public health organisations, social organisations, etc.).

Interpretation methods based on the parliamentary history, legal history and the system of law: the system of Section 2:9 DCC and the principle of collegiality

As stated above, the system of Section 2:9 DCC entails that if one director improperly performs his duties, in principle all directors are liable unless they can exculpate themselves. There are thus in fact two questions to be answered. Is there an improper performance of duties?³¹ And can individual directors exculpate themselves?³² In the case of *Staleman/Van de Ven*, the Supreme Court seems to have integrated both questions into one 'overall assessment' in which certain circumstances need to be taken into account and that concludes

31. Which is to be proven by the legal entity.

32. Which is to be proven by the individual director.

with the answer to whether or not a so-called ‘serious blame’ may be attributed to a director. By doing so, the Supreme Court has deviated from the system of Section 2:9 DCC and that is contrary to the *trias politica*. In order to ‘fit’ the approach of the Supreme Court into the system of Section 2:9 DCC, many scholars have adopted different theories that converge the serious blame standard with the ‘improper performance of duties’ standard that explicitly follows from Section 2:9 DCC. They stated – in short – that an improper performance of duties can only occur if serious blame can be attributed to a director. If that is the case, such serious blame should, according to these scholars, be attributed to all the other directors. However, these other directors can exculpate themselves by proving they are *not* to be seriously blamed. After the codification of the serious blame standard in the current Section 2:9 DCC this would allegedly still be the system that follows from Section 2:9 DCC according to these scholars. In my view, this approach is only based on the fact that these scholars thought it necessary to follow the Supreme Court in its reasoning simply because the Supreme Court has great authority in the development of law. But that doesn’t make the reasoning of the Supreme Court accurate from a legal-rational perspective. The reasoning of the Supreme Court and of these scholars also does not reconcile with the consequences of the aforementioned principle of collegiality. From that principle, it follows that each director also has the duty to perform the collegial duties for which he is responsible. Hence, he has the duty to supervise his co-directors, to consult with them and to take over their duties in instances where he foresees possible improper performance of duties by his co-directors. In relation to these duties there is no reason to give the director room to manoeuvre or to fear that a director will undesirably be led by defensive motives. On the contrary, these collegial duties entail that the behaviour of the director should always be somewhat critical towards his co-directors, that he asks questions to his co-directors and that he analyses risks relating to the decisions and actions of his co-directors. These collegial duties have the goal to ensure that the legal entity, as an abstract entity created by the law, becomes fully part of the community. Hence, with regard to these collegial duties the argument of the Supreme Court that the serious blame standard is justified as a high threshold for directors’ liability that is in the interest of the company because it ensures that directors when performing their duties are not undesirably led by defensive motives, does not add up. If a director can be ‘normally blamed’ for improper performance of these collegial duties, he should in principle face liability according to the system of Section 2:9 DCC. If one should assume that a director is only liable for a shortcoming in these collegial duties when he can be ‘seriously blamed’ than that would undermine the principle of collegial management and Section 2:9 DCC.

SUMMARY

Interpretation methods based on the parliamentary history, legal history and the system of law: the serious blame standard is not applied in Section 2:138/248 DCC

The parliamentary history of Section 2:138/248 DCC explained that Section 2:8 DCC (now Section 2:9 DCC) and Section 2:138/248 DCC are in fact in line with each other and run parallel. In legal literature, with which I agree, it is argued that the term ‘improper management’ in Section 2:9 DCC does not differ from the term ‘apparent improper performance of duties’ in Section 2:138/248 DCC. Despite this, the case law relating to liability based on Section 2:138/248 DCC and the case law relating to liability based on Section 2:9 DCC use different standards. While in case law relating to Section 2:9 DCC the serious blame standard is used, the case law on Section 2:138/248 DCC applies the test of whether the director has acted as no other reasonable thinking director would have acted under the same circumstances. I think that the test applied with Section 2:138/248 DCC is correct and the test applied with Section 2:9 DCC (the serious blame standard) is incorrect. The mere fact that case law deals differently with both Sections while both Sections of Book 2 DCC concern the liability of the director for improper performance of duties shows that the use of the serious blame standard when applying Section 2:9 DCC is not justified from a legal-systematic point of view.

The serious blame standard in case law on internal liability of directors after Staleman/Van de Ven

In my research into the large amount of case law on the internal liability of directors, I have not come across many cases in which I feel that the outcome was unjust or contrary to a feeling of what is right. It confirms that, in my opinion, our judges exhibit good sense when defining the boundaries of liability. In this regard, I do point out that, in my research, I mainly looked at the legal theoretical substantiation of this case law relating to Section 2:9 DCC and not the merits of the case law. However, I did establish that in some cases, the legal theory on Section 2:9 DCC, as explained in case law and in legal literature (hence: in which the serious blame standard plays a pivotal role), led to unnecessarily complicated case law that does not follow the rationale and system of

Section 2:9 DCC.³³ This is contrary to the idea that case law must be based on legal provisions codified by the legislature. In this summary, I shall not go into detail on this specific area of case law. In short, I established that in some cases the court ruled that one or more directors of a legal entity could be blamed for personally improperly performing their duties and that they could not exculpate themselves but that they were still not liable because the court ruled that there was no persuasive evidence of ‘serious blame’. From a legal theoretical perspective, that is not possible. If the court actually considered that in the current circumstances the directors were not to be held liable then it should have ruled that there was no improper performance of duties at all or that a specific director could exculpate himself.

Conclusion

From a legal-theoretical and rational point of view, there does not seem to be any justification for the introduction and use of the serious blame standard in the legal framework of the internal liability of directors. The introduction seems to be based on the analogy between the director and the employee, while the director and the employee are not to be compared. This is now broadly accepted in legal literature. Despite the fact that it is now quite clear that the liability of a director is dealt with differently than the liability of an employee, case law and legal literature still make use of a term that originates specifically from the legal framework for employees’ liability. This has led to much unnecessary discussion and unnecessary theories in legal literature and case law. The Supreme Court and legal literature have in fact influenced each other and both have strengthened the idea of the serious blame standard. This has even gone so far that the legislature decided to codify the serious blame standard on 1 January 2013 although the legislature itself had apparently not given it much thought. The serious blame standard does not do justice to the objective test for liability and to the principle of collegial management which are both broadly accepted. There is no reason to hold on to the serious blame standard. It does not refine Section 2:9 DCC and it leads to inconsequent reasoning and case law. I realise that the serious blame standard is now broadly accepted in case law, legal literature and even by the legislature. This, however,

33. Supreme Court 11 June 1999, *NJ* 1999, 586, *JOR* 1999/146 (*Van Dooren q.q./Hendriks*); Supreme Court 10 December 1999, *NJ* 2000, 6 and *JOR* 2000/11 with annotation by C.H. Jansen (*Prickartz/M*); Supreme Court 29 November 2002, *NJ* 2003, 455 (*Berghuizer Papierfabriek*); Supreme Court 4 April 2003, *NJ* 2003, 538 with annotation by J.M.M. Maeijer and *JOR* 2003/134 with annotation by Y. Borrius (*Skipper Club Charter*); District Court Arnhem 21 May 2008, *JOR* 2008/222 (*Stichting STOAS*); Court of Appeal Amsterdam 12 June 2012, *RO* 2012/62 and *JOR* 2012/348 (*Nederlandse Rode Kruis*); Court of Appeal Arnhem-Leeuwarden 2 September 2014, *JOR* 2014/295 with annotation by J. van Bekkum (*Goedewaagen Gouda*); District Court Rotterdam 26 August 2015, *JOR* 2015/327 with annotation by J. van Bekkum (*Fibercom*).

SUMMARY

does not change the fact that the serious blame standard is not justified and that sometimes it is necessary to depart from existing paradigms. In this regard, one should note that the law and case law need to be clear in the language it uses. This is an important condition for the rule of law. Legal entities and their directors need to have full clarity on the standards that apply for directors' liability. In legal literature, it is stated that corporate law has sometimes become so complex that it becomes difficult for the ordinary natural person or legal entity to grasp. I therefore plead for simplifying the law on internal liability of directors by clarifying the legal theory. In chapter 8, I therefore suggest an amendment to the proposal that the Minister of Justice filed on 8 June 2016.

The codification of the serious blame standard on 1 January 2013 and a proposal for a new Section 2:9 DCC (Chapter 8)

When the legislature codified the serious blame standard on 1 January 2013³⁴, it based itself merely on the judgment in *Staleman/Van de Ven* and said that it wished to codify the terminology that has been broadly used in case law and legal literature. The legislature had no further normative or political reason for itself. When it codified the serious blame standard, the findings in my thesis were not yet public. In light of these findings, the codification of the serious blame standard can only result in less clarity. This already becomes apparent when we look at how the serious blame standard was codified. While in legal literature after *Staleman/Van de Ven* it was assumed that the serious blame standard was important in the context of assessing whether or not there is improper management, the legislature codified the serious blame standard in Section 2:9 DCC after the sentence that starts with the word “unless”. This led to a lengthy and fierce discussion in legal literature in which different scholars discussed the question of whether or not improper management still can only occur in the event that ‘serious blame’ may be attributed to a director. However, from the parliamentary history it follows that the legislature did not have the objective of changing the standards according to which directors' liability should be assessed. In my view, therefore, the discussion is merely important to establish that the legislature has the responsibility to make clear laws. In this regard, it seems that the legislature itself did not have a clear understanding of what it meant. This naturally leads to a lack of clarity, not only in the current Section 2:9 DCC but also in the proposal filed on 8 June 2016.³⁵ I therefore propose to amend this proposal as follows (marked with the emphasis added and the strikethrough).

34. By Act of 6 juni 2011, Stb. 2011, 275.

35. *Parliamentary history II* 2015/16, 34 491, nr. 2.

Section 2:9 DCC

I propose to delete subsection 2. Subsection 3 will then become subsection 2.
I propose the following amendments:

“Each director is responsible towards the legal entity for a proper performance of his own duties. Each director has responsibility with regard to the proper performance of the duties by its co-directors. When doing so, the interest of the legal entity and the company or organisation connected to it are central.”

This means that the principle of collegial management is explicitly mentioned in Section 2:9 DCC. This makes it unnecessary to mention the possibility of dividing tasks. It is also not necessary to mention that the general conduct of affairs is the responsibility of all the directors. In all circumstances, a director can exculpate himself in accordance with Section 2:9b subsection 1 DCC.

I propose to include a new subsection 3:

“The proper fulfilment of his own duties means that the director is acting with the insight and diligence expected from a proficient director of the legal entity in question, who is acting reasonably, who is capable of the job and performs his duties with care. The assessment of whether a director has acted as such is to be made from the time of the performance of the duties by the director.”

There is no reason not to codify the objective test to be applied and the fact that this test needs to be applied from the time of the actions of the director. In this way, the risk of the benefit of hindsight is explicitly made clear. This is generally accepted and should therefore be codified.

Section 2:9b BW

I propose to amend subsection 1 as follows:

“1. Each director is liable ~~in full~~ towards the legal entity for ~~improper management unless, also in regard of the tasks assigned to the other directors, he cannot be attributed serious blame~~ his own improper performance of duties. Each director is jointly and severally liable towards the legal entity for the improper performance of duties by his co-directors. However, a director is not liable if he has properly performed his own duties, including his collegial duties and he also

SUMMARY

has not been negligent in taking measures to avert the consequences of ~~such improper management~~ improper performance of duties by his co-directors.”

For clarity sake, I suggest only using the term ‘improper performance of duties’ and depart from the term ‘improper management’ since both terms have the same meaning. The importance of language for law demands uniformity in the use of language. Moreover, the principle of collegial management is reflected in the proposed amendment. The words “*in full*” are deleted because the first sentence of my proposal only relates to the damages caused by the director’s own improper performance of duties. The term ‘serious blame’ is removed since it does not fit the objective test for the assessment of liability. The task designated to other directors is further not relevant in light of the principle of collegial management and joint and several liability. This joint and several liability is explicitly mentioned in the second sentence which is important in order to make clear that directors can seek recourse to one another. The third sentence makes clear that, to avoid liability, the director must at least also have fulfilled his duties of collegial management. When determining if a director has fulfilled his duties of collegial management, the court can take into account the position of the director in the board as an executive or non-executive director. The non-executive director will be more dependent on the information provided to him by executive directors. When determining if a director has fulfilled his duties of collegial management, the court can further take into account the nature of the legal entity of which the director has been held liable.

Section 2:9c BW

I propose to amend subsections 1, 2 and 3 as follows:

- “1. *In case of bankruptcy, each director is jointly and severally liable towards the bankruptcy estate for the shortfall in this estate, being the amount of the debts as far as these cannot be recovered after the assets have been wound up, if the board of directors has performed its duties ~~apparently~~ improperly and it is likely that this is an important cause of the bankruptcy.*
2. *If the board of directors has not complied with its obligations under Section 2:10 or 2:394 DCC, then it shall be deemed to have performed its duties ~~apparently~~ improperly and it will be presumed that this improper performance of duties is a major cause of the bankruptcy.*
(...)

3. *A director who proves that ~~the improper performance of duties by the board of directors is not attributable to him~~ he has properly performed his own duties, including his collegial duties and that he also has not been negligent in taking measures to avert the consequences ~~thereof of the improper performance of duties by the board of the directors~~, is not liable.”*

Since there is no real difference between ‘apparent improper performance of duties’ and ‘improper performance of duties’, I suggest to depart from the term ‘apparent’ in Section 2:9c DCC. I further suggest including the same wording in subsection 3 as in Section 2:9b subsection 1 DCC.

In chapter 8 I also put forward an alternative proposal to merely alter Section 2:9 DCC in the event that the legislature at this time does not desire to change Section 2:9 DCC as drastically as proposed by the Minister of Justice in his bill of 8 June 2016.

To conclude, the current Section 2:9 DCC and the proposal by the Minister of Justice are based on legal provisions that go back to the beginning of the twentieth century (Section 31 of the former Act on the cooperative association was introduced in 1925 and Section 47c of the former Code of Commerce was introduced in 1929). Sometimes it is good to start from scratch. I believe that the above amendments provide for a sustainable and clear legal framework for the internal liability of directors in the future.

External liability of directors and the introduction of the serious blame standard (Chapter 9)

Introduction

The basis for external directors’ liability is Section 6:162 DCC. Section 6:162 DCC states (free translation):

- “1. *A person who commits a tortious act against another person that can be attributed to him, must repair the damage that this other person has suffered as a result thereof.*
2. *A tortious act is regarded as a violation of someone else’s right and an act or omission in violation of a duty imposed by law or of what according to unwritten law has to be regarded as proper social conduct, unless there was a justification for this act.*
3. *A tortious act can be attributed to the tortfeasor if it results from his fault or from a cause for which he is accountable by virtue of law or generally accepted principles.”*

SUMMARY

In the period between 1927 and 1997, case law on the external liability of directors was based on the simple application of this Section 6:162 DCC. In this period, the Supreme Court rendered some landmark cases that refined Section 6:162 DCC in the context of the external liability of directors. In the period between 1997 and 2005, the Supreme Court rendered a few cases in which it used the words ‘serious’, ‘personal’ and ‘blame’ in different constellations. The words did not, however, seem to have a specific legal meaning in themselves. In 2006, the Supreme Court rendered the landmark *Ontvanger/Roelofsen*³⁶ case in which it introduced the serious blame standard into the legal framework for the external liability of directors. It appears that the Supreme Court, while doing so in 2006, based itself on case law in the period 1997-2005 in which the terms ‘serious’, ‘personal’ and ‘blame’ were used in different ways. The Supreme Court in 2006 did not explain why it used the serious blame standard. Although there was some discussion in legal literature concerning the question of whether the Supreme Court was correct in introducing the serious blame standard, many scholars noted in a positive way that the Supreme Court had now ‘converged’ the rules for internal and external liability by using the same standard for both internal and external liability. After that, the serious blame standard came into common use in the legal framework for external liability. In the period between 2006 and 2014, the Supreme Court rendered a few cases in which it further substantiated the use of the serious blame standard.

Case law 1927-1997

In 1927, the Supreme Court rendered the *Kretzschmar/Mendes de Leon* case.³⁷ It ruled that directors can be personally liable on the basis of tort if they give third parties a wrong representation of the state of the company while knowing better.

In 1958, the Supreme Court rendered the *Van Dullemen/Sala* case.³⁸ It ruled that the refusal of a director on behalf of a legal entity to comply with the obligations of that legal entity, could under certain circumstances be tortious based on what according to unwritten law has to be regarded as proper social conduct.

36. Supreme Court 8 December 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

37. Supreme Court 25 November 1927, *NJ* 1928, 364 with annotation by Scholten (*Kretzschmar/Mendes de Leon*).

38. Supreme Court 31 January 1958, *NJ* 1958, 251 (*Van Dullemen/Sala*).

In later case law there are several similar rules developed in relation to frustrating the performance by the legal entity by for example creating insolvency or liquidity problems while prejudicing the rights of creditors.³⁹ In my thesis I summarise these as the ‘*frustration rule*’).

In 1989, the Supreme Court rendered the *Beklamel* case.⁴⁰ It again ruled that directors can be personally liable on the basis of tort if they give third parties a wrong representation of the state of the company while knowing better. More specifically, it now ruled that a director is liable for tort if he enters into an agreement on behalf of the legal entity while he knew or ought to have known that the legal entity will not be able to perform under the agreement nor give sufficient recourse for the damages resulting from that non-performance (the ‘*Beklamel-rule*’).

Case law 1997-2006

In 1997, the Supreme Court rendered the *Henkel/JMG* case.⁴¹ It ruled that the breach of contract of the legal entity could under circumstance lead to a tortious act by the director if the director is “*personally*” to “*blame*” in relation to that breach. The Supreme Court then explained what circumstances it meant, by repeating the *Beklamel*-rule.

In 2000, the Supreme Court rendered the *New Holland Belgium/Oosterhof* case.⁴² In this case, it repeated the *Beklamel*-rule and the *frustration*-rule and added to this that:

- (i) in case of infringement of the *Beklamel*-rule, a director is sufficiently to “*blame*” as a consequence of which he becomes “*personally*” liable towards the third party for tort, except if there are circumstances that justify the act; and
- (ii) in case of infringement of the *frustration*-rule, it will depend on the circumstances of the case whether the blame that can be attributed to the director is “*serious enough*” to hold him “*personally*” liable.

39. Supreme Court 26 March 2010, *NJ* 2010, 189 (*Zandvliet/ING Bank*), Supreme Court 11 September 2009, *NJ* 2009, 565 with annotation by H.J. Snijders and P. van Schilfgaarde (*Comsystems/Van den End q.q.*), Supreme Court 17 June 2005, *JOR* 2005/234 with annotation by S.M. Bartman (*De Berghorst/Maas*), Supreme Court 3 April 1992, *NJ* 1992, 411 with annotation by J.M.M. Maeijer (*Van Waning/Van der Vliet*).

40. Supreme Court 6 October 1989, *NJ* 1990, 286 with annotation by J.M.M. Maeijer (*Beklamel*).

41. Supreme Court 14 November 1997, *NJ* 1998, 270 with annotation by J.M.M. Maeijer (*Henkel/JMG*), par. 3.5.

42. Supreme Court 18 February 2000, *NJ* 2000, 295 with annotation by J.M.M. Maeijer (*New Holland Belgium/Oosterhof*).

SUMMARY

In 2002, the Supreme Court rendered the *Textile Company APS/Steins* case.⁴³ It ruled that, in light of the circumstances of the case, the director is “*personally to blame*” and that the director therefore has committed a “*personally attributable tort*” towards third parties. The judgment followed the conclusion of the Attorney-General of the Supreme Court (A-G Spier) that ruled that the personal liability of the director towards a third party “*does not require the serious blame*” of the director.

In 2004, the Supreme Court rendered the *Pontecceen/Van Straten* case.⁴⁴ It then ruled that the director was “*sole shareholder and director of the legal entity and closely involved in the transaction with the third party*”. In the judgment of the District Court⁴⁵ which was acknowledged by the Supreme Court, the District Court ruled that the shortcoming of the legal entity may under certain circumstances lead to the personal liability of the director if the director “*can be personally blamed*” for something.

In 2005, the Supreme Court rendered the *Ontvanger/S* case.⁴⁶ It then ruled that the “*correct standard*” to assess if the director is “*personally to blame*”, is whether he has acted in violation with what according to unwritten law has to be regarded as proper social conduct (see Section 6:162 par. 2 DCC).

Case law 2006-2014

In 2006, the Supreme Court rendered the *Ontvanger/Roelofsen* case.⁴⁷ In this case, the Supreme Court stated that when a creditor of a legal entity is prejudiced because of the fact that his claim against the legal entity remains unpaid without the possibility of recourse to the legal entity, beside the legal entity, a director can also be held liable depending on the circumstances of the case if (i) the director has acted on behalf of the legal entity or (ii) the director has frustrated the legal or contractual obligations of the legal entity or allowed these obligations to be frustrated. The Supreme Court then stated that, in both forms, one may only assume that the director acted in a tortious manner if in light of Section 2:9 DCC ‘serious blame’ can be attributed to him. The Supreme Court ruled so by referring to the aforementioned *New Holland Belgium/Oosterhof* case as if, in that case, this conclusion of ‘serious blame’ had already

43. Supreme Court 18 Januari 2002, *NJ* 2002, 96 (*Textile Company APS/Steins*), par. 3.4.2.

44. Supreme Court 23 Januari 2004, *NJ* 2005, 510 and *Ondernemingsrecht* 2004/81 with annotation by P. Van Uchelen (*Pontecceen/Van Straten*), par. 4.9.

45. Par. 7.6 of the judgment of the District Court as mentioned in the judgment of the Supreme Court.

46. Supreme Court 30 September 2005, *NJ* 2006, 312, with annotation by P. van Schilfgaarde (*Ontvanger/S.*), par. 3.4.3.

47. Supreme Court 8 December 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*), par. 3.5.

been reached. With regard to form (i) it then repeated the *Beklamel*-rule and with regard to form (ii) it repeated the *frustration*-rule, to explain the circumstances under which such “*serious blame*” exists. Since then, the serious blame standard has been used in case law and legal literature as *the standard* for the external liability of directors.

In 2012, the Supreme Court rendered the *Spaanse Villa* case.⁴⁸ In this case, the Supreme Court did not apply the serious blame standard while a director was held liable for a tortious act towards a third party. The Supreme Court substantiated this approach by stating that the “*normal rules of tort apply*” if the director infringes a rule of diligence that rests personally on the director himself. This led to much commotion in legal literature. Scholars were worried that the Supreme Court apparently did not use the high threshold for external liability of directors that follows from the serious blame standard when considering a case concerning such external liability of directors.

In 2014, the Supreme Court rendered the cases of *Hezemans Air*⁴⁹ and *RCI/Kastrop*.⁵⁰ In these cases, it explained that, in its view, the *Spaanse Villa* case did not concern the external liability of directors but concerned the infringement of a rule of diligence that personally rests on the director himself. The Supreme Court then reaffirmed the serious blame standard for cases of the external liability of directors and gave further substantiation for this serious blame standard by stating the following (freely translated):

“3.5.2 *If a company fails to perform an obligation or commits a wrongful act, only the company is liable for damage. Under special circumstances, however, in addition to liability of that company there is also room for liability of a director of the company. This liability requires that serious blame be personally attributable to the director. Therefore, the liability of a director requires a higher threshold than would usually be the case. Such a high threshold is justified by the fact that it is primarily the company that has acted and by the fact that there is a social interest to prevent directors of companies being guided by defensive motives (cf. HR June 20, 2008, ECLI: NL: HR 2008: BC4959, NJ 2009/21).*”

48. Supreme Court 23 November 2012, *NJ* 2013, 302 with annotation by P. van Schilfgaarde and *JOR* 2013/40, with annotation by W.J.M. van Andel and K. Rutten (*Spaanse Villa*).

49. Supreme Court 5 September 2014, *NJ* 2015, 21 with annotation by P. van Schilfgaarde and *JOR* 2014/296 with annotation by M.J. Kroeze (*Hezemans Air*).

50. Supreme Court 5 September 2014, *NJ* 2015, 22 with annotation by P. van Schilfgaarde and *JOR* 2014/325 with annotation by S.C.J.J. Kortmann (*RCI/Kastrop*).

SUMMARY

The analysis of the introduction, use and substantiation of the serious blame standard in the legal framework of external liability of directors (Chapter 10)

Introduction

In this chapter, I conclude that the case law on external liability of directors has in fact not substantially evolved since the landmark *Beklamel* case in 1989. In the cases between 1997 and 2006, the Supreme Court has in fact only repeated the rules that were already developed in previous case law and added some remarks that had little or no additional judicial meaning. This is for example the case with regard to the use of the words ‘serious’, ‘personal’ and ‘blame’. It is a fact that no one can be held liable for tort himself if he has not personally committed the tort (in other words: if he is not personally to blame for the tort). The statement by the Supreme Court in *Henkel/JMG* and *New Holland Belgium/Oosterhof* that liability depends on the circumstances of the case also speaks for itself. These circumstances have been defined in the *Beklamel*-rule and the *frustration*-rule. Also the fact that someone is not liable if his actions are justified as stated in *New Holland Belgium/Oosterhof* is completely logical since that is explicitly stated in Section 6:162 DCC. In this chapter, I shall further investigate the legal theory of the substantiation of the serious blame standard in relation to liability towards third parties.

Interpretation methods based on the grammatical meaning, the parliamentary history, legal history, the system of law and teleology

I investigated whether the introduction of the serious blame standard in the case of *Ontvanger/Roelofsen* can be justified from a grammatical point of view. I concluded that this is not the case. The introduction of the serious blame standard in *Ontvanger/Roelofsen* seems to be based on a linguistic misunderstanding that was caused by the use of the words ‘serious’, ‘personal’ and ‘blame’ in case law between 1997 and 2005. The use of these words in case law between 1997 and 2005 did not have a deliberately intended judicial meaning. In *Ontvanger/Roelofsen*, the Supreme Court referred to *New Holland Belgium/Oosterhof* as if it was already made out in that case that the serious blame standard introduced in *Staleman/Van de Ven* in 1997 in relation to Section 2:9 DCC was also to be used in relation to the external liability of directors. *New Holland Belgium/Oosterhof*, however, does not refer to Section 2:9 DCC nor does it imply that a serious blame standard should be applied with regard to the external liability of directors. The three cases of the Supreme Court rendered between 2002 and 2005, *Textile Company APS/Steins*, *Ponteceen/Van Straten* and *Ontvanger/S*, also do not show that such a serious blame standard had been set in *New Holland Belgium/Oosterhof*. From a rational legal grammatical point

of view, the meaning of this serious blame standard, that was (unjustly) used in relation to Section 2:9 DCC, was completely different from the meaning of the words ‘serious’ and ‘blame’ in the context of the case law between 1997 and 2005. Legal scholars therefore justly asked themselves if the reference to this serious blame standard and to Section 2:9 DCC was appropriate.

I also investigated whether the introduction of the serious blame standard in the case of *Ontvanger/Roelofsen* can be justified from the perspective of the parliamentary history, legal history and the system of law. I concluded that this is not the case. In this regard, I assumed that if the introduction of the serious blame standard in *Ontvanger/Roelofsen* is not based on a grammatical misunderstanding, it must be based on legal literature at that time, that stated that not all the faults of a director should lead to his personal liability towards third parties. This legal literature stated that, for this sort of liability, one needs to be able to attribute serious blame to the director and therefore it is necessary that the director can be blamed for ‘intent or deliberate recklessness’. This stance seems to be based on the statement in legal literature that Section 6:170 subsection 3 DCC equally applies between the director and the legal entity. Section 6:170 subsection 3 DCC states in short that if the employer is jointly and severally held liable by a third party for the tort of an employee, such an employer can only find recourse with the employee if the employee can be blamed for acting ‘intentionally or with deliberate recklessness’. If it is this analogy that led to the idea that the director is not liable towards the third party unless he is seriously to blame, one must conclude that this line of reasoning is not justified by the parliamentary history and the system of law. In this regard, it is important to note that the parliamentary history to Section 6:170 DCC explicitly stated that the existence of an employer-employee relationship and the protection that is provided by Section 6:170 subsection 3 DCC, does not change the fact that the employee himself remains fully liable towards the third party for his own acts despite there being no ‘intent or deliberate recklessness’.⁵¹ Section 6:170 DCC therefore explicitly states that the employer and the employee are jointly and severally liable. This is specifically important in cases of corporate insolvency in which case the employee, who has paid the damages of the third party, will not be able to find recourse with the employer on the basis of Section 6:170 subsection 3 DCC in conjunction with the general recourse provision of Section 6:10 subsection 2 DCC. He is still personally liable. That is a logical

51. Oldenhuis 2016, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:170 BW, remark 10.1.

SUMMARY

consequence of the system codified by the legislature.⁵² If one would want to compare the director with the employee, which in the context of external liability of directors could well be argued, then it would also be logical to adhere to the same rules that apply to employees. Not doing so would be contrary to the system of the law and it would also not be understandable from the perspective of the employee. Why would the director be afforded greater protection than the employee? In light of the fact that for employees there is no higher threshold for liability towards third parties, there is no justification to apply a higher threshold for directors. Society would also not understand such justification. On the contrary. As directors of legal entities have the responsibility to be capable of performing the duties assigned to them, one may assume that a director will more easily become liable towards a third party for misrepresentation than an employee: If the employee has no real knowledge of the misrepresentation, he will not be liable on the basis of tort because he did not violate that which, according to unwritten law, has to be regarded as proper social conduct. However, the fact that the director had no real knowledge of the misrepresentation does not clear him from liability towards the third party yet. If he *ought* to have known of the misrepresentation, he can still face liability for it (the *Beklamel*-rule).

Besides all mentioned above, there is no legal theoretical justification for using the same standard for internal liability of directors based on Section 2:9 DCC and external liability of directors based on Section 6:162 DCC. Both provisions protect different interested parties (Section 2:9 DCC protects the legal entity and Section 6:162 DCC protects third parties) and both provisions provide for their own rules in the context of the interests they intend to protect. There is no conjuncture of legal rules. This would only be the case if a director of the legal entity is held liable by the legal entity based on Section 6:162 DCC and Section 2:9 DCC. In that case, the director may shield himself by stating that his liability is not to be assessed on the basis of Section 6:162 DCC because it should be assessed on the basis of Section 2:9 DCC. With regard to liability towards third parties, that is, however, not the case because Section 2:9 DCC does not govern the relationship between the director and a third party. Therefore, there is no reason to converge the rules for internal and external liability of directors. However, the obligations that rest on the director based on Section 2:9 DCC can still be relevant when determining liability based on Section 6:162 DCC because of the trustee function of the director (reference is made to the paragraph in this summary dealing with this trustee function).

52. Van Zeben, Pon & Olthoff 1981, *PG Boek 6 BW*, p. 717.

Refining the law and the model for testing external liability of directors

One could argue that the Supreme Court has refined the law with its judgment in *Ontvanger/Roelofsen* and with the introduction of the serious blame standard in the sense that it has made specific rules for external liability of directors based on Section 6:162 DCC. In my view, this is clearly the case with regard to the *Beklamel*-rule and the *frustration*-rule. This is, however, not the case with regard to *Ontvanger/Roelofsen* and the serious blame standard that was introduced in that case. On the contrary. First of all, the words ‘serious blame’ are more abstract than the words in Section 6:162 DCC. The use of the term therefore leads to unnecessarily complicated reasoning in case law.⁵³ Secondly, in *Ontvanger/Roelofsen* the Supreme Court has introduced a model, according to which the external liability of directors needs to be tested, that cannot be seen as a refinement. The first step in this model is to establish that a creditor of a legal entity is prejudiced because of the fact that his claim against the legal entity remains unpaid without the possibility of recourse to the legal entity. The next step is to establish whether the director played a role in this. The Supreme Court narrows down this role by stating that there are two ways to conclude liability, these being violation of the *Beklamel*-rule and violation of the *frustration*-rule. A possible consequence of this is that facts and circumstances that do not fit into this model of the Supreme Court will not be deemed tortious, while they would very well have been deemed tortious if the general rule of Section 6:162 DCC was applied.⁵⁴

There is no difference between normal tort and external liability of directors

In the cases of *Spaanse Villa*, *Hezemans Air* and *RCI/Kastrop* the Supreme Court suggested that there is a difference between normal tort and the external liability of directors. This reasoning does not fit into the system of the law. External liability of directors is based on the rules of ‘normal tort’. Every time a director is externally held liable, it would have to be established whether this director has personally acted in violation of a rule of diligence towards the third party. If so, he acted in a tortious manner.

53. Supreme Court 10 October 2014, *JOR* 2014/297 (*Pommé*) and Supreme Court 23 May 2014, *JOR* 2014/229 with annotation by J. Van Bakkum (*Kok/Maas q.q.*).

54. Which is in my opinion the case in Supreme Court 5 September 2014, *NJ* 2015, 22 with annotation by P. van Schilfgaarde and *JOR* 2014/325 with annotation by S.C.J.J. Kortmann (*RCI/Kastrop*).

SUMMARY

The legal entity as primary liable party and the director as secondary liable party

In *Hezemans Air* and *RCI/Kastrop* the Supreme Court justified the serious blame standard by stating that “*such a high threshold is justified by the fact that it is primarily the company that has acted*”. This justification implies that the actions of the director must be attributed to the legal entity. To correctly understand the argument, one must therefore first understand the doctrine of attribution of acts. In this regard, it is important to realise that a legal entity is an abstract entity created by the law. Section 2:5 DCC states that with respect to the possibility of obtaining rights and obligations, this legal entity is equal to a natural person. To bind the legal entity in any form, there must, however, always be a legal act (*‘rechtshandeling’*) or factual act (*‘feitelijke handeling’*) by a natural person because the legal entity itself cannot act without the intervention of natural persons.

With regard to binding the legal entity to an agreement through attribution, the legislature has developed the legal framework of representation as set out in Title 3 of Book 3 DCC (Section 3:60 DCC and further) that applies to all forms of representation. These Sections form a legal basis for the attribution of legal acts by the representative to the represented. According to Section 3:78 DCC and 3:79 DCC, Title 3 of Book 3 DCC is for a large part also applicable to the representation of a director of a legal entity. According to Sections 2:45 (the association) 2:130/2:140 (the private and public limited liability company) and 2:292 DCC (the foundation) (the board of) director(s) is authorised to represent the legal entity. Legal acts performed by the directors in their capacity as director of the legal entity are therefore attributed to the legal entity. They do not bind the director himself but only the legal entity. This is explicitly made clear in Section 3:66 DCC.

However, the legislature chose not to codify any rules according to which factual acts by the natural person such as tort can be attributed to the legal entity. The legislature chose to leave that to the discretion of the court.⁵⁵ The doctrine of attribution of acts is therefore developed in case law. For a long time, it was the common opinion that only acts by (the board of) directors could be attributed to the legal entity. This changed with the judgment of the Supreme Court in the case of *Kleuterschool Babel*.⁵⁶ In this case, the Supreme Court ruled that for the answer to the question of whether or not a legal entity can be held liable for tort in relation to acts performed by a natural person, it is decisive whether such an act in the community is perceived to be an act performed by the legal entity.

55. Hoekzema 2015, *GS Onrechtmatige daad*, remark VIII.7.1.1.5 with reference to Van Zeven, Pon & Olthoff 1981, *PG Boek 6 BW*, p. 599 and 621-622.

56. Supreme Court 6 April 1979, *NJ* 1980, 34 with annotation by C.J.H. Brunner (*Kleuterschool Babel*).

If so, the act should be attributed to that legal entity. This standard is also used to attribute knowledge to the legal entity. The doctrine of attribution of acts is essential to ensure that legal entities are fully part of the community.

Although case law and legal literature speaks of attributing a tort to the legal entity, case law shows that strictly speaking it is not necessarily *the tort* that is attributed to the legal entity but it is the *factual act* itself that is attributed to the legal entity, as a consequence of which the legal entity can be held liable for tort. It is possible that the natural person who acted did not himself commit tort, while the legal entity to which the act is attributed did commit tort.⁵⁷ This also becomes clear if, for example, two natural persons (independently or not) perform an act with certain knowledge while acting for the account of the legal entity. It is possible that each act in itself in light of the knowledge of each individual natural person *does not* constitute tort towards a third party. However, when considered together, both acts and the knowledge of both natural persons *do* constitute tort. The acts and the knowledge become ‘merged’, so to speak, within the legal entity and therefore only the legal entity shall be deemed to have committed tort.

The purpose of the doctrine of attribution of acts is to protect the third party prejudiced by the acts of natural persons who acted for the account of the legal entity. The doctrine gives a solution to the ‘problem’ (i) that on the one hand, we have accepted the legal abstract construction of a legal entity as an entity that can fully form part of the community and therefore can exercise rights but can also have obligations and (ii) on the other hand, this legal entity cannot act without the intervention of natural persons.

In legal literature, the doctrine of attribution of acts has led to the idea that when natural persons act for the account of the legal entity, the legal entity is always ‘primarily’ liable and the natural person is only ‘secondarily’ liable. Legal literature stated that this ‘secondary’ liability must therefore not be accepted easily. This idea was apparently followed up by the Supreme Court in the aforementioned cases of *Hezemans Air* and *RCI/Kastrop*. I believe that this idea is, however, contrary to the system of law. The reason for this is that the doctrine of attribution of (legal) acts has been developed to assess the liability of the legal entity. It has not been developed to assess whether or not the natural person himself is liable (as well) nor to provide for protection for the natural person against liability. In this regard, it is important to realise that Section 1:1 DCC states that all natural persons have legal rights. This Section, which is the first Section of the first title of the first book of our Civil Code (which suggests its

57. A good example is Supreme Court 11 October 1991, *NJ* 1993, 165 with annotation by C.J.H. Brunner and G.J.M. Corsten (*Staat en Van Hilten/M*).

SUMMARY

importance) entails that all natural persons can obtain rights and obligations. The natural person is a legal entity itself, so to speak. The fact that we have also created abstract legal entities does not change the fact that each natural person remains responsible for his own actions. Simultaneously, it is a general rule, as recognised by the Supreme Court,⁵⁸ that no natural person can be held liable for the acts of other natural persons or legal entities except if this is explicitly provided for by the law. The natural person and the legal entity for which account the natural person has acted are two separate legal entities. The natural person can therefore never be ‘secondarily’ liable for acts that are ‘primarily’ acts of the legal entity. He is not ‘derivatively’ liable. The terms primary and secondary liability only explain that when a natural person acts for the account of the legal entity, he in principle does not bind himself or become liable himself. But that does not mean that he cannot still commit a tort himself for which he remains liable. The mere fact that this tort may also be attributed to the legal entity does not change this. This also becomes apparent in Sections 6:170-172 DCC. According to those Sections, a legal entity is jointly and severally liable for the tort committed by an employee or a representative. The parliamentary history to these Sections made it explicitly clear that the employee and the representative also remain liable themselves. All this means that the argument in *Hezemans Air* and *RCI/Kastrop* that “a high threshold is justified by the fact that it is primarily the company that has acted” is unjust.

All this does not mean that a director of a legal entity becomes liable for all torts committed by the legal entity. A director is only liable for torts he committed himself. That means that he himself must *personally* have acted in violation of someone else’s right and/or in violation of a duty imposed by law or in violation of what according to unwritten law has to be regarded as proper social conduct. In other words, a director must breach an independent duty of care, which he personally owes to the injured party. This must be assessed by analysing his own actions towards the third party and by analysing the knowledge he had or ought to have had. Once this is assessed, there is no reason to accept a higher threshold for his liability. This higher threshold is not accepted for other non-directors who have acted on behalf, or for the account, of a legal entity.

The social interest of preventing directors of companies being led by defensive motives

In *Hezemans Air* and *RCI/Kastrop*, the serious blame standard was further substantiated by the Supreme Court by stating that “such a high threshold is justified by the fact that there is a community/social interest to prevent directors of companies being led by defensive motives (cf. HR 20 June 2008,

58. Supreme Court 23 February 1954, *NJ* 1954, 378 (*IJzerdraad*).

ECLI:NL:HR 2008:BC4959, NJ 2009/21”). The Supreme Court here refers to the earlier mentioned case of *Willemssen/NOM*. That case related to the liability of a director towards the shareholder of the company based on tort. In that case, however, the Supreme Court ruled that a high threshold for directors’ liability is in the interest of *the company* because it ensures that directors are not undesirably led by defensive motives when performing their duties. The Supreme Court also held it relevant that a shareholder is involved in the legal entity and the aforementioned interest of the legal entity is thus aligned with that of the shareholder. As I explained above in this summary, this justification for internal liability is already unjust from a legal-theoretical perspective because the director is internally not liable by definition if he has not acted improperly. Besides that, however, it is clear that any room to manoeuvre is in the interest of the legal entity but not by definition in the interest of the third party, let alone in the interest of community/society. The third party is also not involved with the legal entity. Therefore, in my opinion, the argument of the Supreme Court lacks logical legal rationale.

The alternative: the trustee role of the director in the public interest pursuant to Section 2:5 DCC in conjunction with Section 2:9 DCC

Despite all the above, it is understandable that the serious blame standard, that originates from case law regarding the internal liability of directors, was also introduced in case law regarding the external liability of directors. Although the standards for internal liability of directors and external liability of directors should be different, the nature of the position of a director of a legal entity entails that his relation with the legal entity is relevant to the assessment of his relation with a third party. In other words, the mere fact that Section 6:162 DCC and Section 2:9 DCC protect different interests does not mean that Section 2:9 DCC is at all irrelevant to the question of whether a director is liable towards a third party on the basis of Section 6:162 DCC. The reason for this is that if a natural person has the capacity of director of a legal entity, the question of whether he has breached a duty of care based on Section 6:162 DCC towards a third party must also be answered by taking into account the question of whether he has fulfilled his duties based on Section 2:9 DCC. In this regard, it is important to notice why the legislature has created the abstract form of the legal entity. It has done so in the social and economic desire that natural persons should not only be able to participate and form part of the social and economic community as an individual but also as a group of individuals acting in an organisational co-operation with each other and thus not acting on their own behalf but on behalf of such an organisational co-operation. At the same time, other participants in the social and economic community should be able to deal with this group of individuals as a whole. To achieve this, the legislature inter alia created and recognised the abstract form of the ‘legal entity’.

SUMMARY

However, what is important here is that the legal entity as an abstract legal subject cannot “really” act without the intervention of natural persons. Accepting the abstract form of the legal entity, which has actually been done in Section 2:5 DCC, therefore necessarily implies that the rights, powers and obligations of those involved in the legal entity are regulated. That has been done in the system of Book 2 DCC. By defining a set of rules of mandatory law in this Book 2 DCC, the legislature has created a system of *checks and balances* that, among other things, is intended to secure the interests of the legal entity. In legal literature, it is stated that the mandatory law of Book 2 DCC has a so-called ‘custodian’ or ‘trustee’ function that guarantees certain rights, powers and obligations of those involved with the legal entity.⁵⁹

The director of a legal entity obviously plays a central role in all of this. The tasks and duties entrusted to the director on the basis of Section 2:9 DCC entail that in the social and economic community of which the legal entity forms part, the director has a trustee and custodian function in relation to all the interests that are involved with or could be affected by the legal entity.⁶⁰ The director along with co-directors is the voice of the abstract form of the legal entity that has only become a reality by virtue of Section 2:5 DCC. The director can legally represent and bind such an entity. The director can together with his co-directors determine how the legal entity acts or fails to act. Finally, the director and his co-directors are those that are deemed to have the knowledge of all matters that are relevant to the economic and social position of the legal entity in the community. Without the director, the legal entity would in fact still be an obsolete and absolute abstraction.

Although it is now obvious that one would not initially think of it, one of the aforementioned interests of the legal entity that the director is supposed to ensure, is related to the function of legal personality itself: as mentioned before, the legal entity has created the possibility for individuals to participate and form part of the social and economic community as a group of individuals acting in an organisational co-operation with each other and thus not acting on their own behalf but on behalf of such an organisational co-operation. At the same time, other participants in the social and economic community are able to deal with this group of individuals as a whole. This itself is in the interest of social and

59. Van Veen 2011, p. 21; Timmerman 1991a, p. 8.

60. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/482 en Asser/Maeijer 2-III, 2000/321.

economic community which interest is guaranteed by the aforementioned system of checks and balances. Third parties and investors dare to deal with the legal entity because the individuals involved with the legal entity are bound by the set of mandatory rules of Book 2 DCC. The fact that the legal entity has been fully accepted in our social and economic community (as is also shown in Section 2:5 DCC) can therefore not be seen separately from the fact that Book 2 DCC contains a set of mandatory provisions that regulate the behaviour and tasks of those individuals involved with the legal entity. If those provisions would not exist, the legal entity as an institution would not be a very attractive partner for third parties to deal with as it would be impossible to assess the reliability of such partner. The set of mandatory provisions are therefore not only relevant to the internal relation between a director and a legal entity but may also be relevant to the external relation between a director of a legal entity and third parties.

That this is the case and that the director actually has a trustee function towards third parties also follows from certain mandatory provisions that explicitly state that a director risks liability towards third parties or – because of a shortfall – towards the estate (for example Sections 2:69/180 paragraph 2, 2:93/203 paragraph 3, 2:207 paragraph 3, 2:216 paragraph 3 and 2:138/248 DCC). But this also follows from other mandatory provisions that at first sight only relate to the internal relation between a director and the legal entity but that indirectly could also be relevant to the external relation between a director and a third party.⁶¹ Hence, Section 2:9 DCC can also be relevant to the interpretation of Section 6:162 DCC in the relation between a director and a third party. Although Section 2:9 DCC explicitly deals with the so called internal liability, the standard of conduct that follows from Section 2:9 DCC has an important social significance because third parties trust that the director of a legal entity will act in conformity with this standard of conduct. As mentioned before, the director therefore also has a trustee function towards those third parties. Section 2:9 DCC thus has a normative and social economic function that is not only in the interest of the legal entity but, given the rationale of legal personality, in the interest of the whole social and economic community.

The wider social and economic significance of Section 2:9 DCC is clearly reflected in the frequently asked question ‘who are the stakeholders of a legal entity?’. The Dutch Corporate Governance Code 2016 for example states that

61. See District Court Midden-Nederland 30 April 2014, *JOR* 2014/291 with annotation by W.J.M. van Andel (*Stichting Daidalos*), par. 5.15.

SUMMARY

stakeholders are: “groups and individuals who directly or indirectly affect the objectives of the company or are influenced by those objectives: employees, shareholders and other financiers, suppliers, customers and other stakeholders” and further: “the stakeholders must be able to trust that their interests are considered with care, as this is a prerequisite for them to work in and with the company”. The wider social and economic significance of Section 2:9 DCC also follows from the objective standard of conduct that applies to the director who must act “with the insight and diligence expected from a proficient director acting for a legal entity in question who is acting reasonably, who is capable of doing the job and performs his duties with care” and the so-called *Beklamel*-standard according to which a breach of that objective standard (‘knowing or ought to know’) can lead to liability towards third parties. It further follows from the case of *Ontvanger/Roelofsen* according to which a director can be held liable if he ‘allowed’ the legal entity to not fulfil certain contractual or statutory obligations. The fact that this case law relates liability to having ‘allowed’ the legal entity to act in a certain manner, shows that the individual director has an obligation to play an active role in the compliance of the legal entity with legal and contractual obligations. If the passivity of a director in relation to the legal entity leads to the breach of an obligation of such a legal entity, the director can, under certain circumstances, be himself held liable for damage caused to third parties. The aforementioned objective standard is more explicitly reflected in company law provisions that actually protect the interest of third parties. Sections 2:93/203, 2:207 paragraph 3 DCC and 2:216 paragraph 3 DCC, that govern certain circumstances in which a director is liable for the shortfall in the estate, speak explicitly of directors who “knew or could reasonably know” that the company would not be able to fulfil its obligations.

To summarise: a director has an internal responsibility that can have external consequences. However, it is wrong to state that the standard for external liability is equal to that of internal liability or that external liability is dependent on the internal liability under Section 2:9 DCC. A third party who holds a director liable under Section 6:162 DCC will not therefore necessarily have to state that a director has breached the obligations of Section 2:9 DCC. On the other hand, if a third party states that a director has breached the standard of conduct of Section 2:9 DCC with the goal of further substantiating the liability of the director towards the third party based on Section 6:162 DCC, such a third party cannot rely on Section 2:9 DCC to hold the other directors also jointly and several liable for the tort of the first director.

Analysis in relation to the burden of proof of Section 6:162 DCC

Pursuant to Section 6:162 DCC, a (legal) person who claims to have suffered damage as a result of tort by another natural person or legal entity, such as a director of a legal entity, shall have the burden of proof that this director has committed tort. Tort consists of a violation of someone else's right, an act or omission in violation of a duty imposed by law or of an act that, according to unwritten law, has to be regarded as improper social conduct, unless there is a justification for this act. If the 'perpetrator' holds that there was a justification for his act, the burden of proof of such justification rests on the 'perpetrator'. This is the system of Section 6:162 DCC. It is not clear how and where the serious blame standard fits into this system. It also does not seem justified that a third party, who believes that the directors of a legal entity have committed tort against this third party, is charged with the burden of proof that has been developed to establish the individual liability of a director towards this legal entity for this third party has no insight into the internal affairs of the legal entity. Therefore, the third party will by definition have no clear view of whether the individual director can seriously be to blame as referred to (or rather read) in Section 2:9 DCC. By requiring that the injured party states and proves that the director is to be seriously blamed, the standard for substantiating tort has been made more onerous than required by law. In my opinion, this is contrary to the *trias politica*.

In this regard, it is essential to recognise that the third party should in principle be allowed to assume that the board of directors as a whole body can be blamed. The reason for this is that, after all, the board as a whole is charged with the governance (management) of the legal entity and the representation of the legal entity (Sections 2:44-2:45, 2:129/239, 2:130/240 and 2:291-2:292 DCC). The underlying principle of collective management is reflected in these provisions. If a third party deems to be disadvantaged by infringement of the first rule repeated in *Ontvanger/Roelofsen*, being the *Beklamel*-rule, he may in principle assume that the director who entered into the agreement with this third party, did so with the knowledge and agreement of the entire board as a body. If a third example deems to be disadvantaged by the second rule repeated in *Ontvanger/Roelofsen*, being the *frustration*-rule, he may, in principle, assume that this frustration was caused by the board or tolerated by the board. In this context, it is important that the third party shall often only be able to fulfil his burden of proof by relying on documents relating to the entity as a whole which he became aware of after the fact (such as through financial reports made public, bankruptcy records and/or any information obtained from third parties). These documents mostly do not contain information on how individual directors have fulfilled their duty of care towards the legal entity. The third party will mostly only be able to deduce the (objective) knowledge of the board as a whole at a certain moment in time. It would therefore be logical that the third party will

SUMMARY

only have to state that the directors collectively committed tort which lead to damage of the third party. to refute liability individual directors can state that:

- (i) they did not directly breach a duty of care towards the third party;
- (ii) in light of their trustee function – they also did not indirectly breach a duty of care towards the third party. The latter should be done by stating that the director can not be (normally) blamed for improper performance of his (collegial) duties towards the legal entity; and
- (iii) any personal improper performance of collegial duties does not stand in any causal.

If he succeeds the conclusion is that the director is not liable for tort. In this regard, the question will be pivotal of whether in light of the principle of collegial management individual directors knew or ought to have known that the conduct of the legal entity would lead to damages toward the third party. The burden of proof in relation to the question whether or not there is improper performance of duties, which in light of the trustee function can be relevant to assess liability towards a third party based on Section 6:162 DCC, should in this regard be charged upon the individual directors. Since the position of the third party has always been affected by the legal entity governed and represented by the board, he may not be expected to state which specific individual director is responsible for the tort committed by the legal entity. In the case of *Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*⁶² the Supreme Court has acknowledged this approach to the liability of so-called indirect (*'tweedegraads'*) directors based on Section 2:11 DCC for tort committed by a legal entity (of which these directors are a direct (*'eerstegraads'*) director), acting as a director of another legal entity. There is no reason why this approach should be different in cases where directors are held directly liable for tort based on Section 6:162 DCC.

Conclusion

The introduction of the serious blame standard in the case of *Ontvanger/Roelofsen* in 2006 in the legal framework for the external liability of directors is not well substantiated and looks to be based on a more or less incidental choice of words in previous case law without any deliberate judicial meaning. The substantiation and justification of the serious blame standard in later case law is contrary to parliamentary history and the system of law. The converging of the rules for internal and external liability of directors is further not justified from a legal theoretical point of view. I plead that we should let go of the serious blame standard and that external liability of directors should again be assessed by applying the 'normal' rules of tort as set out in Section 6:162 DCC.

62. Supreme Court 17 February 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (*Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*).

Piercing the corporate veil with Section 2:11 DCC (Chapter 11)

Section 2:11 DCC and exculpation

Section 2:11 Civil Code states: “*The liability of a legal entity as a director of another legal entity also jointly and severally lies on each person at the time of the creation of the liability of the legal director thereof*”. In the parliamentary history, it is noted that exculpation is possible if the legal provision from which the liability arises contains a ground for exculpation.⁶³

Internal and statutory liability and form of strict liability

Legal literature and case law is unanimous about the fact that Section 2:11 DCC applies to all forms of so-called internal and statutory directors’ liability. As regards the liability of the director pursuant to Section 2:11 DCC based on provisions that have no possibility of exculpation, Section 2:11 DCC constitutes a very severe form of strict liability because exculpation is then also excluded on the basis of Section 2:11 DCC. All (legal entity-)directors of a legal entity (-director) are therefore advised, independent of their division of tasks, to closely monitor compliance with these provisions within the group. If the underlying legal provision, from which the liability of the legal entity-director arises, contains a ground for exculpation, the indirect director’s (the directors of the legal entity-director) can invoke this ground for exculpation in a similar way as they were directors in person of the underlying legal entity.

Legal personality, the trustee function of the director pursuant to Section 2:9 DCC in conjunction with Section 2:11 DCC and the doctrine of attribution

The fact that a legal entity is an abstract figure that cannot “really” act without human intervention/actual acts by an individual, raises the question of how this legal entity should fulfil its trustee function. Accepting the abstract form of the legal entity and the possibility that such a legal entity can also be a director of another legal entity, therefore necessarily and reasonably means that the legal obligations Book 2 DCC imposes on a director are fully transposed to the individual natural person-directors of that legal entity. All individual natural person-directors of one or several legal entity-directors therefore personally have the duty to perform the duties that Section 2:9 DCC imposes on the legal entity-directors. The collective responsibility of Section 2:9 DCC therefore remains a responsibility of the natural person-directors as if they were directly directors of the underlying legal entity. Questions such as whether a legal entity-director (i) has properly performed his administrative duties, (ii) may exculpate himself

63. *Parliamentary history II* 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 17 and Huizink 2014c, *GS Rechtspersonen*, art. 2:11 BW, remark 7.1.

SUMMARY

or (iii) has carried out an unlawful act, cannot be separated from an assessment of the actions, omissions and the knowledge of the natural persons associated with the legal entity. These actions, omissions and knowledge are then attributed to the legal entity(-director). While this approach seems rather theoretical and is not explicitly reflected in the literature or case law, the case law does implicitly show that this approach is in fact applied.⁶⁴ For the above reasons, once it is established that a legal entity-director is liable on the basis of Section 2:9 DCC, the natural person-directors of such a legal entity will in principle not be able to collectively exculpate themselves, unless there is a situation of force majeure/absence.

The applicability of Section 2:11 DCC on Section 6:162 DCC-liability (Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters)

In the case of *Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters* of February 17, 2017, the Supreme Court confirmed that Section 2:11 DCC also applies to liability of a legal entity-director under Section 6:162 DCC. In that context, the Supreme Court held that indirect directors can only exculpate themselves from joint and several liability under Section 2:11 DCC in conjunction with Section 6:162 DCC by stating and proving that they cannot be held seriously to blame.

Although this approach reflects the rationale of Section 2:11 DCC, the justification for this approach is in my opinion not Section 2:11 DCC but the fact that (i) a legal entity-director, as an abstract legal entity, cannot act itself and that therefore the legal obligations Book 2 DCC imposes on a director are fully transposed to the individual natural person-directors of that legal entity and (ii) the responsibility to manage and represent the legal entity is a responsibility of the board of directors as a whole and not of individual directors. While in a situation of directors' liability toward the legal entity pursuant to Section 2:9 DCC in conjunction with 2:11 DCC, the legal entity or, in case of bankruptcy,

64. Court of Appeal Arnhem-Leeuwarden 15 October 2013, *JIN* 2014/8 with annotation by J. van der Kraan and *JOR* 2014/3 with annotation by S.M. Bartman and X.D. van Leeuwen (*Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*): Court of Appeal Arnhem-Leeuwarden 2 September 2014, *JOR* 2014/295 with annotation by J. Van Bakkum (*Goedewaagen*), par. 6.16 t/m 6.21; Court of Appeal Arnhem-Leeuwarden 21 October 2014, *JOR* 2015/32 with annotation by M. Holtzer (Meepo), par. 3.6; District Court Rotterdam 22 July 2015, *RO* 2015/70 (*Antaser/Tima*), r.o. 4.9 en 4.10; Court of Appeal 's-Hertogenbosch 29 September 2015, *JIN* 2015/200 with annotation by E. Bagheri; Court of Appeal 's-Hertogenbosch 13 November 2015, *JOR* 2015/290 with annotation by D.F. Berkhout, r.o. 4.13. Court of Appeal Amsterdam, 9 February 2016, *JOR* 2016/123 with annotation by S.M. Bartman, par. 3.6.

the trustee in the bankruptcy mostly have the disadvantage of not knowing which director is actually to blame for the improper performance of duties of the board, the same goes for the third party that suffered damages because of tort of the legal entity-director. This third party will mostly not know which direct director of the legal entity-director has actually breached a duty of care towards this third party. It therefore seems logical that in relation to assessing the external directors' liability of indirect directors, the same burden of proof is applied as with assessing the external directors' liability of direct directors (reference is made to the paragraph here above dealing with the burden of proof of direct directors). If one would not accept this, the approach of the Supreme Court in the judgment of *Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters* would lead to the conclusion that indirect directors would be placed in a less advantageous position than direct directors under the judgment of the Supreme Court in *Ontvanger/Roelofsen*. There is no logical reason for this. The reasons why the serious blame standard should not be applied in the assessment of liability under Section 6:162 DCC of direct directors naturally apply equally to the assessment of liability under Section 6:162 DCC of indirect directors.

Attribution of exculpation to a legal entity-director vs. Matryoshka-dolls

One consequence of the fact that Section 2:5 DCC states that a legal entity is to be qualified as equal to a natural person, is that a legal entity can also be a director of another legal entity. This is also illustrated by Section 2:11 DCC. Legal literature has pointed out that if the director of a jointly and severally liable legal entity-director is again a legal entity, the application of Section 2:11 DCC can be repeated. Hence the third degree legal entity-director will then also be joint and several liable. This is repeated until the joint and several liability ultimately rests on one or more natural person-directors. According to this legal literature, there would be an endless series, as Matryoshka-dolls, of liable (legal entity-) directors. However, if we accept that the legal entity-director is an independent legal subject as stated in Section 2:5 DCC, in my opinion, there is no reason to withhold the possibility of exculpation of liability for the legal entity-director under Section 2:11 DCC. It is my opinion that if the legal entity-director is part of a joint board and all (indirect) natural person-directors of this legal entity-director may exculpate themselves, then such a legal entity-director may also exculpate itself because the knowledge and behaviour of these natural person-directors should also be attributed to the legal entity-director. The endless series of Matryoshka-dolls can therefore be interrupted *before* it reached the natural person-directors. Because the system for establishing liability under Section 2:11 DCC in fact does not differ for determining the first degree-liability under Section 2:9 DCC, the 'serious blame' standard is also irrelevant when assessing liability based on Section 2:11 DCC.

SUMMARY

A comparative study of the external liability of directors (Chapter 12)

This chapter contains a comparative study of the external liability of directors. In light of the demarcation of my study, I have chosen not to do a comparative study of the internal liability of directors. My comparative study on the external liability of directors is furthermore not extensive. It has merely the goal of showing that my thoughts on the external liability of directors are not very peculiar if we compare them to relevant legal systems abroad. I have done a comparative study of general contours with the systems of the State of Delaware of the United States, the United Kingdom and Belgium. This study shows that in all these legal systems, the legal framework for external liability of directors is based on simple ('normal') tort. There is no conversion of rules between internal and external liability of directors. The question of whether a director has committed tort is not bound by a higher threshold for liability. Furthermore, the fact that certain acts can be attributed to the legal entity does not form a reason to justify a higher threshold for liability.

For example the Superior Court of the State of Delaware ruled:⁶⁵

“(...) when a corporate officer directly participates in the tortious conduct, personal liability may be imposed, even when the officer is acting on behalf of the corporation. Delaware courts have held that the officer’s mere knowledge of tortious activity is not sufficient. Individual liability attaches only where the officer “directed, ordered, ratified, approved, or consented to” the wrongful act. In other words, corporate officers are not derivatively liable for the torts of the corporation; however, corporate officers are directly liable for the torts they personally commit, whether on behalf of the corporation or otherwise. (...)

According to the personal participation doctrine, a corporate official cannot shield himself behind a corporation when he is an actual participant in the tort. Therefore, unlike a contractual fraud claim, the relevant question when examining a tortious fraud claim is whether or not the defendant personally participated in the tortious conduct.”

65. Delaware Superior Court, 31 August 2015, C.A. No. S14L-12-035 MJB (*Yavar Rzaev, LLC v. Marvin B. Roffman*). <http://courts.delaware.gov/>.

Legal literature regarding Delaware law states:⁶⁶

“In accordance with these principles, numerous courts have specifically stressed that, in order to be liable for his or her actions within the corporate context, a director or officer must breach an independent duty of care, which he personally owes to the injured party.”

And:

“Contrariwise, the director or officer may be held liable for the breach of an external duty because that duty is specifically owed to the third party. To put it another way, courts must distinguish between a director or officer’s fiduciary duties to the corporation (and its shareholders) and a director or officer’s duty not to injure third parties under common law tort principles. (...) courts should be mindful of the fact that in the tort context, “duty” remains a relatively flexible and policy-driven concept. (...) Of course, legislators may craft statutory provisions that explicitly create certain duties that directors or officers owe to third parties. In cases involving such provisions, courts have to sanction any breaches thereof and analyses of a duty’s internal or external nature are superfluous. However, if statutory provisions are open to judicial interpretation as to whether a director or officer is an appropriate defendant and can be liable (or whether only the corporation can be liable), courts should carefully analyse the nature of the duty in question, focusing on the distinction between internal and external duties.”

The House of Lords in the United Kingdom ruled:⁶⁷

“What matters is not that the liability of the shareholders of a company is limited but that a company is a separate entity, distinct from its directors, servants or other agents. The trader who incorporates a company to which he transfers his business creates a legal person on whose behalf he may afterwards act as director. For present purposes, his position is the same as if he had sold his business to another individual and agreed to act on his behalf. Thus, the issue in this case is not peculiar to companies. (...)

In such a case where the personal liability of the director is in question, the internal arrangements between a director and his company cannot be the foundation of a director’s personal liability in tort. The enquiry must

66. Petrin 2012, p. 1670 and p. 1683.

67. House of Lords, 30 April 1998, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1998/17.html> (*Williams v Natural Life Limited*).

SUMMARY

be whether the director, or anybody on his behalf, conveyed directly or indirectly to the [plaintiff] that the director assumed personal responsibility to the [plaintiff]. (...)

Whether the principal is a company or a natural person, someone acting on his behalf may incur personal liability in tort as well as imposing vicarious or attributed liability upon his principal. But in order to establish personal liability, (...) there must have been an assumption of responsibility such as to create a special relationship with the director or employee himself.”

It also ruled:⁶⁸

“The fact that by virtue of the law of agency his representation and the knowledge with which he made it would also be attributed to Oakprime would be of interest in an action against Oakprime. But that cannot detract from the fact that they were his representation and his knowledge. He was the only human being involved in making the representation to SCB (apart from administrative assistance such as someone to type the letter and carry the papers round to the bank). It is true that SCB relied upon Mr Mehra’s representation being attributable to Oakprime because it was the beneficiary under the credit. But they also relied upon it being Mr Mehra’s representation, because otherwise there could have been no representation and no attribution.”

The Scottish Court of Sessions in the United Kingdom ruled:⁶⁹

“(...) A director who personally commits a delict in the course of his duties is liable to the injured party. A person who commits a wrong is liable for it himself, and it is immaterial that he was acting as an agent for or employee of another person (...)”

Finally, in Belgium, there are specific legal provisions relating to the external liability of directors, these being Sections 262-264 and 527-529 of the Code of Corporations. Besides that, legal literature states explicitly that the violation of a duty of care towards the legal entity and violation of the duty of care of

68. House of Lords, 6 November 2002, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2002/43.html> (*Standard Chartered Bank v Pakistan Shipping Corporation*), par. 20 and 40.

69. Scottish Court of Sessions, 3 February 2015, <http://www.bailii.org/scot/cases/ScotCS/2015/2015CSIH11.html> (*William Campbell v Peter Gordon Joiners Limited*).

the director towards a third party are two separate issues. The mere fact that a natural person acted in his capacity as a director of a legal entity, does not clear him from liability for tort towards a third party. The Court of Cassation confirmed this by stating that, according to the rules of representation, the representative remains liable for tort even though his acts can be attributed to the represented. The liability of the legal entity does not exclude the liability of the natural person. Both liabilities exist next to each other.⁷⁰ The Court of Appeals of Gent further ruled that if a director violates a general duty of care towards a third party when entering into an agreement with such a third party on behalf of the legal entity, he will still be personally liable on the basis of tort.⁷¹

Conclusion (Chapter 13)

My study results in the following conclusions:

Internal liability of directors

- (i) The introduction of the serious blame standard in 1997 in the judgment *Staleman/Van de Ven* is unnecessary. It is an incorrect refinement of Section 2:9 DCC that is not justified from a legal-rational theoretical point of view. The use of the language itself cannot co-exist with the objective test that is required by Section 2:9 DCC.
- (ii) The serious blame standard is unclear and does not fit with the meaning, the rationale and the system of Section 2:9 DCC. This Section is based on the principle of collegial management and collective responsibility.
- (iii) Neither the codification of the serious blame standard on 1 January 2013 in Section 2:9 DCC nor the proposal for a new Section 2:9 DCC filed by the Minister of Justice on 8 June 2016 provide the necessary clarity.
- (iv) The terms ‘improper management’, ‘(im)proper performance of duties’ and ‘apparent improper performance of duties’ all imply the same legal standard resting on the individual director. For the purpose of clarity, one should therefore make use of one and the same term in both Section 2:9 DCC and Section 2:138/248 DCC, being ‘(im)proper performance of duties’ which includes both a ‘specific’ and ‘collegial’ (im)proper performance of duties.

70. Court of Cassation, 20 June 2005, *TBH* 2005/892, with annotation by H. de Wulf and *TBH* 2006,418, with annotation by A. Coibon, *DAOR* 2005, 340, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20050620-5.

71. Court of Appeal Gent, 13 February 2012, *DAOR* 2012, 102, p. 206-210.

SUMMARY

External liability of directors

- (v) The introduction of the serious blame standard in 2006 in the judgment *Ontvanger/Roelofsen* is in my view based on an incidental choice of words in case law over the period 1997 to 2006. There is no justification for this introduction.
- (vi) The substantiation of the serious blame standard in 2014 in the *Hezemans Air* and *RCI/Kastrop* judgments is not justified from a legal-rational theoretical point of view. It ignores basic legal principles relating to the existence of natural persons and legal entities and ignores that liability is based on the normal rules of tort in Section 6:162 DCC.

Internal and external liability of directors

- (vii) In as far as one would argue that the director needs protection against liability, this protection is already provided for by (i) the meaning of ‘improper performance of duties’ as referred to in Section 2:9 DCC and (ii) the basic legal principles relating to the existence of natural persons and legal entities. A high threshold of liability in the form of a serious blame standard is therefore not necessary.
- (viii) Converging the rules for internal and external liability of directors is unnecessary and undesirable because both rules have the goal of protecting different interests and parties. However, in light of the trustee function of the director, his obligations to properly perform both his collegial duties and the duties specifically assigned to him, could play a role in determining whether the director committed tort towards a third party. This trustee function has too little attention in case law and literature.
- (ix) The court has the obligation to apply the law and not to create the law. When doing the latter, the court needs to adhere as much as possible to the language used by the legislature. The introduction of the serious blame standard by the Supreme Court does not seem to reconcile with this and does not seem to reconcile with the trias politica.
- (x) The serious blame standard leads to unnecessary and undesirably complex reasoning in both case law and legal literature. This is not in the interest of society as a whole.

The inconsistencies that I revealed in my study have partly and separately also already been revealed in the past by many other scholars. In my study, I have grouped all the inconsistencies together in addition to my own analysis. This meant I was able to research the serious blame standard more broadly. I believe that the outcome of this research justifies the conclusion that we need to depart from the serious blame standard and go back to the original meaning of Section 2:9 DCC and Section 6:162 DCC. This is in the interest of directors, legal entities and third parties.

Lijst van aangehaalde literatuur

Van Andel 1992

C.C.Th. van Andel, *De directeur; bestuurder en werknemer*, Deventer: Kluwer 1992

Van Andel 2014

W.J.M. van Andel, noot bij Rb. Midden-Nederland 30 april 2014, *JOR* 2014/291

Asser 2008

W.D.H. Asser, 'Rechtsvorming door de Hoge Raad: Enkele inleidende opmerkingen', in: W.M.T. Keukens en M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), *Raad & Daad, Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 9-29

Asser 2011

W.D.H. Asser, 'Van selectie achter de poort naar selectie aan de poort', in: A.M. Hol, I. Giesen en F.G.H. Kirsten (red.), *De Hoge Raad in 2025. Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011

Asser/De Boer 1 2010*

C. Asser, bew. door J. de Boer, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Personen- en familierecht. Personenrecht*, Deel 1* (online bijgewerkt tot 1 maart 2010), Deventer: Kluwer (losbl. en online)

Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-II 1990

C. Asser, bew. door W.C.L. Van der Grinten en S.C.J.J. Kortmann, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Vertegenwoordiging en Rechtspersoon. De vertegenwoordiging*, Deel 2-II, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990

Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004

C. Asser, bew. door W.C.L. van der Grinten en S.C.J.J. Kortmann, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. De Vertegenwoordiging*, Deel 2-I (online bijgewerkt tot 1 april 2004), Deventer: Kluwer (losbl. en online)

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1991

C. Asser, bew. door W.C.L. Van der Grinten en J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Vertegenwoordiging en Rechtspersoon. De rechtspersoon*, Deel 2-II, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2011*

C. Asser, bew. door A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht, De verbintenis uit de wet*, Deel 6-IV* (online bijgewerkt tot 1 december 2010), Deventer: Kluwer (losbl. en online)

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013

C. Asser, bew. door A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht, De verbintenis in het algemeen*, Deel 6-II (online bijgewerkt tot 3 september 2012), Deventer: Kluwer (losbl. en online)

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015*

C. Asser, bew. door A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. De verbintenis uit de wet*, Deel 6-IV* (online bijgewerkt tot 1 mei 2015), Deventer: Kluwer (losbl. en online)

Asser/Maeijer 2-II 1997

C. Asser, bew. door J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Vertegenwoordiging en Rechtspersoon. De rechtspersoon*, Deel 2-II, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997

Asser/Maeijer 2-III 2000

C. Asser, bew. door J.M.M. Maeijer (m.w.v. F.J.P. van den Ingh), *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Vertegenwoordiging en Rechtspersoon. De naamloze en besloten vennootschap*, Deel 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000

Asser/Maeijer & Dortmond 2-III 1994

C. Asser, bew. door J.M.M. Maeijer en P.J. Dortmond, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Vertegenwoordiging en Rechtspersoon. De naamloze en besloten vennootschap*, Deel 2-III, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Asser/Maeijer & Kroeze 2-I 2015*

C. Asser, bew. door M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman, M.A. Verbrugh), *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Rechtspersonenrecht. De Rechtspersoon*, Deel 2-I* (online bijgewerkt tot 13 januari 2015), Deventer: Kluwer (losbl. en online)

Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II 2009*

C. Asser, bew. door J.M.M. Maeijer, G. van Solinge en M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. R.G.J. Nowak), *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Rechtspersonenrecht. De Naamloze en Besloten vennootschap*, Deel 2-II*, Deventer: Kluwer 2009

Asser/Sieburgh 6-I 2016

C. Asser, bew. door C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht, De verbintenis in het algemeen*, Deel 6-I (online bijgewerkt tot 21 september 2016), Deventer: Kluwer (losbl. en online)

*Asser/Vranken Algemeen deel*** 2005*

C. Asser, bew. door J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel ***** (online bijgewerkt tot 1 september 2004), Deventer: Kluwer (losbl. en online)

*Asser/Vranken Algemeen deel**** 2014*

C. Asser, bew. door J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel ***** (online bijgewerkt tot 19 januari 2014), Deventer: Kluwer (losbl. en online)

Asser Procesrecht/Asser 3 2013

C. Asser, bew. door W.D.H. Asser, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht, Bewijs*, Deel 1* (online bijgewerkt tot 2 september 2012), Deventer: Kluwer (losbl. en online)

Assink 2005

B.F. Assink, 'Enige beschouwingen over Duitse ontwerpwetgeving, de Amerikaanse 'business judgment rule' en ontwikkelingen in het Nederlandse vennootschapsrecht', *Ondernemingsrecht* 2005/131

Assink 2007

B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag: binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware* (diss. Rotterdam; Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 59), Deventer: Kluwer 2007

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Assink 2008

B.F. Assink, 'Kan de Delaware business judgment rule wat betekenen voor het Nederlands vennootschapsrecht, specifiek het enquêterecht?', *Ondernemingsrecht* 2008/66

Assink 2010

B.F. Assink, 'De Januskop van het ondernemingsrecht – Over facilitering en regulering van ondernemerschap', *Ondernemingsrecht* 2010/50

Assink 2011

B.F. Assink, 'Vrijtekening door de vennootschap van ondernemende bestuurders', in: L. Timmerman e.a. (red.), *Samenwerken in het ondernemingsrecht* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 80), Deventer: Kluwer 2011

Assink 2013

B.F. Assink, 'Verbindingen tussen bestuurderschap, bestuurdersaansprakelijkheid en civielrechtelijk bestuursverbod', *WPNR* 2013/6983, p. 565-580

Assink 2014

B.F. Assink, 'Reactie op de reactie van prof. mr. J.B. Huizink in WPNR (2014) 7018. If it ain't broke...', *WPNR* 2014/7026, p. 656-658

Assink 2015

B.F. Assink, 'Belang van de vennootschap, overname en algemeen belang', *WPNR* 2015/7048, p. 103-117

Assink 2016

B.F. Assink, 'De factor 'wetenschap van benadeling' in te onderscheiden vormen van bestuurdersaansprakelijkheid', in: L. Timmerman e.a. (red.), *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 98), Deventer: Kluwer 2016

Assink, Bröring, Timmerman & De Valk 2011

B.F. Assink, H.E. Bröring, L. Timmerman & S.N. de Valk, 'Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht – Een dwarsdoorsnede' in *Verslag van Symposium gehouden op 27 oktober 2010, georganiseerd door het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen/Erasmus Universiteit Rotterdam*, Deventer: Kluwer 2011

Assink & Olden 2005

B.F. Assink en P.D. Olden, 'Over bestuurdersaansprakelijkheid – De reikwijdte van de maatstaf 'ernstig verwijt', vrijtekening en vrijwaring nader bezien', *Ondernemingsrecht* 2005, afl. 1, p. 9-16

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Assink & Slagter 2013, Compendium Ondernemingsrecht

B.F. Assink en W.J. Slagter, *Compendium voor het Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013

Assink & De Jongh 2015

B.F. Assink en J.M. de Jongh, 'Gedragsnorm, enquêterecht en aandeelhouder', in: B.F. Assink e.a. (red.), *De toekomst van het Ondernemingsrecht, Opstellen voor Prof mr. L. Timmerman*, Deventer: Kluwer 2015, p. 1 t/m 15.

Bakels 2009

F.B. Bakels, 'Aspecten van samenloop I en II', *WPNR* 2009/6796, p 337-346 en *WPNR* 2009/6797, p. 359-369

Bakels 2015

F.B. Bakels, 'Rode Draad Rechtsvorming door de Hoge Raad. Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad', *AA* 2015, afl. 11 p. 927-938

Bartman 2014

S.M. Bartman, 'Anders dan het orakel van Delphi', *Ondernemingsrecht* 2014/143, afl. 17, p. 723

Beckers 2015

J.H.L. Beckers, 'Bestuurdersaansprakelijkheid en het vestigen van een 'tweederangs' pandrecht', *Bb* 2015/6

Van Bekkum 2013

J. Van Bekkum, 'Hoge Raad vergroot risico aansprakelijkheid bestuurders voor gewone zakelijke risico's', *TvI* 2013/17

Van Bekkum 2015a

J. van Bekkum, 'Tulip Air neemt zorg en onzekerheid over Spaanse Villa niet weg', *WPNR* 2015/7055, p. 280-286

Van Bekkum 2015b

J. Van Bekkum, noot bij Hof Arnhem-Leeuwarden 25 november 2014, *JOR* 2015/3

Van Bekkum 2016

J. van Bekkum, 'Reactie op Mr. W.A. Westenbroek, 'Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening', *Ondernemingsrecht* 2016/24', *Ondernemingsrecht* 2016/98, p. 485-487

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Belifante 1929

Gebr. Belifante, *Ontwerpen van wetten op de vennootschappen en andere. Wijziging en aanvulling van de bepalingen omtrent de Naamloze Vennootschap en de regeling van de aansprakelijkheid voor het prospectus*, 's-Gravenhage: Gebr. Belifante 1929

Bendremer 2005

F.J. Bendremer, 'Delaware LLCs and Corporate Veil Piercing: Limited Liability has its Limitations', *The Fordham Journal of Corporate & Financial law* 2005, Volume 10, Issue 2, Article 4, <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1191&context=jcfl>

Bergkamp 2015

L. Bergkamp, 'Rechtsvinding in de moderne rechtsstaat', *NJB* 2016/140

Blanco Fernández 1993

J.M. Blanco Fernández, *De Raad van Commissarissen bij de NV en BV* (diss. Maastricht; Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 19), Deventer: Kluwer 1993

Blanco Fernández 2000

J.M. Blanco Fernández, 'Rechtspositie en aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen', *Ondernemingsrecht* 2000, afl. 17, p. 474 e.v.

De Boer en Schennink 2014

D.N. de Boer en A. Schennink, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en toezicht-houders in de semipublieke sector', *TOP* 2014/241

Boogaard & Uzman 2009

G. Boogaard en J. Uzman, 'Rode Draad Rechtsvorming door de Hoge Raad. Tussen Montesquieu en Judge Dredd. Over rechter, politiek en rechtsvorming', *AA* 2015, afl. 1, p. 61-67

Borrius 2003

Y. Borrius, 'Behoorlijk bestuur: één gedragsnorm?', in: G. Solinge, M. Holtzer e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003*, Deventer: Kluwer 2003, p. 79-102

Borrius 2012

Y. Borrius, 'Taakverdeling en aansprakelijkheid binnen bestuur en raad van commissarissen' en 'Besluitvorming – zelfstandige besluiten individuele bestuursleden', in: M. Lückerath-Rovers, B. Bier, H. van Ees e.a. (red.), *Jaarboek Corporate Governance 2012*, Deventer: Kluwer 2012

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Bovend'Eerdt, De Kluiver, Trapman & Samadi 2015

K. Bovend'Eerdt, C. de Kluiver, L. Trapman en M. Samadi, 'Recht en taal', *AA* 2015, afl. 7, p. 554-557

Braeckmans & Houben 2012

H. Braeckmans en R. Houben, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2012, p. 344 e.v.

Bulten & Leijten 2013

C.D.J. Bulten en A.F.J.A. Leijten, 'Een lastige doorbraakbepaling', in: D. Busch, M.P. Nieuwe Weme (red.), *Christels Koers, Liber Amicorum, Prof. mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol, Opstellenbundel aangeboden aan Prof. mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol ter gelegenheid van haar afscheid als hoogleraar Effectenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen*, Deventer: Kluwer 2013, p. 163-187

Corstens 2015

G. Corstens, *De rechtsstaat moet je leren. De President van de Hoge Raad over de rol van de rechter*, Amsterdam: Prometheus 2015

Crucq 2012

J.H.B. Crucq, 'Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2009-2011', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2011-2012*, Deventer: Kluwer 2012, p. 3-36

Davids 2015

W. Davids, 'Rode Draad Rechtsvorming door de Hoge Raad. Woorden achteraf in een aggregerende bijdrage', *AA* 2015, afl. 12, p. 1009-1019

Van Domselaar 2011

I. van Domselaar, 'Zelfbevestigende' versus 'ontregelde' rechtspraak', *NJB* 2011/795

Dortmond 1990

P.J. Dortmond, 'Misbruik van rechtspersonen', in: L. Timmerman (e.a.), *Piercing van Schilfgaarde* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 9), Deventer: Kluwer 1990

Drion 1973

H. Drion, 'Functies van rechtsregels in het privaatrecht' in J.F. Glastra van Loon, R.A.V. van Haersolte, J.M. Polak (red.), *Speculum Langemeijer, 31 rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 49 e.v.

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Eisenberg 1993

M.A. Eisenberg, 'The divergence of standards of conduct and standards of review in corporate law', *Fordham Law Review* 1993, Volume 62, Issue 3, p. 437 e.v.

Ernst 2013

P. Ernst, 'Actualia Vennootschapsrecht: Bestuurdersaansprakelijkheid, Recente evoluties,' in: *CBR Jaarboek 2013-2014*, Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2013

Eykman 1986

L.G. Eykman, 'De aansprakelijkheid van directeurs en commissarissen tegenover de vennootschap, gezien vanuit algemene civielrechtelijke beginselen', *TVVS* 1986, nr. 86/4 p. 87 e.v.

Fleming 2014

J. Fleming, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders: de juridische risico's van ondernemen', in: M. Lückerath-Rovers, B. Bier, H. van Ees e.a. (red.), *Jaarboek Corporate Governance 2014*, Deventer: Kluwer 2014

Fleuren 2015

J.W.A. Fleuren, 'Hoe komen juridische begrippen en regels aan hun betekenis? Het belang van de taalfilosofie van de latere Wittgenstein voor de rechtsgeleerdheid', *AA* 2015, afl. 7, p. 568-584

Franken e.a. 1999

H. Franken e.a., *Inleiden tot de rechtswetenschap*, Deventer: Gouda Quint 1999

Gaakeer 2015

A.M.P. Gaakeer, 'Recht, taal en de ordening van de werkelijkheid', *AA* 2015, afl. 7, p. 602-611

Galle 2007

R.C.J. Galle, 'Collegialiteit en stemverhoudingen in het bestuur van de rechtspersoon', *Ondernemingsrecht* 2007/152

Geens e.a. 2012

K. Geens, M. Wyckaert, C. Clottens, F. Parrein, S. de Dier, S. Cools, 'Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1999-2010', *TPR* 2012, afl. 1, 73-683.

Van Gestel & Loth 2015

R. van Gestel & M.A. Loth, 'Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0?', *NJB* 2015/1849

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Van Gestel & Loth 2016

R. van Gestel & M.A. Loth, 'Rechtsvorming in een meerlagige rechtsorde', *NJB* 2016/141

Glasz 1986

J.R. Glasz, 'Aansprakelijkheid van directeurs en commissarissen, vanuit het vennootschapsrecht gezien', *TVVS* 1986, nr. 86/4

Glasz 1995

J.R. Glasz, *Enige beschouwingen over zinvol commissariaat*, Deventer: Kluwer 1995

Glasz, Beckman & Bos 1994

J.R. Glasz, H. Beckman en J.A.M. Bos, *Bestuur en toezicht; taken, verantwoordelijkheden, aansprakelijkheden van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Kluwer 1994

Van der Grinten 1982

W.C.L. van der Grinten, 'De mythe van de aansprakelijkheid', *De NV* 60/11, 1982, p. 201

Haazen 2004

I. Haazen, 'Roekeloosheid en bewuste roekeloosheid in de systematiek van het Burgerlijk Wetboek', *WPNR* 2004/6569, p. 193-198 en *WPNR* 2004/6570, p. 209-213

Hammerstein 2009

A. Hammerstein, 'Rechtsvorming door de rechter is onvermijdelijk', *AA* 2009, afl. 10, p. 672

Hammerstein 2011

A. Hammerstein, 'Inleiding op het Symposium Evolutie van het bestuurders-aansprakelijkheidsrecht', in: B.F. Assink e.a., *Verslag van Symposium gehouden op 27 oktober 2010, georganiseerd door het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen/Erasmus Universiteit Rotterdam*, Deventer: Kluwer 2011, p. 107-112

Van Hees 1994

A. Van Hees, 'Aansprakelijkheid van een bestuurder, interne en externe aansprakelijkheid', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Financiering en Aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Van der Heijden/Van der Grinten/Honée & Hendriks-Jansen, Handboek NV/BV 1992

W.C.L. van der Grinten, H.J.M.N. Honée en Th.C.M. Hendriks-Jansen, *Van der Heijden Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992

Van der Heijden/Dortmond, Handboek NV/BV 2013

P.J. Dortmond, *Van der Heijden Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap* (online bijgewerkt tot 1 januari 2013), Deventer: Kluwer (losbl. en online)

Hellinga 2013

J.P. Hellinga, 'Persoonlijke verwijtbaarheid en art. 2:11 BW: gaat dat samen?', *FIP* 2013/3, p. 82-86

Hendrikse 2009

A. Hendrikse, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in de not-for-profit sector: van liefdewerk, oud papier, de dingen die voorbijgaan', *Ondernemingsrecht* 2009/40

Hendrikse 2010

A. Hendrikse, 'Insolvente stichtingen en bestuurdersaansprakelijkheid', in: R.J. van Galen e.a. (red.), *De insolvente vennootschap, Insolad Jaarboek 2010*, Deventer: Kluwer 2010

Hermans, Delwiche & Helsen 2015

G. Hermans, T. Delwiche, F. Helsen, 'Het actief van het faillissement – De aansprakelijkheid tegen bestuurders/zaakvoerders na discontinuïteit in X.' in: H. Braeckmans, F. De Tandt, E. Dirix, E. van Camp, T. Lysens (red.), *Faillissement & Reorganisatie*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium (online bijgewerkt tot oktober 2015)

Hijma & Olthof, Compendium Vermogensrecht 2014

Jac. Hijma, M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht* (online bijgewerkt tot 1 april 2014), Deventer: Kluwer 2014

Hoekzema 2015, GS Onrechtmatige daad

J.W. Hoekzema, *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Aantekeningen bij art. 6:162 BW, Deventer: Kluwer (losbl. en online bijgewerkt tot mei 2015)

Honée 1986

H.J.M.N. Honée, 'Aansprakelijkheid in concernverhoudingen', in: P. Van Schilfgaarde e.a. (red.), *De Nieuwe Misbruikwetgeving* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 2), Deventer: Kluwer 1986

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Huizink 1989

J.B. Huizink, *Bestuurders van rechtspersonen* (diss. Groningen; Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 7), Deventer: Kluwer 1989

Huizink 1994

J.B. Huizink, 'Bestuurders van rechtspersonen en milieu-aansprakelijkheid', *De NV* 1994/4, p. 90 e.v.

Huizink 2008

J.B. Huizink, 'Insolventie en bestuurdersaansprakelijkheid', in: J.A. van de Hel e.a. (red.), *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd*, Nijmegen: Ars Aequi 2008, p. 203-216

Huizink 2009

J.B. Huizink, 'Bestuurdersaansprakelijkheid, een pot nat?', *O&F* 2009/17, p. 100-113

Huizink 2011

J.B. Huizink, 'Artikel 2:9 BW. Enkele observaties', in: J.B. Huizink e.d. (red.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland? Bestuurstaak, bestuursverantwoordelijkheid en bestuurdersaansprakelijkheid volgens het nieuwe artikel 2:9 BW*, Deventer: Kluwer 2011, p. 5-15

Huizink 2013

J.B. Huizink, 'Maakt de Hoge Raad het vennootschapsrecht opnieuw node-loos ingewikkeld?', *O&F* 2013, afl. 1, p. 23-32

Huizink 2014a

J.B. Huizink, 'Een reactie naar aanleiding van A.J.P. Schild & L. Timmerman, Het nieuwe art. 2:9 BW, uitgelegd voor gewone bestuurders WPNR 2014/7011', *WPNR* 2014/7018, p. 270-274

Huizink 2014b

J.B. Huizink, Naschrift op 'Een reactie naar aanleiding van A.J.P. Schild & L. Timmerman, Het nieuwe art. 2:9 BW, uitgelegd voor gewone bestuurders WPNR 2014/7026', *WPNR* 2014/7018, p. 659

Huizink 2014c, GS Rechtspersonen

J.B. Huizink, *Groene Serie Rechtspersonen*, Aantekeningen bij art. 2:11 BW, Deventer: Kluwer (losbl. en online bijgewerkt tot september 2014)

Huizink 2016, GS Rechtspersonen

J.B. Huizink, *Groene Serie Rechtspersonen*, Aantekeningen bij artt. 2:9, 2:240 en 2:248 BW, Deventer: Kluwer (losbl. en online bijgewerkt tot februari 2016)

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

IJzermans 2016

M.G. IJzermans, 'Legitimiteit door de dialoog in de rechtzaal', *RM Themis* 2016/1, p. 18

Jansen 2012

K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (Recht en Praktijk nr. CA5), Deventer: Kluwer 2012

Jansen 2014, GS Onrechtmatige daad

K.J.O. Jansen, *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Aantekeningen bij art. 6:162 BW, Deventer: Kluwer (losbl. en online bijgewerkt tot juli 2014)

De Jongh 2011

J.M. de Jongh, 'Enkele gedachten over bestuurdersaansprakelijkheid', in: J.B. Huizink e.d. (red.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland? Bestuurstaak, bestuursverantwoordelijkheid en bestuurdersaansprakelijkheid volgens het nieuwe artikel 2:9 BW*, Deventer: Kluwer 2011

Karapetian 2015a

A. Karapetian, 'Bestuurdersaansprakelijkheid na Van de Riet/Hoffmann: over hoe het is, hoe het was en zou moeten zijn', *WPNR* 2015/7052, p. 209-220

Karapetian 2015b

Karapetian, 'RCI Financial Services/Kastrop & mededelingsplichten van de bestuurder van een vennootschap: hoe het strafrecht ons een handje helpt', *TvI* 2015/51, Afl. 6, p. 336 e.v.

Kemp 2015

B. Kemp, *Aandeelhoudersverantwoordelijkheid: De positie en rol van de aandeelhouder en aandeelhoudersvergadering* (Serie Van der Heijden Instituut, nr. 129), Deventer: Kluwer 2015

Kist & Visser 1914

J.G. Kist en L.E. Visser, *Beginnelsen van Handelsrecht volgens de Nederlandsche Wet* (Derde Deel), 's-Gravenhage: Boekh. vh Gebr. Belinfante 1914

Kist & Visser 1929

J.G. Kist en D.L.E. Visser, *Beginnelsen van handelsrecht volgens de Nederlandsche wet. De Naamlooze vennootschap volgens de wet van 2 juli 1928, Stb. No 216* (Supplement op Deel III), 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante (N.V.) 1929

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Klaassen 2000

C.J.M. Klaassen, 'Schadeveroorzakend handelen in functie...Diverse wegen leiden naar de werkgever', in: S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), *Serie Onderneming en Recht deel 20*, Deventer: Tjeenk Willink 2000

De Kluiver 2013

H.-J. de Kluiver, Kroniek van het Ondernemingsrecht, *NJB* 2013/789, afl. 15, p. 997-998

Knigge & Van der Veen 2013

A. Knigge en A.W. van der Veen, 'Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2012', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2012-2013*, Deventer: Kluwer 2013, p. 35-62

Kortmann 1991

S.C.J.J. Kortmann, *Aansprakelijkheid en draagplicht van bestuurders, commissarissen en accountants; verzekeringsaspecten* (Serie Van der Heijden Instituut, nr. 37), Deventer: Kluwer 1991

Kortmann 2005

C.A.J.M. Kortmann, 'De rechtsvormende taak van de Hoge Raad', *Trema* 2005/6, p. 250-252.

Kortmann 2008

C.A.J.M. Kortmann, 'De rechtsvormende taak van de Hoge Raad', in: W.M.T. Keukens en M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), *Raad & Daad, Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 31-37

Kortmann 2009a

C.A.J.M. Kortmann, *Staatsrecht en raison d'Etat*, Deventer: Kluwer 2009

Kortmann 2009b

C.A.J.M. Kortmann, 'De taak van de rechter. Reactie op 'Rechtsvorming door de rechter is onvermijdelijk' van A. Hammerstein en 'Een "rechtsvormende taak" van de rechter? Een kritische noot' van C. Schutte', *AA* 2009, afl. 11, p. 765-766

Kortmann 2013

J.S. Kortmann, 'De bewuste wetsovertreding; geen onbehoorlijk bestuur?', *Ondernemingsrecht* 2013/84

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Kortmann & Faber 1996

S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, 'Bestuurdersaansprakelijkheid en faillissement, Enige beschouwingen omtrent het rechtskarakter van de art. 2:138 en 2:248 BW', *WPNR* 1996/6249, p. 899-906

Kraaiipoel 2015

B.I. Kraaiipoel, 'De Spaanse Villa, een fata morgana', *Bb* 2015/2

Kroeze 2005

M.J. Kroeze, *Bange Bestuurders* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005, p. 16, 20

Kroeze 2007

M.J. Kroeze, 'Collectieve schadevergoedingsacties van aandeelhouders', in: H. Beckman, L. Timmerman, J. Wezeman e.a. (red.), *De nieuwe macht van de kapitaalverschaffer* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 57), Deventer: Kluwer 2007

Kroeze 2013

M.J. Kroeze, 'Bestuurdersaansprakelijkheid of eigen onrechtmatige daad. Maatstaf voor aansprakelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2013/47, p. 243-246

Kroeze 2014

M.J. Kroeze, noot bij HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 21 (*Hezemans Air*)

Kroeze, Timmerman & Wezeman 2007

M.J. Kroeze, L. Timmerman en J.B. Wezeman, *De kern van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2007

Kroeze & Wezeman 2016

M.J. Kroeze en J.B. Wezeman, 'Over art. 2:11 BW, matroesjkapoppetjes en de aansprakelijkheid van de beleidsbepaler', in: C.D.J. Bulten, A.F.J.A. Leijten, J. Fleming e.a. (red.), *Marius geannoteerd – Opstellen aangeboden aan Mr. M.W. Josephus Jitta* (Serie Van der Heijden Instituut, nr. 133), Deventer: Kluwer 2016, p. 219-232

Kuhn 1962

T.S. Kuhn, *The structure of scientific revolutions* (International encyclopedia of unified science vol. 2, no. 2), Chicago, IL: University of Chicago Press 1962

Lennarts 1998

M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid* (diss. Groningen; Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 32), Deventer: Kluwer 1998

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Lennarts 2011

M.L. Lennarts, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders bij stichtingen', in: *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: SDU Uitgevers 2011, p. 136 e.v.

Lennarts 2015, T&C Boek 2 BW

M.L. Lennarts, Commentaar op art. 2:244 lid 4 BW, in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, Boeken 1 en 2*, Deventer: Kluwer 2015, p. 1471

Lennarts & Roest 2015, T&C Boek 2 BW

M.L. Lennarts en J. Roest, Commentaar op art. 2:2 BW, in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, Boeken 1 en 2*, Deventer: Kluwer 2015, p. 858

Loeff 1973

J.J. Loeff, 'Enkele opmerkingen aangaande de verhouding van taal en recht', in: J.F. Glastra van Loon, R.A.V. van Haersolte, J.M. Polak (red.), *Speculum Langemeijer, 31 rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 303 e.v.

Loth 1982

M.A. Loth, 'Recht, taal en logica', *AA* 31 (1982) 4

Loth 1991

M.A. Loth, *Recht en taal. Een kleine methodologie*, Arnhem: Gouda Quint 1991

Loth 2001

M.A. Loth, *Recht in drievoud. Enkele gedachten over recht, norm en rechtsvinding*, Deventer: Kluwer 2001

Loth 2005

M.A. Loth, 'Oordelen op tegenspraak. Over de rationaliteit van het rechterlijk oordeel', *R&R* 2005/1

Loth 2014

M.A. Loth, 'Hoe raar zijn die juristen eigenlijk?', *NJB* 2014/272

Löwensteyn 1983

F.J.W. Löwensteyn, 'De positie van het bestuur in de tweede golf', *TvvS* 1983, nr. 83/6, p. 173-19

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Maeijer 2000

J.M.M. Maeijer, noot bij HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 295 (*New Holland Belgium/Oosterhof*)

Martens 2000

S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *NJB* 2000, afl. 14, p. 747-758

Mendel & Oostwouder 2013

M.M. Mendel en W.J. Oostwouder, 'Het vennootschappelijk belang na recente uitspraken van de Hoge Raad', *NJB* 2013/1776

De Meij 2013

J. de Meij, 'Zij aan zij aansprakelijk: wanneer verliest de bestuurder zijn vennootschappelijke bescherming?', *V&O* 2013, afl. 1, p. 1-4

Morse 2015

G. Morse, *Palmer's Company law, Part 8, Chapter 8.22, Director's personal liability to third parties for the Company's wrongs; Liability in respect of torts*, Sweet & Maxwell, 2015, par. 8.2201-8.2224

Mortimor 2013

S. Mortimor, *Company Directors: Duties, Liabilities and Remedies, Liabilities of directors to third parties*, Oxford University Press, 2013, p. 570-579

Mussche 2011

M. Mussche, *Vertrouwen op informatie bij bestuurlijke taakvervulling* (diss. Rotterdam; Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 83), Deventer: Kluwer 2011

Olden 2013a

P.D. Olden, 'Toerekening of afrekening', *Ondernemingsrecht* 2013/1

Olden 2013b

P.D. Olden, 'Voordracht ondernemingsrecht diner', *Ondernemingsrecht* 2013/81

Olden 2015

P.D. Olden, 'Koester de maatstaf "ernstig verwijt": beter hebben we niet', *Ondernemingsrecht* 2015/70, afl. 11, p. 367

Oldenhuis, GS Onrechtmatige daad 2016

F.T. Oldenhuis, *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Aantekeningen bij art. 6:170 BW, Deventer: Kluwer (losbl. en online bijgewerkt tot september 2016)

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Overes 2015

C.H.C. Overes, 'Aansprakelijkheid van stichtingsbestuurders; bestuurders opgelet!', *Ondernemingsrecht* 2015/103, afl. 15, p. 518, 522

Pitlo/Gerver 1995

P.H.M. Gerver e.a., *Pitlo. Het systeem van het Nederlandse privaatrecht*, Gouda Quint: Arnhem 1995

Pitlo/Löwensteyn 1986

F.J.W. Löwensteyn, *Pitlo. Rechtspersonenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986

Pitlo/Löwensteyn & Raaijmakers 1994

F.J.W. Löwensteyn en M.J.G.C. Raaijmakers, *Pitlo. Rechtspersonenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1994

Petrin 2012

M. Petrin, 'The Curious Case of Directors' and Officers' Liability for Supervision and Management: Exploring the Intersection of Corporate and Tort Law', in: *American University Law Review* 59, no. 6 (August 2012): 1661-1711, <http://digitalcommons.wcl.american.edu/aulr/vol59/iss6/3/>

Pham 2017

N.T. Pham, *Directors' liability. A legal and empirical study* (diss. Rotterdam; Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 101), Deventer: Wolters Kluwer 2017

Potjewijd 2003

G.H. Potjewijd, 'Vrijwaring voor bestuurders en commissarissen', *Ondernemingsrecht* 2003/16

Polak 1973

J.M. Polak, 'De conclusies van Langemeijer', in: J.F. Glastra van Loon, R.A.V. van Haersolte, J.M. Polak (red.), *Speculum Langemeijer, 31 rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 409 e.v.

Raaijmakers 2013

M.J.G.C. Raaijmakers, 'Costa Blanca: 'Directe aansprakelijkheid bestuurder buiten BV om'', *AA* 2013, p. 125-128

Reehuis, Slob & Van Zeben 1990, PG Boek 3 BW

W.H.M. Reehuis en E.E. Slob in C.J. Van Zeben, J.W. du Pon (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken, 3, 5 en 6, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Roest 2016

J. Roest, noot bij Rb. 's-Gravenhage 16 september 2015, *JOR* 2016/3

Sanders/Westbroek/Buijn/Storm 1994, BV en NV

F.K. Buijn en P.M. Storm, *P. Sanders – W. Westbroek. BV en NV*, Deventer: Kluwer 1994

Sanders/Westbroek/Buijn/Storm 1998, BV en NV

F.K. Buijn en P.M. Storm, *P. Sanders – W. Westbroek. BV en NV*, Deventer: Kluwer 1998

Sanders/Westbroek/Buijn/Storm 2005, BV en NV

F.K. Buijn en P.M. Storm, *P. Sanders – W. Westbroek. BV en NV*, Deventer: Kluwer 2005

Schoordijk 2008

H.C.F. Schoordijk, 'Het recht is het resultaat van keuze van rechtspolitiek', *NJB* 2008/678

Schild 2015

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

Schild & Timmerman 2014

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

Van Schilfgaarde 1986

P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen, Commentaar op de tweede en de derde misbruikwet* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 3), Deventer: Kluwer 1986

Van Schilfgaarde 1987

P. van Schilfgaarde, 'De interne aansprakelijkheid van bestuurders', in: I.P. Asscher-Vonk e.a. (red.), *Schetsen voor Bakels, Opstellen aangeboden aan Prof. H.L. Bakels ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar sociaal recht aan de Rijksuniversiteit te Groningen*, Deventer: Kluwer 1987, p. 267-282

Van Schilfgaarde 1998, Van de BV en de NV

P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 1998

Van Schilfgaarde 2006

Noot bij HR 30 september 2005, *NJ* 2006, 312 (*Ontvanger/S.*)

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Van Schilfgaarde 2010

P. van Schilfgaarde, 'De medebeleidsbepaler in het ondernemingsrecht', in: K.M. van Hassel en M.P. Nieuwe Weme (red.), *Willems' wegen*, Deventer: Kluwer 2010, p. 321-324

Van Schilfgaarde & Winter 2003, Van de BV en de NV

P. Van Schilfgaarde en J. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2003

Van Schilfgaarde, Winter & Wezeman 2013, Van de BV en de NV

P. Van Schilfgaarde, J. Winter & J.B. Wezeman, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2013

Schutte 2009

C. Schutte, 'De Rechtsvormende taak van de rechter? Een kritische noot', *AA* 2009, afl. 10, p. 676-680

Sinninghe Damsté 2013

M.H.C. Sinninghe Damsté, 'Spaanse Villa's (HR 23 november 2012, LJN BX 5881). Externe bestuurdersaansprakelijkheid versus onrechtmatige daad', *TOP* 2013, afl. 1, p. 32-36

Slagter 1993, Compendium Ondernemingsrecht

W.J. Slagter, *Compendium voor het Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 1993

Slagter 2005, Compendium Ondernemingsrecht

W.J. Slagter, *Compendium voor het Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2005

Smith 2009

C. Smith, 'Het normatieve karakter van de rechtswetenschap; recht als oordeel', *R&R* 2009 (38), 3, p. 202-225

Spier & Bolt 1996

J. Spier en A.T. Bolt, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Deventer: Tjeenk Willink 1996

Stolp 2013

M. Stolp, 'Enkele belangrijke aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW belicht', *NJB* 2013/1344, afl. 22, p. 1440-1447

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Strik 2010

D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid. Een maatpak voor de Board Room* (diss. Rotterdam; Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 73), Deventer: Kluwer 2010

Taekema, Gaakeer & Loth 2015

H.S. Taekema, A.M.P. Gaakeer, M.A. Loth, *Recht in Context. Een inleiding tot de rechtswetenschap*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015

Tak 1994

P.J.P. Tak, *Rechtsvorming in Nederland. Een inleiding*, Heerlen: Samson H.D. Tjeenk Willink/Open Universiteit 1994

Timmerman 1991a

L. Timmerman, 'Waarom hebben wij dwingend vennootschapsrecht?', in: L. Timmerman e.a. (red.), *Ondernemingsrechtelijke contracten* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 14), Deventer: Kluwer 1991

Timmerman 1991b

L. Timmerman, 'Aansprakelijkheid van bestuurders van N.V.'s en B.V.'s; een overzicht van enige recente rechtspraak', *TvvS* 1991, nr. 91/8, p. 197-202.

Timmerman 2000

L. Timmerman, noot bij HR 18 februari 2000 (*New Holland Belgium/Oosterhof*), *Ondernemingsrecht* 2000, 19

Timmerman 2003a

L. Timmerman, 'Kroniek van het vennootschapsrecht', *NJB* 2003, afl. 31, p. 1633-1639

Timmerman 2003b

L. Timmerman, 'Toetsing van ondernemingsbeleid door de rechter, mede in rechtsvergelijkend perspectief. Over het onderscheid tussen gedragsnormen en toetsingsnormen', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 555

Timmerman 2006

L. Timmerman, 'Impliceert beperkte toetsing door de rechter ook beperkte verantwoordelijkheid?', *Ondernemingsrecht* 2006/101

Timmerman 2009a

L. Timmerman, 'Grondslagen van geldend ondernemingsrecht' (oratie Rotterdam), *Ondernemingsrecht* 2009/2

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Timmerman 2009b

L. Timmerman, 'Naar geïntegreerde bestuurdersaansprakelijkheid?', in P. Essers, G. Raaijmakers en G van der Sangen e.a. (red.), *Met Recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 483-486

Timmerman 2009c

L. Timmerman, 'Hoe kan uitvoering worden gegeven aan rechtsvorming door de rechter', in: G.J.M. Corstens e.a. (red.), *De Positie van de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 27-36

Timmerman 2011

L. Timmerman, 'Verband tussen samenwerking en rechtspersoon', in: L. Timmerman e.a. (red.), *Samenwerken in het ondernemingsrecht* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 80), Deventer: Kluwer 2011

Timmerman 2013

L. Timmerman, 'Structuur en gedragsnorm in de ondernemingsrechtspraak van de Hoge Raad', *WPNR* 2013/6969, p. 245-248

Timmerman 2016

L. Timmerman, 'Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid', *WPNR* 2016/7105, p. 324-330

Tjittes 2001

R.P.J.L. Tjittes, *Toerekening van kennis*, Deventer: Kluwer 2001

Tuil 2015

M.L. Tuil, '(Geen) aansprakelijkheid bij onjuiste gegevensverschaffing bij zekerheidsverlening – Een rol voor 'dwalingsaansprakelijkheid' na HR 5 augustus 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, *NJ* 2015/22 (*RCI/X*)?', *MvV* 2015/2, p. 60-66

De Valk 2009

S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevenden* (diss. Groningen; Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 63), Deventer: Kluwer 2009

Van Veen 2011

W.J.M. van Veen, *Boek 2 BW, statuten en aandeelhoudersovereenkomsten – stand van zaken en blik vooruit*, Deventer: Kluwer 2011

Van Veen 2016

W.J.M. van Veen, 'Ontwikkelingen jurisprudentie Hoge Raad ondernemingsrecht', *WPNR* 2016/7102, p. 265-282

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Van der Ven 1973

J.J. van der Ven, 'Rechtspreken, Aantekeningen over recht en taal', in: J.F. Glastra van Loon, R.A.V. van Haersolte, J.M. Polak (red.), *Speculum Langemeijer, 31 rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 501 e.v.

Verbunt & Van den Heuvel 2007

B.E.L.J.C. Verbunt en R.F. van den Heuvel, 'De rol van toerekening van wetenschap bij aansprakelijkheid voor zuiver nalaten in het rechtspersonenrecht', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten, en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2006-2007*, Deventer: Kluwer 2007, p. 211-230

Verdam 2013

A.F. Verdam, 'Van collegiaal bestuur, bestuursbesluiten, aantastbaarheid en delegatie, en het besluit van een bestuurslid onder het nieuwe artikel 2:129a lid 3', *Ondernemingsrecht* 2013/102

Verlinde 2016

E.P. Verlinde, *Emergent Gravity and the Dark Universe*, Cornell University Library, 8 November 2016, <https://arxiv.org/abs/1611.02269>

Verstijlen 2013

F.M.J. Verstijlen, 'Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid', *NJB* 2013/551, afl. 11, p. 664-670

Verstijlen 2015

F.M.J. Verstijlen, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in het gemene recht', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten, en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015*, Deventer: Kluwer 2015, p. 323-348

Van der Vlis 1994

P. van der Vlis, 'Interne aansprakelijkheid van bestuurders: de functies van art. 2:9 BW', *TVVS* 1994/157

Van Wechem 2013

E. van Wechem, *Kroniek vermogensrecht*, *NJB* 2013/785, afl. 15, p. 954-955

Westenbroek 2014

W.A. Westenbroek, 'De beleidsbepaler van artikel 2:138/248 lid 7 BW onder de loep genomen', *Ondernemingsrecht* 2014/119, afl. 14, p. 601 e.v.

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Westenbroek 2015a

W.A. Westenbroek, noot bij Hof 's-Hertogenbosch 12 augustus 2014, *JOR* 2015/2

Westenbroek 2015b

W.A. Westenbroek, 'Metaalmoetheid na 88 jaar 'externe' bestuurdersaansprakelijkheid en Spaanse Villa, het is tijd voor herbezinning: laat de ernstig verwijt maatstaf los', *Ondernemingsrecht* 2015/69, afl. 11, p. 353-366

Westenbroek 2016a

W.A. Westenbroek, 'Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening', *Ondernemingsrecht* 2016/24, afl. 3, p. 112-121

Westenbroek 2016b

W.A. Westenbroek, 'Bestuurdersaansprakelijkheid: Hoe iets is en hoe iets behoort te zijn. Naschrift naar aanleiding van de reactie van Mr. drs. J. van Bakkum op Ondernemingsrecht 2016/24', *Ondernemingsrecht* 2016/99, p. 487-489

Westenbroek 2016c

W.A. Westenbroek, 'Artikel 2:9 BW en de ernstig verwijt maatstaf bij bestuurdersaansprakelijkheid', *RM Themis* 2016/4, p. 175-192

Westenbroek 2017a

W.A. Westenbroek, 'De schaduwzijde van de ontwikkeling in het rechtspersonenrecht: de 'ernstig verwijt'-maatstaf en 'externe werknemersaansprakelijkheid'', *WPNR* 2017/7144, p. 276-286

Westenbroek 2017b

W.A. Westenbroek. 'Vrijtekening', in: B.F. Assink e.a. (red.), *De Vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders', Opstellen voor Prof. mr. M.J. Kroeze vanwege zijn toetreden als raadsheer tot de civiele kamer van de Hoge Raad der Nederlanden per 1 september 2016* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 104), Deventer: Kluwer 2017, p. 403-413

Wezeman 1998

J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders* (diss. Groningen; Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 29), Deventer: Kluwer 1998

Wezeman 2004

J.B. Wezeman, 'Ernstig verwijtbaar handelende bestuurders van NV's en BV's', in: K.F. Haak en F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, SI-EUR-reeks, deel 36, Kluwer: Erasmus Universiteit Rotterdam 2004

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Wezeman 2007

J.B. Wezeman, noot bij HR 8 december 2006 (*Ontvanger/Roelofsen*) in *Ondernemingsrecht* 2007, 36

Wezeman 2010

J.B. Wezeman, 'Persoonlijke aansprakelijkheid van uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders', in: M.J. Kroeze e.a. (red.), *Bestuur en toezicht* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 67), Deventer: Kluwer 2010

Willems 2013

J.H.M. Willems, 'De barbier van Sevilla: uitdijende bestuurdersaansprakelijkheid volgens Paul Olden', *Ondernemingsrecht* 2013/82

Van Zanten & Assink 2009

T.T. van Zanten en B.F. Assink, 'Art. 2:9 BW in faillissement: tijd voor herwaardering!', *TvI* 2008/4, p. 165-167

Van Zeben, Pon & Olthoff 1981, PG Boek 6 BW

C.J. Van Zeben, J.W. du Pon, M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen Gedeelte van het Verbin-*
tenissenrecht, Deventer: Kluwer 1981

Van Zeben, Belifante & Van Ewijk 1962, PG Boek 2 BW

C.J. Van Zeben, W.G. Belifante, O.W. van Ewijk, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 2. Algemene Bepalingen*, Deventer-Antwerpen: Kluwer 1962

Geraadpleegde wetsgeschiedenis en wetten

Kamerstukken II 1963/64, 7729, nr. 2 (Ontwerp van Wet), p. 22

Kamerstukken II 1969/70, 10 377, nr. 3 (MvT), p. 11

Kamerstukken II 1970/71, 3770, nr. 5 (MvA), p. 254

Kamerstukken II 1975/76, 7729, nr. 6 (MvA), p. 169

Kamerstukken II 1975/76, 7729, nr. 8 (Gewijzigd Ontwerp van Wet), p. 28

Kamerstukken II 1980/81, 16 631, nrs. 1-2 (Ontwerp van Wet), p. 2

Kamerstukken II 1980/81, 16 631, nr. 3 (MvT), p. 3, 4 en 5

Kamerstukken II 1981/82, 16 631, nr. 5 (Voorlopig Verslag), p. 10, 11

Kamerstukken II 1982/83, 17 725, nr. 3 (MvT), p. 57

Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6 (MvA), p. 3 t/m 5, 13 t/m 15, 18 t/m 22, 25, 28, 32, 33, 36, 37

Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 9 (Nota naar aanleiding van het eindverslag), p. 2, 14, 22

Kamerstukken I 1985/86, 16 631, nr. 27b (MvA), p. 3 t/m 6, 14, 15, 22, 27

Kamerstukken II 1987/88, 17 896, nr. 8 (MvA), p. 27-28

Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3 (MvT), p. 94-95

Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT), p. 3-5, 7-10, 17

Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 4 en 6

Kamerstukken I 2010/11, 31 763, nr. c (MvA), p. 1, 5, 6, 15, 16, 23

Kamerstukken II 2010/11, 32 576, nr. 3 (MvT), p. 1

GERAADPLEEGBE WETSGESCHIEDENIS EN WETTEN

Kamerstukken II 2012/13, 28 479, nr. 68 (Brief aan de Tweede Kamer van 13 september 2013)

Kamerstukken II 2012-2013, 33750 VI, nr. 31 (Brief aan de Tweede Kamer van 12 november 2013)

Kamerstukken II 2015/16, 34 491, nr. 2 (Voorstel van Wet bestuur en toezicht rechtspersonen)

Kamerstukken II 2015/16, 34 491, nr. 3 (MvT), p. 1, 3, 16, 17, 19

Kamerstukken II 2015/16, 34 491, nr. 4 (Advies Raad van State en Nader Rapport), p. 2, 3, 4, 7 en 8

Kamerstukken II 2015/16, 34 491, nr. 5 (Verslag), p. 2, 3, 4 en 6

Handelingen II 29 augustus 1985, p. 6344

Handelingen I 2010/11, 31 763, nr. 28, item 4, p. 26.

Wet van 2 juli 1928, Stb. 216

Wet van 12 mei 1960, Stb. 205

Wet van 20 juli 1967, Stb. 396.

Wet van 8 april 1976, Stb. 228

Wet van 16 mei 1986, Stb. 275 (de Derde Misbruikwet)

Wet van 21 mei 1986, Stb. 276 (de Tweede Misbruikwet)

Wet van 28 december 1989, Stb. 616

Wet van 22 november 1991, Stb. 600

Wet van 6 juni 1996, Stb. 406

Wet van 6 juni 2011, Stb. 275

Voorontwerp Insolventiewet 1 november 2007, Commissie Insolventierecht 2007

GERAADPLEEGDE WETSGESCHIEDENIS EN WETTEN

Ambtelijk voorontwerp van het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen, 6 februari 2014, <http://www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>.

Nederlandse Corporate Governance Code 2008

Nederlandse Corporate Governance Code 2016

Delaware Code, Title 6, Commerce and Trade, Subtitle II, Other Laws Relating to Commerce and Trade, Chapter 18. Limited Liability Company Act, Subchapter III. Members, §§ 18-303, <http://delcode.delaware.gov/title6/c018/sc03/>

Belgisch Burgerlijk Wetboek, art. 1382-1383, <http://www.belgischrecht.be/codex.asp>

Belgisch Wetboek van Vennootschappen, art. 262, 263, 332, 527-529, 633, <http://www.belgischrecht.be/codex.asp>

Rechtspraakregister

Nederland

Hoge Raad

HR 25 februari 1916, <i>NJ</i> 1916, 497	10.4.4
HR 26 maart 1920, <i>NJ</i> 1920, 476 (<i>Curiël/Suriname</i>)	10.4.4
HR 6 januari 1921, <i>NJ</i> 1921, 310 (<i>Staat/Baeck</i>)	10.4.4
HR 25 november 1927, <i>NJ</i> 1928, 364 m.nt. Scholten (<i>Kretzschmar/Mendes de Leon</i>)	9.2.1, 10.2.5, 10.3, 12.2.4
HR 21 mei 1937, <i>NJ</i> 1937, 638 (<i>Timmer/Staat en Van der Palm</i>)	10.4.4
HR 23 februari 1954, <i>NJ</i> 1954, 378 (<i>IJzerdraad</i>)	10.4.4
HR 10 juni 1955, <i>NJ</i> 1955, 552 (<i>Het Noorden/NHL</i>)	10.4.4
HR 26 juni 1959, <i>NJ</i> 1959, 551 m.nt. L.E.H. Rutten (<i>De Bont-Zuidooster</i>)	4.3
HR 31 januari 1958, <i>NJ</i> 1958, 251 (<i>Van Dullemen/Sala</i>)	9.2.2, 9.3.2, 10.2.1, 10.2.5, 10.2.6, 10.11, 12.3.3, 12.3.5, 13
HR 13 juni 1958, <i>NJ</i> 1958, 352	2.2
HR 8 januari 1960, <i>NJ</i> 1960, 127 m.nt. L.E.H. Rutten	2.2
HR 24 januari 1964, <i>NJ</i> 1964, 465 m.nt. G.J. Scholten	2.2
HR 27 juni 1975, <i>NJ</i> 1976, 81 m.nt. G.J. Scholten (<i>Schenkelaars Muziekinstrumentenfabriek</i>)	1.2.1, 5.2.2, 4.2
HR 4 februari 1977, <i>NJ</i> 1977, 278 m.nt. G.J. Scholten (<i>Gerritsen/Zwaan</i>)	10.5.5, 12.5
HR 6 april 1979, <i>NJ</i> 1980, 34 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>Kleuterschool Babbel</i>)	10.4.2, 10.4.4, 10.4.5, 10.4.7, 10.4.8, 10.5.4
HR 2 november 1979, <i>NJ</i> 1980, 77 (<i>Versluis/Ziekenzorg</i>)	10.5.5
HR 20 juni 1980, <i>NJ</i> 1980, 622 (<i>PLEM/PSP</i>)	10.4.4
HR 25 september 1981, <i>NJ</i> 1982, 443 m.nt. J.M.M. Maeijer (<i>OSBY/LVM</i>)	10.3

RECHTSPRAAKREGISTER

HR 2 april 1982, <i>NJ</i> 1983, 367 m.nt. C.J.H. Brunner (<i>Smael/Moszkovicz</i>)	10.5.5
HR 3 november 1982, <i>NJ</i> 1983, 510 m.nt. J.M.M. Maeijer en Th.W. van Veen	10.4.7
HR 17 december 1982, <i>NJ</i> 1983/480 m.nt. J.M.M. Maeijer (<i>Bibolini</i>)	3.7.5
HR 4 februari 1983, <i>NJ</i> 1983, 543 m.nt. P.A. Stein (<i>Debrot</i>)	4.2, 4.3, 4.4.3, 4.4.4, 4.5.3, 5.2.1, 5.2.2, 5.3.1, 5.3.5, 5.7
HR 22 november 1985, <i>NJ</i> 1986, 722 m.nt. M. van Scheltema (<i>V&D/Groningen</i>)	10.4.4
HR 9 mei 1986, <i>NJ</i> 1986, 792 m.nt. W.C.L. van der Grinten (<i>Keulen/BLG</i>)	10.3
HR 16 mei 1986, <i>NJ</i> 1986, 638	10.4.4
HR 9 januari 1987, <i>NJ</i> 1987, 948 m.nt. P.A. Stein	4.2, 5.2.2
HR 30 januari 1987, <i>NJ</i> 1988, 89 m.nt. M. van Scheltema (<i>Blaricum Roozen</i>)	10.4.4
HR 6 maart 1987, <i>NJ</i> 1987, 533	4.2, 5.2.2
HR 3 april 1987, <i>NJ</i> 1987, 606	4.3, 5.2.2
HR 19 februari 1988, <i>NJ</i> 1988, 487 m.nt. W.C.L. van der Grinten (<i>Albada Jelgersma</i>)	10.3
HR 4 november 1988, <i>NJ</i> 1989, 244 m.nt. M.M. Mendel (<i>Shell-Van Doorn</i>)	10.2.3, 10.5.5
HR 27 januari 1989, <i>NJ</i> 1989, 816 m.nt. M.M. Mendel	10.4.4
HR 6 oktober 1989, <i>NJ</i> 1990, 286 m.nt. J.M.M. Maeijer (<i>Beklamel</i>)	1.2.4, 5.3.1, 5.6, 9.2.1, 9.3.1, 9.3.2, 9.4.1, 9.4.3, 10.2.5, 10.2.6, 10.3, 10.5.4, 10.5.5, 10.8, 10.9, 10.10, 10.11, 11.4, 11.6, 12.2.4, 12.2.6, 12.3.5, 12.4.4, 12.5, 13
HR 10 januari 1990, <i>NJ</i> 1990, 466 m.nt. J.M.M. Maeijer (<i>Ogem</i>)	3.7.7
HR 2 februari 1990, <i>NJ</i> 1990, 384 (<i>Garage Cordia/Aruba</i>)	10.4.4
HR 28 september 1990, <i>NJ</i> 1991, 473	10.5.5
HR 9 november 1990, <i>NJ</i> 1991, 26	5.3.4, 10.5.5

RECHTSPRAAKREGISTER

HR 7 december 1990, <i>NJ</i> 1991, 474 m.nt. E.A.A. Luijten (<i>SHV/Nauta</i>)	10.5.5
HR 22 maart 1991, <i>NJ</i> 1991, 420	4.2, 5.2.2
HR 11 oktober 1991, <i>NJ</i> 1993, 165 m.nt. C.J.H. Brunner, G.J.M. Corsten (<i>Staat en Van Hilten/M</i>)	10.3, 10.4.2, 10.4.4, 10.4.5
HR 1 november 1991, <i>NJ</i> 1992, 32	4.3
HR 8 november 1991, <i>NJ</i> 1992, 174 m.nt. J.M.M. Maeijer (<i>Nimox/Van den End</i>)	10.3
HR 14 januari 1992, <i>NJ</i> 1992, 413 m.nt. A.C. 't Hart	10.4.7
HR 27 maart 1992, <i>NJ</i> 1992, 496 m.nt. P.A. Stein (<i>Buigcentrale Nederveen</i>)	4.2, 5.2.2
HR 3 april 1992, <i>NJ</i> 1992, 411 m.nt. J.M.M. Maeijer (<i>Van Waning/Van der Vliet</i>)	9.2.2, 10.2.6, 10.11, 12.3.5
HR 19 maart 1993, <i>NJ</i> 1994, 92 m.nt. E.A.A. Luijten (<i>Nederrijn/De Leij</i>)	10.5.4
HR 24 september 1993, <i>NJ</i> 1994, 227 m.nt. H.E. Ras	5.3.4
HR 26 januari 1994, <i>NJ</i> 1994, 545 m.nt. J.M.M. Maeijer (<i>Heuga</i>)	10.4.7
HR 2 september 1994, <i>NJ</i> 1995, 660 m.nt. R.A. Morzer Bruyns	10.4.4
HR 2 december 1994, <i>NJ</i> 1995, 288 m.nt. J.M.M. Maeijer (<i>Poot/ABP</i>)	10.4.3, 10.6.2
HR 23 december 1994, <i>NJ</i> 1996, 627 (<i>Gerritse c.s./V</i>)	10.5.5
HR 9 juni 1995, <i>NJ</i> 1996, 213 (<i>Citco</i>)	10.4.7
HR 3 november 1995, <i>NJ</i> 1996, 215 m.nt. J.M.M. Maeijer (<i>Roco/Staat</i>)	10.4.7
HR 23 februari 1996, <i>NJ</i> 1996, 395 (<i>Meijburg/Hazewinkel</i>)	10.5.5
HR 19 april 1996, <i>NJ</i> 1996, 727 m.nt. W.M. Kleijn	10.5.5
HR 10 mei 1996, <i>NJ</i> 1996, 669 m.nt. P.A. Stein (<i>Roebbers/Van de Ven</i>)	5.3.1
HR 7 juni 1996, <i>NJ</i> 1996, 695 m.nt. J.M.M. Maeijer en <i>JOR</i> 1996/69 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (<i>Ontvanger/Van Zoolingen</i>)	3.7.7, 5.3.8, 10.7

RECHTSPRAAKREGISTER

HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt.

J.M.M. Maeijer en *JOR* 1997/29

(*Staleman/Van de Ven*)

1.2.1, 1.2.3, 1.2.4,
1.4, 1.5, 2.4.1, 3.2,
3.6.4, 3.7.7, 4, 4.3,
4.4, 4.4.1, 4.4.2,
4.4.3, 4.4.4, 4.5,
4.5.1, 4.5.2, 4.5.3,
5, 5.1, 5.2.2, 5.3.2,
5.3.4, 5.3.5, 5.3.6,
5.3.7, 5.3.8, 5.3.10,
5.4, 5.6, 6.2, 7, 8,
9.3.1, 10.1, 10.2.1,
10.2.2, 10.8, 11, 13

HR 31 januari 1997, *NJ* 1998, 704 m.nt.

C.J.H. Brunner (*De Slingerij/Groningen*)

10.5.5

HR 28 maart 1997, *NJ* 1997, 582 m.nt. J.M.M. Maeijer

10.8

HR 28 april 1997, *JOR* 1997/47 m.nt. S.C.J.J. Kortmann

10.4.4

HR 23 mei 1997, *NJ* 1998, 192 m.nt. C.J. van Zebe

5.3.4

HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 270 m.nt.

J.M.M. Maeijer (*Henkel/JMG*)

9.3.1, 10.2.1, 10.3

HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 440 m.nt. P.A. Stein

(*Godfried/Tribulet*)

5.3.1

HR 15 mei 1998, *NJ* 1998, 625

(*Van Rooij/Erven Van der Sluijs*)

10.2.6

HR 29 mei 1998, *NJ* 1999, 287 m.nt. W.M. Kleijn

5.3.4

HR 12 juni 1998, *NJ* 1998, 727 m.nt.

P. van Schilfgaarde (*Coral Stalt*)

10.3

HR 4 september 1998, *NJ* 1998, 828

5.3.4

HR 11 juni 1999, *NJ* 1999, 586 en *JOR* 1999/146

(*Van Dooren q.q./Hendriks*)

4.5.1, 5.6, 6.3

HR 25 juni 1999, *NJ* 2000, 33 m.nt.

P.A. Stein (*Vriescel*)

10.4.7, 10.5.4

HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 6 en *JOR* 2000/11

m.nt. C.H. Jansen (*Prickartz*)

4.5.1, 5.3.1, 5.6,
6.4

HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 295 m.nt.

J.M.M. Maeijer (*New Holland Belgium/Oosterhof*)

9.3.2, 10.1, 10.2.1,
10.2.2, 10.2.5,
10.2.6, 10.11

HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 411 en *JOR* 2000/128

(*Montedison*)

11.1

HR 9 juni 2000, *NJ* 2000, 460

5.3.4, 10.5.5

RECHTSPRAAKREGISTER

HR 13 oktober 2000, <i>NJ</i> 2000, 698 m.nt. J.M.M. Maeijer en <i>JOR</i> 2000/238 (<i>Rainbow/Ontvanger</i>)	10.4.7
HR 20 oktober 2000, <i>NJ</i> 2001, 118 m.nt. A.R. Bloembergen (<i>Gemeente Eindhoven/Xerox</i>)	10.4.4
HR 2 februari 2001, <i>NJ</i> 2002, 379 m.nt. H.J. Snijders	5.3.4
HR 8 juni 2001, <i>NJ</i> 2001, 454 en <i>JOR</i> 2001/171 m.nt. S.C.J.J Kortmann (<i>Gilhuis q.q. Panmo/H</i>)	3.7.4, 3.7.7, 5.3.8, 10.7
HR 23 november 2001, <i>NJ</i> 2002, 95 m.nt. J.M.M. Maeijer (<i>Mefigro</i>)	3.7.5
HR 21 december 2001, <i>JOR</i> 2002/38 m.nt. N.E.D Faber en S.M. Bartman (<i>Sobi/Hurks</i>)	10.3
HR 18 januari 2002, <i>NJ</i> 2002, 96 (<i>Textile Company APS/Steins</i>)	9.3.3, 9.4.1, 10.2.1, 10.2.2, 10.2.3, 10.2.5, 10.3, 10.5.4, 13
HR 12 juli 2002, <i>NJ</i> 2003, 151 m.nt. F.C.B. van Wijmen	5.3.4
HR 29 november 2002, <i>NJ</i> 2003, 455 (<i>Berghuizer Papierfabriek</i>)	4.5.1, 5.6, 6.5
HR 29 november 2002, <i>NJ</i> 2004, 304	3.7.5
HR 20 december 2002, <i>NJ</i> 2003/325 m.nt. W.M. Kleijn	5.3.4
HR 10 januari 2003, <i>NJ</i> 2003, 375 m.nt. M.M. Mendel	5.3.4
HR 10 januari 2003, <i>NJ</i> 2003, 537 m.nt. W.M. Kleijn	5.3.4
HR 7 maart 2003, <i>NJ</i> 2003, 302	5.3.4
HR 21 oktober 2003 <i>NJ</i> 2006, 328 m.nt. P.A.M. Mevis (<i>Zijpe Beheer</i>)	10.4.7
HR 23 januari 2004, <i>NJ</i> 2005, 510 en <i>Ondernemingsrecht</i> 2004/81 m.nt. P. Van Uchelen (<i>Pontecoen/Van Straten</i>)	9.3.4, 9.4.1, 10.2.1, 10.2.2, 10.2.3, 10.2.5, 10.3, 10.5.4, 13
HR 8 april 2005, <i>NJ</i> 2006, 443 m.nt. G. van Solinge en <i>JOR</i> 2005/119 m.nt. M. Brink (<i>Laurus</i>)	3.7.7
HR 17 juni 2005, <i>JOR</i> 2005/234 m.nt. S.M. Bartman (<i>De Berghorst/Maas</i>)	9.2.2, 10.3, 12.3.5
HR 30 september 2005, <i>NJ</i> 2006, 312 m.nt. P. van Schilfgaarde (<i>Ontvanger/S.</i>)	5.2.2, 9.3.5, 9.4.1, 10.2.1, 10.2.2, 10.2.3, 10.2.5, 10.3, 10.5.4, 13
HR 14 oktober 2005, <i>NJ</i> 2005, 539 (<i>City Tax/De Boer</i>)	5.3.1

RECHTSPRAAKREGISTER

HR 11 november 2005, <i>NJ</i> 2007, 231 m.nt. J.B.M. Vranken en <i>JOR</i> 2006/90 (<i>Voorsluijs</i>)	10.4.4, 10.4.5, 10.4.7, 10.5.3
HR 2 december 2005, <i>JAR</i> 2006/15 (<i>Dieteren/Express Transport</i>)	5.3.1
HR 13 januari 2006, <i>NJ</i> 2006, 59	5.3.4
HR 7 april 2006, <i>NJ</i> 2006, 245	5.3.4
HR 20 oktober 2006, <i>NJ</i> 2007, 2 m.nt. J.M.M. Maeijer (<i>Van Schilt</i>)	3.7.5
HR 1 december 2006, <i>NJ</i> 2006, 657	5.3.4
HR 1 december 2006, <i>BNB</i> 2007/151 m.nt. G.J.M.E. de Bont	10.4.7
HR 8 december 2006, <i>NJ</i> 2006, 659 (<i>Ontvanger/Roelofsen</i>)	1.2.1, 1.2.4, 9, 9.4.1, 9.4.2, 9.4.3, 10, 10.1, 10.2, 10.2.1, 10.2.3, 10.9, 10.2.5, 10.2.6, 10.3, 10.5.4, 10.8, 10.9, 10.10, 10.11, 11.5.2, 11.5.5, 11.6, 11.8, 10.11, 12.5, 13
HR 2 maart 2007, <i>NJ</i> 2007, 240 m.nt. J.M.M. Maeijer en <i>JOR</i> 2007/137 m.nt. P.D. Olden (<i>Holding Nutsbedrijf Westland</i>)	10.7
HR 23 maart 2007, <i>NJ</i> 2007, 333 m.nt. M.R. Mok	5.3.4
HR 30 november 2007, <i>NJ</i> 2008, 91 m.nt. J.M.M. Maeijer (<i>Blue Tomato</i>)	3.7.5
HR 14 december 2007, <i>NJ</i> 2008, 8	5.3.4
HR 14 maart 2008, <i>NJ</i> 2008, 466 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders en <i>JOR</i> 2008/152 m.nt. Y. Borrius (<i>Lammers/Aerts</i>)	11
HR 20 juni 2008, <i>NJ</i> 2009, 21 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (<i>Willemsen/NOM</i>)	1.2.1, 2.3.1, 4.5.3, 5.2.2, 5.3.2, 5.3.9, 5.3.10, 10.6, 10.6.1, 10.6.2, 10.6.3, 10.7, 13
HR 26 september 2008, <i>JOR</i> 2008/331 m.nt. P.J. van der Korst	10.4.7
HR 5 juni 2009, <i>NJ</i> 2012, 183 m.nt. J.B.M. Franken	5.3.4
HR 26 juni 2009, <i>JOR</i> 2009/221 m.nt. Y Borrius (<i>Eurocommerce</i>)	10.8

RECHTSPRAAKREGISTER

HR 11 september 2009, <i>NJ</i> 2009, 565 m.nt. H.J. Snijders en P. van Schilfgaarde (<i>Comsystems/Van den End q.q.</i>)	9.2.2, 10.3, 12.3.5
HR 18 september 2009, <i>NJ</i> 2009, 438 en <i>JOR</i> 2010/29 m.nt. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (<i>Simoca</i>)	3.7.5
HR 26 maart 2010, <i>NJ</i> 2010, 189 (<i>Zandvliet/ING Bank</i>)	9.2.2, 12.3.5
HR 25 juni 2010, <i>NJ</i> 2010, 371 (<i>Gelderland/Vitesse</i>)	10.4.4
HR 9 juli 2010, <i>NJ</i> 2012, 194 m.nt. C.E. Du Perron en <i>JOR</i> 2010/295 m.nt. B.P.M. van Ravels	10.4.4
HR 11 maart 2011, <i>NJ</i> 2012, 388 m.nt. L.C.A. Verstappen (<i>Van Zundert/De Kort</i>)	10.4.7
HR 18 maart 2011, <i>JOR</i> 2011/144 m.nt. G. van Solinge (<i>D Group Europe/Schreurs q.q.</i>)	10.7
HR 21 augustus 2012, <i>JA</i> 2012/149 m.nt. J.L. Smeehuijzen	10.4.4
HR 23 november 2012, <i>NJ</i> 2013, 302 m.nt. P. van Schilfgaarde en <i>JOR</i> 2013/40 m.nt. W.J.M. van Andel en K. Rutten (<i>Spaanse Villa</i>)	1.2.1, 1.2.2, 1.2.4, 9.4.2, 9.4.3, 10.3, 10.4.8, 10.5.3, 10.5.4, 10.11
HR 23 november 2012, <i>NJ</i> 2012, 669	3.7.5
HR 14 juni 2013, <i>NJ</i> 2013, 340 (<i>B/Spaar en Beleenbank Curaçao</i>)	10.5.5
HR 1 november 2013, <i>NJ</i> 2014, 7 m.nt. P. Van Schilfgaarde (<i>Verify</i>)	3.7.5, 3.7.8
HR 6 december 2013, <i>NJ</i> 2014, 167 m.nt. P. van Schilfgaarde (<i>Fortis</i>)	10.5.5, 10.8
HR 23 mei 2014, <i>JOR</i> 2014/229 m.nt. J. Van Bakkum (<i>Kok/Maas q.q.</i>)	10.2.5, 10.3
HR 8 augustus 2014, <i>JOR</i> 2014/320 m.nt. A.J. Tekstra (<i>X/Staat</i>)	10.4.7, 10.5.3
HR 5 september 2014, <i>NJ</i> 2015, 21 m.nt. P. van Schilfgaarde en <i>JOR</i> 2014/296 m.nt. M.J. Kroeze (<i>Hezemans Air</i>)	1.2.1, 1.2.2, 1.2.4, 2.3.1, 5.3.9, 5.3.10, 9.4.3, 10, 10.1, 10.2.1, 10.2.4, 10.3, 10.4.1, 10.4.8, 10.5, 10.5.4, 10.6, 10.6.2, 10.6.3, 10.8, 10.11, 12.3.6, 12.4.2, 12.5, 13

RECHTSPRAAKREGISTER

HR 5 september 2014, <i>NJ</i> 2015, 22 m.nt. P. van Schilfgaarde en <i>JOR</i> 2014/325 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (<i>RCI/Kastrop</i>)	1.2.1, 1.2.2, 1.2.4, 2.3.1, 5.3.9, 5.3.10, 9.4.3, 10, 10.1, 10.2.1, 10.2.4, 10.3, 10.4.1, 10.4.8, 10.5, 10.5.4, 10.6, 10.6.2, 10.6.3, 10.8, 10.11, 12.3.6, 12.4.2, 12.5, 13 10.2.5
HR 10 oktober 2014, <i>JOR</i> 2014/297 (<i>Pommé</i>)	
HR 27 februari 2015, <i>NJ</i> 2015, 240 m.nt. P. van Schilfgaarde (<i>ING/D</i>)	3.7.7
HR 6 maart 2015, <i>RO</i> 2015/32 (<i>ZHG Beheer</i>)	5.3.8
HR 18 september 2015, <i>NJ</i> 2016, 66 m.nt. P. van Schilfgaarde en <i>JOR</i> 2015/289 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (<i>Breeweg/Wijnkamp</i>)	5.3.4, 10.5.5, 13
HR 1 april 2016, <i>JOR</i> 2016/264 m.nt. A.J.P. Schild (<i>Stichting ATAL</i>)	5.2.2, 6.4, 6.7
HR 7 oktober 2016, <i>JOR</i> 2016/325 m.nt. B.M. Katan (<i>Maple Leaf</i>)	10.4.4
HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (<i>Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters</i>)	10.8, 11, 11.1, 11.2, 11.3, 11.4, 11.5, 11.6, 11.7, 11.8
<i>Gerechtshoven</i>	
Hof Amsterdam 17 maart 1976, <i>NJ</i> 1977, 525	10.4.7, 10.5.4
Hof Amsterdam (OK) 21 juni 1979, <i>NJ</i> 1980, 71 (<i>Batco</i>)	3.7.7
Hof 's-Hertogenbosch 28 september 1983, <i>NJ</i> 1985, 120	10.5.5
Hof Amsterdam (OK) 8 oktober 1987, <i>NJ</i> 1988, 99 m.nt. J.M.M. Maeijer	3.7.7
Hof 's-Hertogenbosch 15 juni 1992, <i>NJ</i> 1993, 41	5.3.5
Hof Leeuwarden 20 oktober 1993, <i>NJ</i> 1994, 516 (<i>Agrunol</i>)	10.3
Hof 's-Hertogenbosch 15 juni 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AQ5636	6.5

RECHTSPRAAKREGISTER

Hof Leeuwarden 21 april 2009, <i>JIN</i> 2009/487 m.nt. Van 't Spijker (<i>SL Holten Products Nederland/ Bon Appetit</i>)	10.3
Hof Leeuwarden 7 juli 2009, <i>JIN</i> 2009/671 m.nt. Hoekstra	5.3.7
Hof 's-Hertogenbosch 16 maart 2010, <i>RN</i> 2013/17 (<i>X./Etesmi</i>)	9.2.2
Hof Amsterdam 21 september 2010, <i>JOR</i> 2011/40 m.nt. J.B. Wezeman en <i>JIN</i> 2010/783 m.nt. Van den Berg (<i>Stichting Freule Lauts van Aysma</i>)	3.6.2, 3.6.4, 3.6.5, 5.3.10
Hof 's-Hertogenbosch 12 april 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BY8749 (<i>Spaanse Villa</i>)	10.3
Hof 's-Hertogenbosch 20 december 2011, <i>JOR</i> 2012/103 m.nt. Y. Borrius (<i>DLS</i>)	3.6.5
Hof Amsterdam 27 maart 2012, <i>RN</i> 2012/96	9.2.2
Hof 's-Hertogenbosch 1 mei 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW5200	11.1
Hof Amsterdam 12 juni 2012, <i>JOR</i> 2012/348 (<i>Nederlandse Rode Kruis</i>)	3.6.2, 3.6.5, 6.4, 6.7
Hof Amsterdam 3 juli 2012, <i>JOR</i> 2012/283 m.nt. S.C.M. van Thiel (<i>Van den Boogert-Schreurs/ Wanders Coating</i>)	10.3
Hof Arnhem 27 november 2012, <i>JIN</i> 2013/9 m.nt. F.M. van Peski en P.J. Peters	9.2.2
Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, <i>JOR</i> 2014/3 m.nt. S.M. Bartman en X.D. van Leeuwen en <i>JIN</i> 2014/8 m.nt. Van der Kraan (<i>Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters</i>)	10.5.5, 11.1, 11.5, 11.8, 11.8
Hof 's-Hertogenbosch 10 december 2013, <i>RO</i> 2014/16	5.3.8
Hof 's-Hertogenbosch 12 augustus 2014, <i>JOR</i> 2015/2 m.nt. W.A. Westenbroek	10.11
Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, <i>JOR</i> 2015/32 m.nt. M. Holtzer (<i>Meepo</i>)	3.6.2, 5.3.8, 6.2, 6.4, 11.1, 11.4
Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, <i>JOR</i> 2014/295 m.nt. J. van Bakkum (<i>Goedewaagen Gouda</i>)	6.2, 11.1, 11.4
Hof Arnhem-Leeuwarden 25 november 2014, <i>JOR</i> 2015/3 m.nt. J. van Bakkum (<i>De Vries Yacht- en Interieurbouw</i>)	11.1, 11.4, 11.5.2

RECHTSPRAAKREGISTER

Hof 's-Hertogenbosch 17 februari 2015, <i>JOR</i> 2016/25 (<i>Aerts Europa</i>)	11.1
Hof Den Haag 18 augustus 2015, <i>JIN</i> 2015/199 m.nt. R.A. Wolf	3.7.4
Hof 's-Hertogenbosch 29 september 2015, <i>JIN</i> 2015/200 m.nt. E. Baghery	11.1, 11.4
Hof 's-Hertogenbosch 13 november 2015, <i>JOR</i> 2015/290 m.nt. D.F. Berkhout	11.4
Hof Amsterdam 9 februari 2016, <i>JOR</i> 2016/123 m.nt. S.M. Bartman	11.1
Hof Amsterdam 12 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1430	11.1, 11.3
Hof 's-Gravenhage 13 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2619	11.1
<i>Rechtbanken</i>	
Rb. Dordrecht 10 februari 1988, <i>NJ</i> 1989, 830	4.3
Rb. Groningen 10 november 1989, <i>M&R</i> 1990/16 (<i>Aagrunol</i>)	10.3
Rb. Arnhem 20 september 1990, <i>M&R</i> 1991/13 m.nt. P.W.A. Gerritzen-Rode (<i>Wepewe</i> <i>Metaalwarenfabriek</i>)	10.3
Rb. Zwolle 14 april 1993, <i>TVVS</i> 1993, p. 182 m.nt. L. Timmerman	3.6.1
Rb. Rotterdam 17 juni 1999, <i>JOR</i> 1999/244 m.nt. F.J.P. Van den Ingh	3.4, 3.6.1, 3.6.2, 3.6.3, 3.6.5, 5.3.6
Rb. Arnhem 19 januari 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AS5804 (<i>Willard q.q./Mensa & Data Holding</i>)	3.7.4
Rb. Arnhem 5 maart 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC6873 (<i>Helmstrijd q.q./Verweijen</i>)	3.7.4
Rb. Utrecht 19 september 2001, <i>JOR</i> 2001/236	10.3
Rb. Arnhem 21 mei 2008, <i>JOR</i> 2008/222 (<i>Stichting STOAS</i>)	6.7
Rb. Arnhem 25 februari 2009, <i>RVR</i> 2009/64	10.4.4
Rb. Alkmaar 5 augustus 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BJ5272	3.6.1, 3.6.2
Rb. Amsterdam 11 november 2009, <i>JOR</i> 2013/123 m.nt. Y. Borrius	3.6.4, 6.4
Rb. Amsterdam 18 november 2009, <i>JOR</i> 2011/248 (<i>Maatschappij Wilhelmina/Paap</i>)	10.3

RECHTSPRAAKREGISTER

Rb. Dordrecht 9 december 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BK6936	5.3.8
Rb. Amsterdam 17 maart 2010, <i>JOR</i> 2011/38 m.nt. W.J.M. van Andel (<i>Univac</i>)	3.5, 6.3
Rb. Rotterdam 14 juli 2010, <i>JOR</i> 2010/336 m.nt. Y. Borrius	5.3.7
Rb. Middelburg 18 januari 2011, <i>JOR</i> 2011/325 m.nt. M. Holtzer (<i>FNV Bondgenoten/Delta</i>)	10.3
Rb. Almelo 29 maart 2011, <i>RVR</i> 2011/74	10.4.4
Rb. Arnhem 27 april 2011, <i>JOR</i> 2012/2 (<i>Welling/Spaan</i>)	3.4
Rb. 's-Gravenhage 11 mei 2011, <i>JOR</i> 2012/1 (<i>ZHG Beheer</i>)	3.7.5 5.3.8
Rb. Arnhem 22 juni 2011, <i>JOR</i> 2011/358 m.nt. M.W. Josephus Jitta (<i>Pondac</i>)	5.3.8
Rb. Rotterdam 31 augustus 2011, <i>JOR</i> 2012/3 m.nt. C.M. Harmsen (<i>Smelik/De Regt</i>)	3.4
Rb. 's-Gravenhage 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3672	3.6.4, 3.7.5, 5.3.8
Rb. Arnhem 14 december 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BV0508 (<i>Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters</i>)	9.2.2, 11.1
Rb. Utrecht 7 november 2012, <i>RO</i> 2013/12 (<i>DAM Invest/X.</i>)	9.2.2
Rb. Haarlem (Kamer van Toezicht van het Notariaat), 19 maart 2013, ECLI:NL:TNOKHAA:2013:YC0943	10.4.4
Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, <i>JOR</i> 2013/237 m.nt. U.B. Verboom (<i>Landis</i>)	3.6.2
Rb. Oost-Brabant 17 juli 2013, <i>RO</i> 2013/73 (<i>Stichting Bureau Jeugdzorg</i>)	3.6.5, 3.7.7, 5.3.10
Rb. Midden-Nederland 30 april 2014, <i>JOR</i> 2014/291 m.nt. W.J.M. van Andel (<i>Stichting Daidalos</i>)	3.6.2, 6.2, 10.8
Rb. Rotterdam 10 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7534	10.4.4
Rb. Midden-Nederland 24 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4312 (<i>Vebu</i>)	10.3
Rb. Oost-Brabant 17 december 2014, <i>JOR</i> 2015/129 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (<i>Stichting Bureau Jeugdzorg</i>)	3.6.4, 3.6.5, 3.7.7 5.3.10
Rb. Noord-Nederland 10 juni 2015, <i>JOR</i> 2016/2 m.nt. S.L. Rive (<i>Stichting Diogenes</i>)	3.6.5, 5.3.8
Rb. 's-Gravenhage 24 juni 2015, <i>AB</i> 2015/336 m.nt. Ch.W. Backes (<i>Urgenda</i>)	2.3.3
Rb. Overijssel 24 juni 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3364	11.1, 11.4

RECHTSPRAAKREGISTER

Rb. Rotterdam 22 juli 2015, <i>RO</i> 2015/70 (<i>Antaser/Tima</i>)	11.4, 11.5.2
Rb. Rotterdam 26 augustus 2015, <i>JOR</i> 2015/327 m.nt. J. van Bakkum (<i>Fibercom</i>)	6.2, 6.5
Rb. Noord-Holland 2 september 2015, <i>JOR</i> 2016/122 (<i>Voetbal Vereniging Young Boys</i>)	3.6.5, 6.2
Rb. 's-Gravenhage 16 september 2015, <i>JOR</i> 2016/3 m.nt. J. Roest	5.3.6, 11.1, 11.5.2, 11.8
Rb. Rotterdam 6 april 2016, C/10/449142/ HA ZA 14-420 (niet gepubliceerd)	6.7

Verenigde Staten

Delaware Superiour Court (zie <http://courts.delaware.gov/>)

Delaware Superior Court, 31 oktober 1978, Nos. 77-2549, 77-2550 (587 F.2d 602, 606) (<i>Donsco, Inc. v. Casper Corp.</i>)	12.2.4
Delaware Superior Court, 31 maart 1982, Civ. A. No. 79C-AU-118 (446 A.2d 1101, 1105) (<i>American Ins. Co. v. Material Transit, Inc.</i>)	12.2.4
Delaware Superior Court, 24 mei 1983, 462 A.2d 1069, 1073 (<i>Stephenson v.</i> <i>Capano Development Co.</i>)	12.2.4
Delaware Superior Court, 28 april 1987 (525 A.2d 146, 149) (<i>Nicolet, Inc. v. Nutt</i>)	12.2.4
Delaware Superior Court, 9 juli 1997, WL 524127,*1 (<i>Heronemus v. Ulrick</i>)	12.2.3
Delaware Superior Court 13 januari 1999, WL 167834 (<i>Chaplake Holdings, Ltd. v. Chrysler Corp.</i>)	12.2.4
Delaware Superior Court 30 juni 2004, C.A. No. 03C-02-004-RF (<i>Lisa Ayers v. Allen</i> <i>Quillen d/b/a Never Never Land Kennel & Cattery</i>)	12.2.4
Delaware Superior Court, 27 april 2005, C.A. No. 04C-02-010-RFS (<i>Thomas v Tara Venture, LLC</i>)	12.2.4
Delaware Superior Court, 29 maart 2007, C.A. No. 05C-10-022-RFS (<i>Brasby v. Morris</i>)	12.2.3
Delaware Superior Court, 7 januari 2009, C.A. No. 05C-07-025 RFS (<i>Spanish Tiles, Ltd.</i> <i>v. Hensey</i>)	12.2.4
Delaware Superior Court, 12 juli 2010, C.A. No. S10C-03-004 RFS (<i>Duffield Associates vs.</i> <i>Meridian Architects & Engineers, LLC et al</i>)	12.2.4

Delaware Superior Court, 23 juni 2015,
C.A. No.: S13L-12-027 RFS (*Sens Mechanical, Inc. v. Dewey Beach Enterprises, Inc. ET AL.*) 12.2.4
Delaware Superior Court, 31 augustus 2015,
C.A. No. S14L-12-035 MJB
(*Yavar Rzayev, LLC v. Marvin B. Roffman*) 12.2.3, 12.5

District of Columbia Court of Appeals

District of Columbia Court of Appeals,
7 september 2000, No. 98-CV-963 (758 A.2d 964, 975)
(*Lawlor v. District of Columbia*) 12.2.5

Supreme Court of California

Supreme Court of California, 4 september 1986,
L.A. No. 31873 (723 P.2d 573, 581)
(*Frances T. v. Vill. Green Owners Assn.*) 12.2.5

California Court of Appeals

California Court of Appeals, 19 oktober 1995,
No. B055499 (46 Cal. Rptr. 2d 233, 255-56)
(*Cisneros v. U.D. Registry, Inc.*) 12.2.5
California Court of Appeals, 18 feburari 1998,
No. B111715, (71 Cal. Rptr. 2d 776, 778)
(*Michaelis v. Benavides*) 12.2.5

District Court of Appeal of Florida

District Court of Appeal of Florida, 14 december 2005,
No. 1D05-982 (918 So. 2d 357, 358)
(*White v. Wal-Mart Stores, Inc.*) 12.2.5

Court of Appeal of Louisiana

Court of Appeal of Louisiana, 25 mei 1982 No. 14815
(415 So. 2d 478, 480) (*Donnelly v. Handy*) 12.2.5
Court of Appeal of Louisiana, 29 oktober 2003,
No. 03-152 (866 So. 2d 260, 269)
(*West v. Bruner Health Group, Inc.*) 12.2.5

RECHTSPRAAKREGISTER

Supreme Court of Texas

Supreme Court of Texas, 5 september 1996,
No. 94-1323 (935 S.W.2d 114, 117)
(Leitch v. Hornsby) 12.2.5

Verenigd Koninkrijk

House of Lords

House of Lords, 8 februari 1990,
<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1990/2.html>
(*Caparo Industries Plc v Dickman and Others*) 12.3.3
House of Lords, 30 april 1998,
<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1998/17.html>
(*Williams v Natural Life Limited*) 12.3.1, 12.3.3,
12.3.4
House of Lords, 6 november 2002,
<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2002/43.html>
(*Standard Chartered Bank v*
Pakistan Shipping Corporation) 12.3.4

England and Wales Court of Appeal

England and Wales Court of Appeal, 26 juni 1952,
<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1952/5.html>
(*D.C. Thompson & Company Limited v Arthur*
Deakin a.o.) 12.3.5
England and Wales Court of Appeal, 20 november
2007, [http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2007/](http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2007/1201.html)
1201.html (*Contex Drouzhba Limited v Wiseman Air*) 12.3.5

Court of Appeal of New Zealand

Court of Appeal of New Zealand, 21 mei 1990,
http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1990/1990_23.html
(*Kuwait Asia Bank E.C. v National Mutual*
Life Nominees Limited) 12.3.2

Scottish Court of Sessions

Scottish Court of Sessions, 3 februari 2015,
<http://www.bailii.org/scot/cases/ScotCS/2015/2015CSIH11.html> (*William Campbell v Peter Gordon Joiners Limited*) 12.3.4

België

Hof van Cassatie 7 november 1997, TRV 1998, 284 e.v. 12.4.4

Hof van Cassatie 20 juni 2005, *TBH* 2005/892
 m.nt. H. de Wulf en *TBH* 2006, 418
 m.nt. A. Coibon, *DAOR* 2005, 340,
http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20050620-5 12.4.2, 12.4.3,
 12.4.4

Hof van beroep Gent 13 februari 2012,
DAOR 2012, 102, p. 206-210 12.4.4, 12.5

Rechtbank van Koophandel Tongeren 13 januari 2005,
RABG 2005, 1570 m.nt. E. Janssens 12.4.1

Trefwoordenregister

Dit boek is zo opgezet dat de lezer die in een bepaald onderwerp is geïnteresseerd, primair de inhoudsopgave en verwijzingen kan raadplegen. Het trefwoordenregister kan de lezer daarbij verder behulpzaam zijn.

Aandeelhoudersaansprakelijkheid 10.2.6, 10.3
Assumption of responsibility 12.3.3, 12.3.4, 12.3.5
Bange bestuurders 5.3.2, 5.3.10, 7, 13
Behoorlijke taakvervulling
– *Collegiaal (on)behoorlijke taakvervulling* 1.2.3, 3.4, 3.6.1, 3.6.3, 3.6.4, 3.6.5, 3.9, 5.3.1, 5.3.7, 6.5, 7, 8, 13
– *Inhoudelijk (on)behoorlijke taakvervulling* 3.6.3, 3.6.4, 3.6.5, 3.9, 5.3.1, 5.3.7, 6.5, 7, 8, 13
Behoorlijke taakvervullingsnorm 3.7.1, 3.7.2, 3.7.6, 3.7.8, 3.9, 5.2.1, 5.3.2, 5.3.6, 5.3.7, 5.3.10, 5.3.11, 5.6, 7, 8, 10.5.4.3, 10.6.3
Beleidsruimte (en beleidsvrijheid) 1.1, 1.2.2, 1.2.3, 1.2.4, 2.3.7, 3.7.4, 3.7.6, 3.7.8, 3.9, 4.3, 4.4.1, 4.5.3, 5.1, 5.2.2, 5.3, 5.3.1, 5.3.2, 5.3.7, 5.3.10, 5.3.11, 5.6, 8, 10.6.1, 10.6.2
Belet 3.5, 3.6.4, 3.8, 6.3, 8, 10.8, 11.3, 11.4, 11.6
Beroepsbeoefenaar 5.3.4, 10.5.5
Beslissingsregel 1.2.1, 2.3.7, 2.4.1, 2.5, 3.1, 3.7.4, 3.7.5, 3.9, 4.1, 5.3.3, 5.6, 9.1
Besluitvorming 3.6.2, 3.6.3, 3.6.4, 3.6.5, 12.1
Bestuursmodel
– dualistisch 3.6.4, 3.6.5
– monistisch 3.2, 3.6.3, 3.6.4, 3.6.5
Bewaarnemersrol (van de bestuurder) 1.5, 3.7.5, 10.5.4, 10.5.4.7, 10.5.5, 10.7, 10.8, 10.9, 10.10, 10.11, 11.1, 11.3, 11.4, 11.5.5, 11.6, 11.7, 11.8
Bewijslast 3.4, 3.6.3, 5.3.6, 6.7, 10.9, 10.2.6, 10.8, 10.9, 11.1, 11.4, 11.5.4, 11.5.5, 11.6, 11.7, 11.8
Bewuste roekeloosheid 4.3, 4.4.3 (*citaat A-G*), 4.5.3, 5.2.2, 5.3.1, 5.3.3, 5.3.5, 5.6, 6.4, 10.2.2, 10.2.3, 10.2.4, 10.4.8, 10.5.1, 10.5.4, 10.5.5
Business judgment rule 1.4, 3.7.4, 5.3.7, 5.6, 7, 12.1, 12.2.2, 12.2.6, 12.5
Collectief bestuur 3.4, 3.6.1, 3.6.5, 5.3.6
Collegiaal bestuur/toezicht/taakvervulling 1.2.3, 3.2, 3.4, 3.6.2, 3.6.3, 3.6.4, 3.6.5, 3.9, 5.3.7, 6.4, 6.7, 7, 8, 10.8, 10.9, 11.4, 11.5.5, 11.6, 11.7, 11.8
Collegiale (bestuurs)verantwoordelijkheid 3.2, 3.6.4, 5.3.7
Collectieve verantwoordelijkheid 1.2.3, 3.6, 3.6.1, 3.6.2, 3.6.3, 3.6.4, 3.6.5, 3.7.3, 5.3.6, 5.3.7, 8

TREFWOORDENREGISTER

Curator 3.4, 3.6.5, 3.7.2, 3.7.3, 3.7.4, 3.7.5, 5.2.2, 5.3.6, 5.3.8, 6.4
Derogerende werking 5.2.2, 5.3.5, 10.2.4
Disculpatie 1.2.3, 1.2.4, 3.4, 3.5, 3.6, 3.6.1, 3.6.2, 3.6.3, 3.6.4, 3.6.5, 3.7.7, 3.9, 4.4.2, 5.3.3, 5.3.5, 5.3.6, 5.3.7, 5.3.10, 5.6, 6.4, 6.5, 6.7, 8, 11, 13
Doorbraak (van aansprakelijkheid) 10.4.8, 10.5.4, 11
Dwingend recht 2.3.2, 3.1, 3.6.5, 3.7.7, 3.9, 5.3.1, 5.3.5, 5.6
Elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap 3.3, 3.7.7
Enquête
– procedure 1.4, 2.3.7, 3.3, 5.6
– recht 3.6.4, 3.7.7, 5.6, 13
Gedragssnorm 2.3.2, 2.3.7, 2.4.1, 2.4.9, 2.5, 3.1, 3.7, 3.7.1, 3.7.4, 3.7.5, 3.9, 5.3.5, 5.3.6, 5.6, 6.2, 7, 9.1, 10.2.5
Grijze zone 3.7.4, 3.7.8, 4.4.3 (*citaat A-G*), 5.2.1, 5.2.2, 8
Hindsight bias 1.2.3, 3.7, 3.7.4, 3.7.6, 3.7.8, 3.9, 4.3, 5.2.1, 5.2.2, 5.3.1, 5.3.2, 5.3.10, 5.3.11, 5.6, 5.7, 8, 10.10
Hoedanigheid (van bestuurder) 9.4.3, 10.2.2, 10.2.5, 10.3, 10.4.3, 10.4.4, 10.4.8, 10.5.3, 10.5.4, 10.5.5, 10.8, 10.11, 11.5.5, 11.6, 12.3.4, 12.3.4, 12.4.2, 13
Hoofdelijke aansprakelijkheid 1.2.3, 3.1, 3.2, 3.4, 3.6.1, 3.6.2, 3.6.3, 3.6.4, 3.6.5, 3.7.3, 3.9, 5.2.2, 5.3.3, 5.3.5, 5.3.6, 5.3.7, 5.6, 6.2, 6.5, 6.7, 8, 10.2.2, 10.2.3, 10.2.4, 10.4.7, 10.5.4, 11, 12.3.4, 12.4.1, 12.5, 13
Inspanningsverbintenis 3.7.7, 4.3, 4.4.3 (*citaat A-G*), 5.3.3, 5.3.4, 5.3.5, 10.2.2
Jaarrekening 3.3, 3.6.2, 3.7.4, 4.4.3 (*citaat A-G*), 10.8, 12.4.1
Kapitaalvennootschap 3.2, 3.3, 3.6.1, 3.6.2, 3.6.3, 3.6.5, 5.3.7, 5.3.10, 8, 10.6.3, 10.7, 10.8
Kennelijk onbehoorlijk bestuur 3.2, 3.6.5, 3.7, 3.7.1, 3.7.2, 3.7.3, 3.7.4, 3.7.5, 3.7.6, 3.7.7, 3.9, 4.3, 4.4.3 (*citaat A-G*), 4.5.3, 5.2.2, 5.3.8, 8, 13
Kennelijk(e) onbehoorlijke taakvervulling, zie *kennelijk onbehoorlijk bestuur*
Kwalitatieve aansprakelijkheid 1.4, 5.2.2, 5.3.4, 5.3.8, 10.2.4, 10.4.2, 10.4.3, 10.4.4, 10.4.5, 10.4.7, 10.5.3, 10.5.4, 10.5.5, 11, 12.3.4, 12.5
Maatman-bestuurder 1.2.3, 1.2.4, 1.5, 3.6.2, 3.6.4, 3.7.7, 3.7.8, 3.9, 4.3, 5.3.2, 5.3.3, 5.3.6, 5.3.10, 5.6, 6.2, 10.11, 12.1
Maatschappelijke betamelijkheid(snorm) 2.3.3, 9.1, 9.2.2, 10.4.2, 10.4.8, 10.5.3, 10.5.4, 10.5.5, 10.6.2, 10.8, 10.10, 10.11, 11.6, 13
Misbruik van rechtspersonen (Tweede en Derde Misbruikwet) 1.1, 1.2.3, 3.6.5, 3.7, 4.4.3 (*citaat A-G*), 4.5.2, 4.5.3, 5.2.2, 10.4.8, 10.5.3, 10.5.4, 11
Negligent misstatement 12.3.3
Normatieve convergentie 1.2.4, 1.4, 9.4.1, 10.2.3, 10.2.4, 10.3, 10.7, 10.11, 12.1, 12.2.6, 12.3.4, 12.3.6, 12.4.2, 12.5, 13
Objectieve (maatman-bestuurder) toets/objectieve vaststelling 1.2.3, 1.2.4, 1.5, 3.7.4, 3.7.7, 3.7.8, 3.9, 4.4.3 (*citaat A-G*), 5.2.2, 5.3.1, 5.3.4, 5.6, 5.7, 6.6, 10.11, 12.1, 13
Omkeringsregel 3.7.5

Ondergeschikte gezagsverhouding van werknemer 10.5.4
 Ontstentenis 3.5, 6.3
 Opzet 3.7.4, 4.3, 4.4.3 (*citaat A-G*), 4.5.3, 5.2.2, 5.3.1, 5.3.3, 5.3.5, 5.6, 6.4, 10.2.2, 10.2.4, 10.4.8, 10.5.1, 10.5.4, 10.5.5
 Orgaantheorie 10.4.4, 12.4.2
 Overmacht 3.5, 3.6.4, 3.8, 5.6
 Peilmoment 3.7.4, 3.7.6, 3.7.8, 4.4.3 (*citaat A-G*), 5.6, 8, 10.5.4
 Primaire en secundaire aansprakelijkheid 9.4.3, 10.4.1, 10.4.6, 10.4.8, 10.5, 10.5.1, 10.5.2, 10.5.3, 10.5.4, 10.5.5, 10.11, 12.3.4, 12.3.6, 12.5, 13
 Professional, *zie beroepsbeoefenaar*
 Quasi-immuniteit 12.4.4
 Rationele reconstructie 1.5, 2.4.1, 4.5, 4.5.1, 4.5.2, 4.5.3, 5, 5.1
 Rechtspersoonlijkheid 1.2.2, 1.2.4, 1.3, 1.4, 1.5, 10.9, 10.4, 10.4.3, 10.4.8, 10.5.1, 10.5.2, 10.5.3, 10.5.4, 10.11, 10.10, 11.2, 11.4, 11.5.5, 11.6, 11.7, 11.8, 12.2.1, 12.3.1, 12.4.4, 12.5, 13
 Rechtspolitiek 1.2.4, 1.3, 2.3.1, 2.3.3, 2.3.8, 3.2, 3.6.4, 3.6.5, 5.1, 5.3.2, 5.3.6, 5.7, 7, 10.1, 10.5.4, 13
 Rechtssubjectiviteit 1.2.2, 1.2.4, 1.3, 1.5, 10.9, 10.4, 10.4.3, 10.5.2, 10.5.3, 10.5.4, 10.5.5, 10.11, 10.10, 11.1, 11.4, 11.5.5, 11.6, 13
 Rechtssubject 1.3, 3.7.5, 5.3.3, 9.1, 10.2.2, 10.9, 10.4.3, 10.4.5, 10.4.6, 10.5.1, 10.5.3, 10.5.4, 10.5.5, 10.11, 11.1, 11.4, 12.3.4, 13
 – abstract rechtssubject 5.3.6, 10.4.3, 10.4.6, 10.4.7, 10.5.3, 10.5.4, 10.8, 11.4, 11.5.5, 11.6, 11.7
 Rechtsverfijning 1.3, 2.4.9, 5.6, 5.7, 9.2.2, 10.2.5, 10.2.6, 10.11
 Rechtsvinding 1.3, 1.5, 2, 2.1, 2.2, 2.3, 2.3.1, 2.3.2, 2.3.3, 2.3.4, 2.3.5, 2.3.6, 2.3.8, 2.4.1, 2.4.2, 2.4.9, 2.5, 5.1, 10.1
 Rechtsvormende rechtsvinding 2.3.3, 2.3.4, 2.3.5, 2.3.8, 2.4.2, 2.5, 9.1, 10.9, 10.2.5, 10.2.6
 Rechtsvorming 1.3, 1.5, 2.1, 2.2, 2.3, 2.3.1, 2.3.3, 2.3.4, 2.3.6, 2.3.8, 5.3.6, 5.6, 5.7, 10.9, 10.11
 Rechtvaardigingsgrond 9.1, 10.2.1, 10.9, 10.4.2
 Responsabilité 5.3.3
 Resultaatsverbintenis 3.7.7, 5.3.3, 5.3.4
 Risicoaansprakelijkheid 3.6.2, 4.2, 5.3.8, 10.4.8, 11.3
 Schuld
 – Grove schuld 1.2.3, 3.7.4, 4.2, 4.3, 4.4.3 (*citaat A-G*), 4.5.3, 5.2.2, 5.3.1, 5.3.5, 5.5, 5.6, 10.4.8, 10.5.1, 10.5.4, 10.5.5
 – Mate van schuld 1.3, 3.4, 3.8, 3.9, 5.2.2, 5.6
 – Schuldbegrip 3.8, 3.9
 – Schuldgradatie 1.2.4, 3.8, 3.9, 5.2.2, 5.6, 5.7
 – Schulduitsluitingsgrond 10.2.1, 10.4.2
 Stelplicht 1.5, 3.4, 3.9, 5.3.6, 10.9, 10.2.6, 10.9, 11.5.5, 11.7
 Subjectieve toets 1.2.3, 4.5.3, 5.2.2, 5.3.1, 5.7, 7
 Systematisch toetsingsmodel 1.4, 10.2.6

TREFWOORDENREGISTER

- Taakverdeling 1.5, 3.2, 3.4, 3.6.1, 3.6.2, 3.6.3, 3.6.4, 3.6.5, 4.4.4, 5.3.6, 5.3.7, 6.5, 6.7, 8
- Taal 1.2.4, 1.3, 1.5, 2.1, 2.2, 2.3.8, 2.4.2, 2.4.4, 2.5, 5.2.1, 5.2.2, 5.3.3, 5.6, 5.7, 7, 8, 13
- Toetsingsnorm en toetsingsregel 1.2.4, 1.5, 2.3.7, 3.7, 3.7.1, 3.7.4, 3.7.5, 3.7.7, 3.9, 5.3.7, 5.3.10, 5.6, 6.2, 7, 8
- Toerekening
- door vertegenwoordiging 10.4.6, 10.4.7, 10.4.8, 10.5.5
 - in de zin van art. 6:162 lid 3 9.1, 10.11, 10.4.2, 10.5.4
 - in verband met art. 2:11 BW 11.1, 11.4, 11.6, 11.7, 11.8
 - smaatstaf 1.2.4, 5.2.2, 5.6
 - van bestuurbesluit aan bestuur 3.6.3
 - van ernstig verwijt 5.3.6, 8
 - van gedragingen en kennis krachtens verkeersopvattingen (Kleuterschool Babel) 1.4, 1.5, 10.4, 10.4.1, 10.4.2, 10.4.3, 10.4.4, 10.4.5, 10.4.7, 10.4.8, 10.5.1, 10.5.2, 10.5.3, 10.5.4, 10.5.5, 10.11, 11.4, 11.6, 11.7, 12.2.2, 12.2.3, 12.3.4, 12.3.4, 12.4.2, 12.5
 - van onbehoorlijke taakvervulling 3.4, 3.6.1, 5.6
 - van schade 10.4.2
- Trias politica 2.1, 2.2, 2.3, 2.3.1, 2.3.2, 2.3.3, 2.3.5, 2.3.6, 2.3.7, 2.4.7, 2.4.9, 2.5, 5.7
- Vaderlijke aanmaning 5.3.11, 10.10
- Vennootschappelijk belang 10.8
- Vereenzelviging 10.4.5, 10.4.7
- Verkeersopvattingen, zie *Toerekening*
- Verwachtingsfunctie 1.1, 1.2.4, 10.5.4, 10.8
- Voorzienbaarheid (van benadeling) 4.4.3 (citaat A-G), 9.2.2, 10.2.6, 10.5.4, 12.3.3, 10.8
- Volmacht 10.4.6, 10.4.7, 10.5.5, 10.11
- Waar gehakt wordt, vallen spaanders 3.7.7, 3.7.8, 5.3.2
- Wanbeleid 2.3.7, 3.3, 5.6
- Werkkring 3.2, 3.6.1, 3.6.2, 3.6.3, 3.6.4, 3.6.5, 3.7.3
- Werknemersaansprakelijkheid 4.2, 5.2.2, 5.3.5, 6.4, 10.2.2, 10.2.3
- Wetenschap/kennis
- objectieve 3.7.7, 5.2.2, 5.3.1, 5.6, 10.4.5, 10.5.4, 10.8, 10.11
 - subjectieve 3.7.7, 10.8, 10.11
- Zorgvuldigheidsnorm 3.6.5, 9.2.2, 9.4.2, 9.4.3, 10.2.6, 10.3, 10.5.4, 10.5.5, 10.6.2, 10.8, 10.11, 11.5.5, 11.6, 11.8, 12.4.1, 12.4.2, 12.4.3, 12.4.4, 13

Dankwoord

Toen ik in februari 2015 een artikel had geschreven waarin ik betoogde dat de zogenoemde ernstigverwijtmaatstaf moest worden losgelaten, had ik niet voor ogen dat dit het startpunt zou zijn van een promotietraject dat zou eindigen met dit boek. Voordat mijn artikel werd gepubliceerd, kreeg ik op 11 juni 2015 de gelegenheid mijn ideeën te ontvouwen op het jaarlijks Ondernemingsrecht diner. Dat was enerzijds een eer en anderzijds spannend. Ik schreef namelijk iets anders dan men gewend was. De positieve benadering van Maarten Kroeze gaf mij echter het vertrouwen dat ik de knuppel in het hoenderhok moest gooien. In mijn herinnering deed mijn voordracht tijdens het Ondernemingsrecht diner de wenkbrauwen fronsen, maar ik had mijn zegje gedaan en het zou kort daarna op papier verschijnen. Toch knaagde er iets aan mij. Ik was nog niet klaar met schrijven en Maarten motiveerde mij daarin. Toen we kwamen te praten over een eventueel promotietraject, was ik vereerd dat Maarten bereid was mijn promotor te zijn en dat hij voorstelde om Bastiaan Assink als tweede promotor erbij te betrekken.

De bespreking van de eerste ruwe versie van mijn manuscript met mijn promotoren in het voorjaar van 2016 leidde tot een stroomversnelling in het schrijfproces en dat bleek goed, want kort daarna had de Minister op 8 juni 2016 een wetsvoorstel voor een nieuw art. 2:9 BW bij de Tweede Kamer ingediend. Het leidde tot lange dagen en nachten werken aan dit proefschrift en tot andere publicaties. Maarten en Bastiaan daagden mij uit om de eerste ruwe versie te nuanceren en te verfijnen. Ik ben hen zeer dankbaar voor de aanvullende inzichten en voor het stevige juridische debat dat zij met mij zijn aangegaan. Door hen kwam ik op het idee mijn visie uitvoerig in te leiden en stil te staan bij meer fundamentele rechtstheoretische onderwerpen, zoals de betekenis van taal voor het recht, de rol van de Hoge Raad en de spelregels van de rechtswetenschap. Geen argument is onbesproken gebleven en het heeft verdere diepgang gegeven aan dit proefschrift. Vanzelfsprekend ben ik vereerd dat Vino Timmerman, Frank Verstijlen en Kid Schwarz hebben willen plaatsnemen in de promotiecommissie en dat Jan Bernd Huizink, Loes Lennarts en Ruben Houweling bereid waren te opponeren.

Mijn goede vrienden en arbeidsrechtadvocaten Nils Zeeuwen en Felix Chorus ben ik zeer dankbaar dat zij mijn paranimf willen zijn. Zij hebben mij niet alleen morele steun en positieve energie gegeven gedurende het gehele proces van mijn promotie, maar zij hebben ook kostbare vrije tijd besteed aan het nalezen van mijn manuscript. Dat Veertje in de laatste fase van mijn proefschrift

DANKWOORD

ook nog de nodige tijd daaraan heeft besteed, ben ik ook haar erg dankbaar. Mijn jeugdvriend Adam Sumner en daarnaast Brendan Newitt wil ik bedanken voor hun kritische blik op de Engelse taal. Tot slot wil ik de medewerkers van het Bureau van de Pedel en van de Erasmus School of Law bedanken voor hun altijd vriendelijke en behulpzame benadering.

Een boek met een juridisch-theoretische inhoud als deze is volgens mij niet een boek dat je aan iemand opdraagt. Dat gezegd hebbende, mijn lieve zoon Taeke heeft mij steeds opnieuw weer de nodige energie gegeven bij het schrijven van dit proefschrift. Wanneer hij naar bed ging, wist hij dat ik achter de computer verdween. Hij vroeg mij bijna wekelijks hoe veel bladzijdes mijn boek inmiddels omvatte. Niet dat Taeke al over vaardigheden beschikte om dit proefschrift te lezen, maar wel omdat Taeke het erg leuk vond om na te denken over cijfers en dus over het aantal bladzijdes dat in een boek pastte. Wie weet zal hij dit proefschrift ooit in de toekomst willen lezen. Ook mijn familie en naasten ben ik dankbaar, in het bijzonder mijn moeder. Zonder haar opvoeding, steun en wijsheid was ik niet gekomen waar ik nu sta. Tot slot ben ik alle mensen dankbaar met wie ik door de jaren heen een bijzondere band heb ontwikkeld, zoals mijn oud-collega's bij Loyens & Loeff, mijn cliënten en mijn vakgenoten die mij de afgelopen jaren de hand reikten. Ik heb evenwel niet de illusie dat zij dit proefschrift allemaal in volle omvang zullen bestuderen. Toegegeven moet namelijk worden dat het uiteindelijk een theoretisch boekwerk is geworden en dat een roman meer tot de verbeelding spreekt. Niettemin hoop ik het recht met dit proefschrift een klein beetje te hebben vereenvoudigd.

Winand Westenbroek
Amsterdam, 21 juli 2017

Curriculum Vitae

Winand Aerjen Westenbroek werd op 27 oktober 1978 geboren te Luxemburgstad in Luxemburg. In 1980 verhuisde hij met zijn ouders en broers naar Tervuren, in België. Daar behaalde hij in 1996 zijn Europees Baccalaureaat aan de Europese School Brussel II (Woluwe). Datzelfde jaar is hij begonnen met de studie Nederlands recht aan de Universiteit Leiden. Na het behalen van zijn basisdoctoraal koos hij twee differentiaties, namelijk bedrijfsrecht en internationaal- en Europees recht. In 2002 studeerde hij in beide differentiaties af. In 2003 werd Winand beëdigd als advocaat en trad hij in dienst als advocaat bij Loyens & Loeff N.V. Hier heeft hij zich de eerste twee jaar gericht op de private equity- overnamepraktijk. Daarna is hij zich gaan specialiseren in de (ondernemingsrechtelijke) procespraktijk en in het tuchtrecht voor advocaten. In dat verband is hij vijf jaar plaatsvervangend griffier geweest bij de raad van discipline van het resort Amsterdam. Winand heeft ruim zeven jaar als advocaat opgetreden voor een van de benadeelde partijen in de omvangrijke vastgoedfraudezaak. In 2016 heeft Winand het zelfstandig kantoor WestLegal Advocatuur opgericht. Hij procedeert en adviseert onder meer op het gebied van contractenrecht, ondernemingsrecht en (bestuurders)aansprakelijkheidsrecht.

Bibliografie

Vrijtekening

B.F. Assink e.a. (red.), *De Vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'*, Opstellen voor Prof. mr. M.J. Kroeze vanwege zijn toetreden als raadsheer tot de civiele kamer van de Hoge Raad der Nederlanden per 1 september 2016 (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 104), Deventer: Kluwer 2017, p. 403-413

De schaduwzijde van de ontwikkeling in het rechtspersonenrecht: de 'ernstig verwijt'-maatstaf en 'externe werknemersaansprakelijkheid', *WPNR* 2017/7144, p. 276-286

Bestuurdersaansprakelijkheid: Hoe iets is en hoe iets behoort te zijn. Naschrift naar aanleiding van de reactie van Mr. drs. J. van Bakkum op Ondernemingsrecht 2016/24 *Ondernemingsrecht* 2016/99, p. 487-489

Artikel 2:9 BW en de ernstig verwijt maatstaf bij bestuurdersaansprakelijkheid *RM Themis* 2016/4, p. 175-192

Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening *Ondernemingsrecht* 2016/24, afl. 3, p. 112-121

Metaalmoeheid na 88 jaar jurisprudentie over 'externe' bestuurdersaansprakelijkheid en Spaanse Villa, het is tijd voor herbezinning: laat de ernstig verwijt maatstaf los *Ondernemingsrecht* 2015/69, afl. 11, p. 353-366

Annotatie bij Hof 's-Hertogenbosch 12 augustus 2014 (externe bestuurdersaansprakelijkheid), *JOR* 2015/2

De beleidsbepaler van artikel 2:138/248 lid 7 BW onder de loep genomen *Ondernemingsrecht* 2014/119, afl. 14, p. 601-609

De verstekaanzegging in kort geding naar aanleiding van de Wet Griffierechten in Burgerlijke zaken *TCR* 2011, afl. 2, p. 72-75

Aanvulling Wet Griffierechten in Burgerlijke zaken *Advocatenblad* 2011/3

BIBLIOGRAFIE

Annotatie Hof Amsterdam (OK) 30 mei 2011 (*Meavita*) *GJ* 2011/124

Het SER-advies en de ontwikkelingen in het enquêterecht *Ondernemingsrecht* 2008/225, afl. 6, p. 225-230

Kosten van een enquête geen boedelschuld *V&O* 2005/7 p. 133-136

UITGAVEN VANWEGE HET INSTITUUT VOOR ONDERNEMINGSRECHT,
RIJKSUNIVERSITEIT GRONINGEN EN ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

1. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. W.J. Slagter, mr. R.A.A. Duk, prof. mr. C.W.A. Timmermans, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, Geschillen in de onderneming, 1984.
2. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. P.J. Dortmond, mr. P.C. van den Hoek, mr. H.L.J. Roelvink, prof. mr. H.J.M.N. Honée. De nieuwe misbruikwetgeving, 1986.
3. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, Misbruik van rechtspersonen, 1986.
4. Mr. L. Timmerman, Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap van werknemers, 1988.
5. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. M.W. den Boogert, prof. mr. M.R. Mok, prof. mr. E. Aardema, Aandelen, 1988.
6. Mr. S.M. Bartman, Concernbeleid en aansprakelijkheid, 1989.
7. Mr. J.B. Huizink, Bestuurders van rechtspersonen, 1989.
8. Mr. A.F.M. Dorresteyn, Tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen, 1989.
9. Prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. P.J. Dortmond, prof. mr. C.A. Boukema, mr. H.J.M.N. Honée, mr. H.L.J. Roelvink, mr. A.L. Mohr, prof. mr. P. van Schilfgaarde, Piercing Van Schilfgaarde, 1990.
10. Mr. B.H.A. van Leeuwen, Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur, 1990.
11. Prof. mr. W.J. Slagter, mr. Karin C. Th. Schouwenberg, mr. A.G. van Solinge, mr. A.L. Mohr, prof. dr. L.G.M. Stevens, mr. A.J.S.M. Tervoort, mr. M.E. Koppenol-Laforce, Aspecten van het EESV, 1990.
12. Mr. J.N. Schutte-Veenstra, Harmonisatie van het kapitaalbeschermingsrecht in de EEG, 1991.
13. Mr. B.T.M. Steins Bisschop, De beperkte houdbaarheid van beschermingsmaatregelen bij beursvennootschappen, 1991.
14. Prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. H.J.M.N. Honée, mr. S.E. Eisma, prof. dr. H.P. Westermann, mr. M.W. den Boogert, mr. P.C. van den Hoek, prof. mr. P.F. van der Heijden, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, Ondernemingsrechtelijke contracten, 1991.
15. Mr. J.W. Winter, Concernfinanciering, 1992.
16. Prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. S.E. Eisma, prof. G.K. Morse, mr. L.H. Slijkhuis, prof. mr. A.L. Mohr en mr. T. Drion, De dubbelrol in het vennootschapsrecht, 1993.
17. Dr. R.H. van het Kaar, Medezeggenschap bij fusie en ontvlechting, 1993.
18. Mr. J.W. Winter, mr. drs. H. Langman, prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers, mr. H.J.M.N. Honée, Beschouwingen over concernfinanciering, 1993.
19. Mr. J.M. Blanco Fernández, De raad van commissarissen bij nv en bv, 1993.
20. Mr. G.M. ter Huurne, Nieuwe regels voor de levering van aandelen op naam, 1994.
21. Mr. H.M. Vletter-van Dort, Meldingsplicht voor beursvennootschappen, 1994.
22. Mr. R.C. van Dongen, Identificatie in het rechtspersonenrecht, 1995.
23. Mr. M.Y. Nethe, De ontbinding van lege besloten en naamloze vennootschappen, 1995.
24. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. P.J. Dortmond, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. P.C. van den Hoek, mr. D.C. Buijs, prof. mr. drs. H.P.J. Ophof, prof. mr. drs. H. Beckman en mr. J.W. Winter, Knelpunten in de vennootschapswetgeving, 1995.
25. Prof. mr. H. Beckman, De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen, 1995.

26. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. W.D.H. Asser, mr. J.B. Huizink, mr. O.L.O. deWitt Wijnen, mr. M.W. den Boogert, prof. mr. drs. H. Beckman, Rechtspleging in het ondernemingsrecht, 1997.
27. Mr. W.J. Oostwouder, Management Buy-out, 1996.
28. Mr. H.E. Boschma, De eenpersoons-bv, 1997.
29. Mr. J.B. Wezeman, Aansprakelijkheid van bestuurders, 1998.
30. Prof. mr. P.C. van den Hoek, prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. M.W. den Boogert, prof. dr. E. Wymeersch, mr. J.W. Winter, prof. mr. L. Timmerman, mr. J.B. Huizink, Corporate Governance voor juristen, 1998.
31. Mr. S.H.M.A. Dumoulin, Besluitvorming in rechtspersonen, 1999.
32. Mr. M.L. Lennarts, Concernaansprakelijkheid, 1999.
33. Mr. M. Koelmeijer, Redelijkheid en billijkheid in kapitaalvennootschappen, 1999.
34. Mr. E.E.G. Gepken-Jager, Vertegenwoordiging bij NV en BV, 2000.
35. Peter van Schilfgaarde Select, 2000.
36. Prof. mr. J.W. Winter, mr. J.-W.G. Vink, mr. A.W.H. Docters van Leeuwen, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. M.W. den Boogert, prof. mr. S.E. Eisma, prof. mr. S. Perrick, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. L. Timmerman, De beursvennootschap, 2001.
37. Mr. H.M. Vletter-van Dort, Gelijke behandeling van beleggers bij informatieverstrekking, 2001.
38. Mr. Th. Groenewald, Doeloverschrijding bij NV en BV, 2001.
39. Mr. G.N.H. Kemperink, Fusies, overnames en medezeggenschapsrechten, 2002.
40. Mr. L.J. Hijmans van den Bergh, prof. mr. Gerard van Solinge, mr. T. de Waard, prof. mr. J.W. Winter, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. H.J. de Kluiver, prof. mr. P.J. Dortmond, mr. J.N. Schutte-Veenstra, mr. E.D.G. Kiersch, prof. Jonathan Rickford, Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief, 2003.
41. Marius Josephus Jitta, Vino Timmerman, Guus Kemperink, Richard Norbruis, Anthony Driessen, Peter van der Zanden en Huub Willems, The Companies and Business Court from a comparative law perspective, 2003.
42. Mr. B. Bier, Uitkeringen aan aandeelhouders, 2003.
43. Mr. M. Meinema, Dwingend recht voor de besloten vennootschap, 2003.
44. LT, Verzamelde 'Groninger' opstellen aangeboden aan Vino Timmerman, 2003.
45. Mr. M.J. Kroeze, Afgeleide schade en afgeleide actie, 2004.
46. Mr. P.G.F.A. Geerts, Enkele formele aspecten van het enquête-recht, 2004.
47. Mr. M.L. Lennarts en mr. J.N. Schutte-Veenstra, Versoepeling van het BV- kapitaalbeschermingsrecht, 2004.
48. Mr. K.I.J. Visser, Zeggenschapsrechten van houders van een recht van pand of vruchtgebruik op aandelen op naam, 2004.
49. Mr. J.G. Groeneveld-Louwerse, Publieke wenselijkheid of private beleidsvrijheid, 2004.
50. Mr. Hanny Schutte-Veenstra, mr. Hylda Boschma, prof. mr. Marie-Louise Lennarts, Alternative systems for capital protection 2005.
51. Prof. mr. Peter van Schilfgaarde, mr. Hanny Schutte-Veenstra, prof. mr. P.J. Dortmond, prof. mr. L. Timmerman, mr. Brian Mezas, prof. mr. Jan Berend Wezeman, mr. Ellen Kiersch, prof. mr. Jaap Winter, prof. mr. Harm-Jan de Kluiver, Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, 2005.
52. Mr. S. Parijs, Fairness opinions and liability, 2005.
53. Mr. J.B.W.M. Kemperink, Vraagstukken rond (terug)storting op nv/bv-aandelen en van coöperatierecht, 2006.
54. Mr. A. Haan-Kamminga, Supervision on takeover bids, 2006.
55. Mr. dr. H.H. Voogsgeerd, Corporate Governance Codes, Markt- of rechtsarrangement?, 2006.
56. Xiaoning Li, A comparative study of shareholders' derivative actions, 2007.

57. Prof. mr. Hans Beckman, Mr. Herman L. Kaemingk, Mr. drs. Charles Honée, Prof. mr. L. Timmerman, Prof. mr. A.F. Verdam, Prof. mr. Maarten Kroeze, Prof. mr. Jan Berend Wezeman, Mr. Barbara Bier, Prof. mr. Jaap Winter, Prof. mr. M.W. den Boogert, De nieuwe macht van de kapitaalverschaffer, 2007.
58. Mr. M.A. Verbrugh, Structuurwijzigingen bij kapitaalvennootschappen en de positie van schuldeisers, 2007.
59. Mr. drs. B.F. Assink, Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag, 2007.
60. Mr. A.G.H. Klaassen, Bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders, 2007.
61. Mr. M.L.H. Reumers, Samengevoegde afwikkeling van faillissementen, 2007.
62. Ondernemingsrecht door en voor Mick den Boogert, 2008.
63. Mr. S.N. de Valk, Aansprakelijkheid van leidinggevend. Naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven, 2009.
64. Mr. A. van der Krans LLM, De virtuele aandeelhoudersvergadering, 2009.
65. Prof. dr. K. Cools RA, Mr. P.G.F.A. Geerts, Prof. mr. M.J. Kroeze, Mr. drs. A.C.W. Pijs, Het recht van enquête, een empirisch onderzoek, 2009.
66. Prof. dr. Thomas Blanke, dr. Edgar Rose, dr. Herman Voogsgeerd, prof. dr. Wijnand Zondag, Recasting Worker Involvement?, 2009.
67. Prof. mr. M.J. Kroeze, Dr. E.M.H. Hirsch Ballin, Dr. A.H.G. Rinnooy Kan, Prof. mr. L. Timmerman, Prof. mr. M. van Olffen, Mr. M. Holtzer, Prof. dr. M. Wyckaert, Prof. dr. K. Geens, Prof. mr. J.B. Wezeman, Prof. mr. M.L. Lennarts, Mr. P.D. Olden, Prof. mr. H.M. Vletter-van Dort, Bestuur en toezicht, 2009.
68. Mr. H. Koster, De Nederlandse juridische splitsing in Europees en rechtsvergelijkend perspectief, 2009.
69. Mr. F. Veenstra, Impassezaken en verantwoordelijkheden binnen het enquêterecht, 2010.
70. Mr. B. Snijder-Kuipers, Omzetting als rechtsvormwijziging, 2010.
71. Europees ondernemingsrecht: 50 jaar na Sanders' Europese NV, 2010.
72. Mr. P.P. de Vries, Exit rights of minority shareholders in a private limited company, 2010.
73. Mr. D.A.M.H.W. Strik, Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid, 2010.
74. Mr. J.B.S. Hijink, Publicatieverplichtingen voor beursvennootschappen, 2010.
75. Mr. J.B.S. Hijink en Mr. M.A. Verbrugh e.a., Grensoverschrijdend ondernemen na Cartesio, 2010.
76. Prof. mr. B.F. Assink e.a., Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht, 2011.
77. Mr. T.E. Lambooy, Corporate Social Responsibility, 2010.
78. Mr. H.M. Punt, Het vennootschapsrecht van Holland, 2010.
79. Mr. M.J. van Ginneken, Vijandige overnames, 2010.
80. Prof. mr. M.J. Kroeze, Prof. mr. J.B. Wezeman, Prof. mr. L. Timmerman, Prof. mr. B.F. Assink, Prof. mr. J.W. Winter, Prof. mr. L.G. Verburg, Prof. mr. H.M. Vletter-van Dort, Mr. drs. H.H. Kersten, Prof. mr. W.J.M. van Veen, Mr. P. Glazener, Prof. mr. H. Beckman, SamenWerken in het ondernemingsrecht, 2011.
81. Mr. drs. I.S. Wuisman, Een Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid: wenselijk?, 2011.
82. Qiuju Wang, Exit remedies for minority shareholders in close companies, 2011.
83. Mr. M. Mussche, Vertrouwen op informatie bij bestuurlijke taakvervulling, 2011.
84. Prof. mr. L. Timmerman, Harry Honée-bundel, 2011.
85. Mr. W.J.L. Calkoen, The One-Tier Board in the changing and converging world of corporate governance, 2012.
86. Mr. J.G.C.M. Galle, Consensus on the comply or explain principle within the EU corporate governance framework: legal and empirical research, 2012.
87. Mr. drs. T.M.C. Arons, Cross-border enforcement of listed companies' duties to inform, 2012.
88. Mr. M.C. Schouten, The Decoupling of Voting and Economic Ownership, 2012.

89. Mr. A.J.M. Klein Wassink, Toetsing van besluiten in het rechtspersonenrecht, 2012.
90. Mr. drs. N.J.M. van Zijl, The Importance of Board Independence – A Multidisciplinary Approach, 2012.
91. Mr. A.J.P. Schild, De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht, 2012.
92. Mr. G.N.H. Kemperink, Vennootschappelijk toezicht op de doelvennootschap bij openbare biedingen, 2013.
93. Mr. A.J.S.M. Tervoort, Het bestuursverbod bij de commanditaire vennootschap, 2013.
94. Mr. J.M. de Jongh, Tussen *societas* en *universitas*, De beursvennootschap en haar aandeelhouders in historisch perspectief, 2014.
95. Mr. M. Holtzer, De invloed van werknemers op de strategie van de vennootschap, 2014.
96. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, Prof. mr. H.E. Boschma, Prof. mr. J.B.S. Hijink, Prof. mr. J.W. Winter, Prof. mr. J.H.M. Willems, Prof. dr. J.A. van Manen RA, Mr. A.R.J. Croiset van Uchelen, Mr. C.W.M. Lieverse, Prof. mr. L. Timmerman, Ondernemingsrecht in tijden van crisis, 2014.
97. Mr. P.P.D. Mathey-Bal, De positie van de vennootschap onder firma. In civielrechtelijk, vennootschapsrechtelijk, publiekrechtelijk en Europeesrechtelijk perspectief, 2016.
98. Prof. mr. L. Timmerman, Mr. dr. J.N. Schutte-Veenstra, Mr. dr. J.M. de Jongh, Mr. dr. C.H.C. Overes, Mr. dr. A.J.S.M. Tervoort, Prof. mr. J.B. Wezeman, Prof. mr. B.F. Assink, Prof. mr. J.B.S. Hijink, Prof. mr. J.H.M. Willems, Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht, 2016.
99. De toekomst van het ondernemingsrecht – het ondernemingsrecht van de toekomst, Opstellen voor Prof. mr. L. (Vino) Timmerman, ter gelegenheid van zijn 65^{ste} verjaardag en 25+ jaar hoogleraarschap, 2015.
100. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht, 2016.
101. Mr. drs. N.T. Pham, Directors' liability. A legal and empirical study, 2017.
102. Mr. C.M. Stokkermans, Sleutels voor personenvennootschapsrecht, 2017.
103. Mr. F.G.K. Overkleef, De positie van aandeelhouders in beursvennootschappen, 2017.
104. Prof. mr. B.F. Assink, Mr. M.J. van Ginneken, Prof. mr. L. Timmerman, Prof. mr. H.M. Vletter-van Dort (Red.), De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders', 2017.
105. Mr. F. Eikelboom, De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure, 2017.
106. Mr. C.E.J.M. Hanegraaf, Art. 2:11 BW, doorgeefluik van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoe diep kan een bestuurder vallen?, 2017.
107. Mr. dr. A.J.S.M. Tervoort, Prof. mr. Bastiaan F. Assink, Mr. dr. P.P. de Vries, Prof. mr. M.L. Lennarts, Mr. P. Schütte, Prof. mr. C.A. Schwarz, Mr. M.H.C. Sinninghe Damsté, Prof. mr. W.J.M. van Veen, Mr. dr. B. Snijder-Kuipers, Familievennootschappen, 2017.
108. Mr. W.A. Westenbroek, Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie, 2017.