

**Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW en art. 6:162 BW**



# Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW en art. 6:162 BW

**Verslag van de debatmiddag over bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW en art. 6:162 BW gehouden op 17 maart 2016 op de Vrije Universiteit Amsterdam**

Met een inleiding van:

prof. mr. J.B. Huizink en prof. mr. A.F. Verdam

*en bijdragen van:*

prof. mr. L. Timmerman

prof. mr. F.M.J. Verstijlen

mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk

Ontwerp omslag: Hans Roenhorst, [www.H2Rplus.nl](http://www.H2Rplus.nl)

ISBN 978 90 13 14159 7  
NUR 827-715

© 2017 Wolters Kluwer Nederland BV

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever worden veeleelvoudigd of openbaar gemaakt.

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.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Wolters Kluwer Nederland BV legt de gegevens van de 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](http://www.wolterskluwer.nl).

## Inhoudsopgave

<b>Inleiding</b>	7
<i>Prof. mr. J.B. Huizink en Prof. mr. A.F. Verdam</i>	
<b>Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid</b>	9
<i>Prof. mr. L. Timmerman</i>	
<b>Bestuurdersaansprakelijkheid na Hezemans Air</b>	21
<i>Prof. mr. F.M.J. Verstijlen</i>	
<b>Bestuurdersaansprakelijkheid aan de hand van de KPNQwest-zaak</b>	31
<i>Mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk</i>	
<b>Verslag van de discussie</b>	39
<i>Mr. K.H.M. de Roo</i>	



## Inleiding

*prof. mr. J.B. Huizink en prof. mr. A.F. Verdam*

Op 17 maart 2016 organiseerde het ZIFO een debatmiddag over bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW en art. 6:162 BW. Dit naar aanleiding de arresten van de afgelopen jaren van de Hoge Raad over bestuurdersaansprakelijkheid. Met name vragen rond het criterium van ‘ernstig verwijt’ en de verhouding van die maatstaf tot het criterium voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van Boek 6 BW, hebben geleid tot – in de woorden van Verstijlen – een avalanche aan artikelen waarbij van een communis opinie geenszins sprake was maar kritiek op en steun voor ’s-Hogen Raads beslissingen elkaar afwisselden.

Tijdens de debatmiddag werden inleidingen gehouden door prof. mr. L. Timmerman, Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad en hoogleraar Grondslagen ondernemingsrecht EUR, prof. mr. F.M.J. Verstijlen, Hoogleraar Privaatrecht RUG, en mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk, advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek, Amsterdam. Door de verschillende invalshoeken die de sprekers hanteerden kwamen de verschillende kanten, visies en argumenten naar voren. Door de laatste spreker werd daarnaast ingegaan op de verschillen tussen de diverse gronden voor bestuurdersaansprakelijkheid.

Deze bundel bevat de schriftelijke uitwerkingen van de gehouden inleidingen, aangevuld met een verslag van de discussie.

Timmerman maakt in zijn bijdrage opmerkingen over beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid. Hij behandelt allereerst de verhouding van het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid tot het algemene aansprakelijkheidsrecht. Daarbij benadrukt hij dat het antwoord op de vraag of het ernstig verwijt-criterium alleen een rol moet spelen bij art. 2:9 BW-aansprakelijkheid of ook bij onrechtmatige daadbestuurdersaansprakelijkheid, een rechtspolitieke keuze is. De Hoge Raad heeft die keuze gemaakt door te oordelen dat het begrip ernstig verwijt moet worden toegepast op beide soorten bestuurdersaansprakelijkheid.

Vervolgens formuleert en behandelt Timmerman drie algemene beginselen. Te weten het petten-beginsel (de hoedanigheid waarin de gedraging werd verricht), het beginsel van samengesteld karakter van de maatstaf (waarbij rekening moet worden gehouden met de aard van de normschending, de mate van schuld en de omstandigheden van het geval), en het beginsel van de maatman-bestuurders (wat kan van een gemiddeld bestuurder worden verwacht). Ten slotte gaat hij in op twee

specifiek voor bijzondere vormen van bestuurdersaansprakelijkheid geldende beginselen.

Verstijlen uit duidelijke kritiek op de koers van de Hoge Raad. Zowel ten aanzien van – wat hij noemt – een moeilijk hanteerbaar en improductief criterium voor persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder, alsook op de ‘aansprakelijkheidsluwe’ zone die de bestuurder geniet ook voor het schenden door hemzelf van een persoonlijke onzorgvuldigheidsnorm. Hij stelt dat het gehanteerde criterium voor de hogere aansprakelijkheidsdrempel geen adequate demarcatie vormt, en betoogt – meer ten principiële – dat er geen goede reden is voor zo’n demarcatie. Daarbij behandelt hij de daarvoor door de Hoge Raad genoemde argumenten. In zijn afronding roept hij de Hoge Raad op na het Hezemans-arrest een volgende en laatste stap in de goede richting te zetten.

De *Bie Leuveling Tjeenk* gaat in zijn bijdrage in op de verschillende bestuurdersaansprakelijkheids-procedures die in de KPQwest-zaak zijn gevoerd. Hij belicht daarin de verschillende gronden voor zo’n aansprakelijkheid en de eisen die daarbij steeds gelden, alsook tot vergoeding van welke schade precies dit kan leiden. Hij gaat in op de door de Hoge Raad in 2014 geformuleerde regel dat voor een persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders ex art. 2:9 BW is vereist dat de bestuurder *terzake van de benadeling* persoonlijk een ernstig verwijt gemaakt kan worden. Volgens spreker zal zulks als hoofdregel betekenen dat een zekere mate van voorzienbaarheid van de daadwerkelijke benadeling vereist is. Dat laatste zou zijn te onderscheiden van een wetenschap van enig risico op zo’n benadeling. Dat geldt eveneens in relatie tot de Beklamel-norm bij het aangaan van een geldlening, wanneer het verwijt betrekking heeft op een daarmee verband houdende verplichting, zoals het stellen van zekerheid.

Daarmee bevat deze bundel bijdragen die nieuwe inzichten geven in de verschillende aspecten van de regels voor bestuurdersaansprakelijkheid en de nadere invulling daarvan door de Hoge Raad. De bijdragen kunnen een leidraad zijn voor verdere toepassing, maar ook voor een betoog tot aanpassing daarvan. Daarmee is deze bundel – geheel conform de doelstelling van het Zifo – zowel voor beoefenaars van de wetenschap als van de praktijk van belang.



# Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid

– *hoedanigheid van bestuurder doet ertoe* –

*Prof. mr. L. Timmerman*

## “Principles” of “doctrine”

1. Ik las onlangs een boek over het Warren-Court.<sup>1</sup> Daarmee wordt bedoeld op het Amerikaanse hoogerechtshof dat in de periode 1953-1969 onder leiding stond van Earl Warren. Warren wordt gezien als één van de belangrijkste Chief Justices uit de Amerikaanse geschiedenis. In dat boek las ik dat Warren zich in zijn uitspraken meer door “principles” liet leiden dan door “doctrine”. Deze constatering intrigeerde mij. Bij de beoefening van het ondernemingsrecht laat ik mij ook graag door beginselen of grondslagen leiden en minder door vaste regels. Ik houd van een kneedbaar en flexibel ondernemingsrecht dat rekening kan houden met de veranderende maatschappelijke werkelijkheid. Dat is makkelijker te bereiken met “principles”, die immers buigzaam zijn (denk aan het buigzame evenredigheidsbeginsel<sup>2</sup>) dan met dogmatiek, die vaak star is. Ik schreef een aantal jaren geleden een verhandeling over grondslagen van het Nederlandse ondernemingsrecht.<sup>3</sup> Hetzelfde kunstje ga ik opnieuw opvoeren, maar dan toegepast op de bestuurdersaansprakelijkheid. Ik wil opmerkingen maken over *beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid*. Die beginselen ontleen ik voornamelijk aan de rechtspraak van de Hoge Raad. Ik probeer op deze wijze nog eens tot de kern van de bestuurdersaansprakelijkheid door te dringen.

## Rechtspolitieke keuze

2. Om te beginnen maak ik een preliminaire opmerking van rechtspolitieke aard. In het leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid is een twistappel de vraag bij welk type bestuurdersaansprakelijkheid ernstig verwijt een rol dient te spelen: alleen bij art. 2:9 BW of ook bij de onrechtmatige daadbestuurdersaansprakelijkheid. M.i. kan men ervoor kiezen, als men een meer terughoudende bestuurdersaansprakelijkheid wenst, om over de gehele linie van de bestuurdersaansprakelijkheid het begrip ernstig verwijt van toepassing te laten zijn. Dat is een volstrekt legitieme rechtspolitieke keuze, ook al verschillen art. 2:9 BW en art. 6:162 BW in karakter. De Hoge Raad heeft die keuze ook gemaakt (niet of nog niet bij art. 2:248 BW; ik

<sup>1</sup> Michal R. Belknap, *The Supreme Court under Earl Warren 1953-1969* (2005).

<sup>2</sup> Zie hierover M.J. van Ginneken en L. Timmerman, *De betekenis van het evenredigheidsbeginsel*, *Ondernemingsrecht* 2011, p. 601-607.

<sup>3</sup> L. Timmerman, *Grondslagen van geldend ondernemingsrecht*, *Ondernemingsrecht* 2009/2.

laat dit artikel buiten beschouwing). Dit rechtscollege past het begrip ernstig verwijt toe op verschillende soorten bestuurdersaansprakelijkheid.<sup>4</sup>

Voor die rechtspolitieke keuze zijn goede argumenten aan te voeren, die je kunt samenvatten met de door Maarten Kroeze bedachte uitdrukking: “we willen geen bange bestuurders”.<sup>5</sup> Je kunt het ook wat deftiger zeggen. We willen in Nederland graag ondernemerschap bevorderen. Dat vereist het nemen van risico’s door ondernemers. De ondernemersfunctie wordt in Nederland doorgaans uitgeoefend door een bestuurder van een vennootschap. Bij het voor Nederland goede idee van het bevorderen van ondernemerschap past m.i. geen streng bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Anders gaan bestuurders te defensief, te weinig risicovol besturen, om persoonlijke aansprakelijkheidsrisico’s te vermijden. Ik geef toe dat empirisch niet vaststaat dat er een verband bestaat tussen een minder streng bestuurdersaansprakelijkheidsrecht en het bevorderen van ondernemerschap. Maar, zolang we niets beters hebben, vertrouw ik ook op gezond verstand. Volgens mijn gezonde verstand is er wel zo’n verband. Het zou een goede zaak zijn om naar dat verband wetenschappelijk onderzoek te doen.

3. Misschien speelt ook nog iets anders een rol. Het is achteraf gemakkelijk te oordelen dat, als een zaak misloopt, een bestuurder in een complexe situatie met grote tijdsdruk anders had moeten handelen. Het idee van het ernstig verwijt waarschuwt de rechter in feitelijke instanties om telkens met een zekere terughoudendheid te oordelen in kwesties van bestuurdersaansprakelijkheid. Wijsheid achteraf is gemakkelijk.

Een zekere, overigens beperkte immuniteit van bestuurders lijkt mij daarom gerechtvaardigd.<sup>6</sup> Die beperkte immuniteit moet uiteraard niet zover gaan dat de bestuurdersaansprakelijkheid volledig wordt uitgehold. Bestuurdersaansprakelijkheid mag in bepaalde omstandigheden nog wel degelijk bijten. De drempel voor het intreden van bestuurdersaansprakelijkheid mag ook weer niet te hoog zijn. Anders krijgen we bange schuldeisers.

### **Verhouding tot het algemene aansprakelijkheidsrecht**

4. In mijn kijk op het ondernemingsrecht is het rechtspolitiek goed verdedigbaar 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. Een enkele beoefenaar van het algemene vermogensrecht vindt dat niet leuk. Maar het ondernemingsrecht en het algemene aansprakelijkheidsrecht mogen, neen moeten elkaar m.i. over en weer beïnvloeden.<sup>7</sup> Het algemene aansprakelijkheidsrecht

---

4 HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 (Staleman) en HR 30 september 2005, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen).

5 M.J. Kroeze, Bange bestuurders, oratie EUR (2005).

6 Zie hierover ook de beschouwingen van A.J. Verheij, in *Immuniteten*, Preadvies NJV 2013, p. 75-76.

7 Ik ben een voorstander van verbindend recht. Daarin worden uiteenlopende benaderingen met elkaar in verbinding gebracht. L. Timmerman, *Verbindend vennootschapsrecht, variatie op een thema*, in *Verbindend recht*, Feestbundel Prof. Mr. K.F. Haak, p. 511-524 (2012).

mag best met een beetje ondernemingsrechtelijk serum geïnjecteerd worden. Dit onderdeel van het recht is geen sacrosanct geheel dat geen variatie toelaat.

Sommige auteurs menen dat het ernstig verwijt zich om doctrinaire redenen *moet* beperken tot de bestuurdersaansprakelijkheid van art. 2:9 BW.<sup>8</sup> Ik vind het volstrekt legitiem dat de Hoge Raad een andere rechtspolitieke keus heeft gemaakt, omdat de Raad voor die keus m.i. goede argumenten heeft. Die goede argumenten heb ik hierboven kort aangeduid. Recht heeft voor mij iets van een willenschap. Recht is immers dat we met zijn allen willen dat recht is. Ik ken in het recht maar weinig dwingende uitkomsten. Het recht is doorgaans buigzaam.

Ik heb er ook geen moeite mee te erkennen dat bestuurdersaansprakelijkheid zonder ernstig verwijt kan worden opgezet. Maar ik vind dat rechtspolitiek gezien wel een minder goed stelsel van bestuurdersaansprakelijkheid. Daarvan ben ik uiteraard geen voorstander.

5. Met deze preliminaire opmerkingen heb ik meteen mijn eerste beginsel aangeduid: voor bestuurdersaansprakelijkheid geldt het vereiste van ernstig verwijt. Het concept ernstig verwijt geeft een eigen identiteit, een eigen kleur aan de bestuurdersaansprakelijkheid over de gehele linie.

### Drie algemene beginselen en twee specifieke beginselen

6. Ik wijs nu allereerst op drie *in het algemeen voor bestuurdersaansprakelijkheid geldende beginselen*. Deze beginselen brengen een zekere *eenheid* in de toepassing van de bestuurdersaansprakelijkheid. Daarna komen *specifieke beginselen* aan de orde, d.w.z. beginselen die voor een bepaalde soort bestuurdersaansprakelijkheid gelden. Die zorgen juist voor *verscheidenheid*. Je ziet in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht steeds een spanning tussen eenheid en verscheidenheid.<sup>9</sup> Daarna ga ik in op een nieuwe variant van bestuurdersaansprakelijkheid.<sup>10</sup>

### Het petten-beginsel

7. Voor het vallen onder het regime van de bestuurdersaansprakelijkheid is het verrichten van gedragingen in de taakvervulling als bestuurder vereist. Dat is niet meer dan logisch. Het optreden als bestuurder “triggert” het aparte leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid met als onderscheidend kenmerk het ernstig verwijtvereiste. Een moeilijkheid is dat niet ieder handelen van een bestuurder van een

---

<sup>8</sup> Zie F.J.M. Verstijlen, Bestuurdersaansprakelijkheid in het gemene recht: de spagaat tussen Boek 2 en Boek 6 in: Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015, p. 328.

<sup>9</sup> Zie hierover L. Timmerman, Naar geïntegreerde bestuurdersaansprakelijkheid in Essers, Raaijmakers, Van der Sangen, Verdam en Vermeulen (red), Met Recht, p. 481-489 (2009).

<sup>10</sup> Zie voor een mooi en helder overzicht van de bestuurdersaansprakelijkheid: A.J.P. Schild, Ontwikkelingen bestuurdersaansprakelijkheid: een overzicht, WPNR 7087. In deze beschouwing leg ik ten dele andere accenten door mijn benadering vanuit beginselen.

vennootschap ook een handelen als bestuurder oplevert.<sup>11</sup> Denk aan de bestuurder van een bv die op weg naar een zakelijke afspraak een verkeersongeluk veroorzaakt. In zo'n geval handelt de bestuurder van een bv niet als een bestuurder van zijn vennootschap, maar als gewone automobilist die aan het verkeer deelneemt en de daarvoor gebruikelijke zorgvuldigheid in acht dient te nemen. Ik zou willen aannemen dat, gelet op de ratio van het ernstig verwijt-vereiste, het optreden als bestuurder in ieder geval aan de orde is, wanneer de betrokken persoon ondernemingsbeslissingen neemt of handelingen ter uitvoering hiervan verricht. Relevant is uiteraard ook de wettelijke en statutaire taakomschrijving van de bestuurder. Die omschrijvingen hebben betekenis zowel ingeval een bestuurder wordt verweten dat hij verkeerd heeft gehandeld als wanneer hij ten onrechte niet heeft gehandeld en daardoor schade veroorzaakt. Dit alles betekent m.i. dat er telkens een inhoudelijk verband dient te zijn tussen het aan de bestuurder verweten onrechtmatig handelen of nalaten en de door hem te verrichten bestuurstaak.<sup>12, 13</sup>

8. Er is nog een kwestie waarop ik wil wijzen. Ik doel op de bestuurder van een beroepspraktijk-bv. Op zijn werkzaamheden als bij voorbeeld advocaat of als medicus of als makelaar zijn specifieke, voor het desbetreffende beroep geldende beroepsregels van toepassing. Deze beroepsregels berusten soms op uitgebreid wetenschappelijk onderzoek. Dit geldt zeker in de medische sector.<sup>14</sup> Dit type beroepsregels wordt een steeds belangrijker verschijnsel in het Nederlandse recht. Daarom is het ook in het aansprakelijkheidsrecht gerechtvaardigd met deze regels rekening te houden. Ik vind het onjuist dat de uit deze beroepsregels voortvloeiende verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden door de ernstig verwijt-rechtspraak zouden worden doorkruist. Dit betekent bij voorbeeld dat, indien de bestuurder/beroepsbeoefenaar van een praktijk-bv door een cliënt persoonlijk uit art. 6:162 BW wordt aangesproken, voor hem de norm van de redelijk bekwame en redelijk handelende beroepsbeoefenaar geldt. Die norm wordt mede ingevuld met behulp van de betrokken beroepsnormen en protocollen. Het toepassen van het ernstig verwijt-criterium is niet gepast, ook al zou de beroepsbeoefenaar van oordeel zijn dat hij zijn beroepswerkzaamheden als bestuurder van zijn bv verricht. In zo'n geval treedt de bestuurder jegens zijn cliënt immers primair op als beroepsbeoefenaar en niet primair als bestuurder van zijn bv.<sup>15</sup> Juist zijn cliënt zal dit ook zo ervaren.<sup>16</sup> Het mag voor de toepasselijkheid van de beroepsregels geen verschil uitmaken of een beroepsbeoefenaar al dan niet in het kader van een bv handelt.

11 Op deze problematiek wijst A. Karapetian, Bestuurdersaansprakelijkheid na Van der Riet/Hofmann: over hoe het is, hoe het was en zou moeten zijn, WPNR 7052 terecht. Anders dan mevr. Karapetian acht ik deze problematiek niet onoplosbaar.

12 Vergelijk mijn preadvies voor de NJV 2000, p. 120.

13 Interessant is nog het Nilarco-arrest van 11 februari 2011, NJ 2011/305 waaruit blijkt dat een bestuurder in bepaalde omstandigheden niet kan zeggen dat hij niet als bestuurder heeft gehandeld en dat daarom de uit het bestuurderschap voor hem voortvloeiende jegens een derde geldende verplichtingen niet van toepassing zijn.

14 Ik heb met de toepassing van die medische beroepsregels ervaring en weet wat een doordacht geheel van regels dit inmiddels is geworden, omdat ik als plaatsvervangend voorzitter deel uitmaak van een regionaal medisch tuchtcollege.

15 Vergelijk HR 18 september 2015, NJ 2016/66.

16 Het inzetten van een bv kan wel nuttig zijn om privé-aansprakelijkheid voor door anderen gemaakte beroepsfouten af te wenden. Ik ga hier verder niet op in.

Soms kunnen de beroepsregels voor de beroepsbeoefenaar tot een strengere aansprakelijkheid leiden dan het geval zou zijn met toepassing van de ernstig verwijt-maatstaf. Soms misschien tot een minder strenge aansprakelijkheid. Het ligt er maar aan op welke wijze de beroepsgedragsregels zijn ingevuld.

9. Het bovenstaande maakt duidelijk dat het hebben van een bepaalde hoedanigheid (bestuurder of beroepsbeoefenaar) het toepasselijke onrechtmatige daad-aansprakelijkheidsregime kleurt. Dit is geen bijzonder verschijnsel. Ik wijs op diverse vormen van kwalitatieve aansprakelijkheid die in Boek 6 BW zijn geregeld (art. 6:169-6:184). Die haken vaak ook aan bij een bepaalde hoedanigheid en hebben tot gevolg dat bijzondere, overwegend strengere aansprakelijkheidsregels van toepassing worden. In het contractenrecht is de relevantie van hoedanigheid van een partij reeds lang aanvaard. Ik verwijs naar de nog steeds interessante dissertatie van Tjittes over de vraag hoe het hebben van een bepaalde hoedanigheid op contractuele verplichtingen van invloed is.<sup>17</sup> De relevantie van het hebben van een hoedanigheid voor het intreden van bepaalde rechtsgevolgen is een voorbeeld van de meer algemene tendens tot differentiatie in het privaatrecht. Er wordt in het privaatrecht terecht steeds meer met bijzondere omstandigheden rekening gehouden.

10. Tegen deze achtergrond is het vreemd dat in de literatuur zoveel bezwaar wordt gemaakt tegen een specifiek, aan een bepaalde hoedanigheid, namelijk die van bestuurder aanknopend bestuurdersaansprakelijkheidsrecht.<sup>18,19</sup> Dat aanknopen aan een bepaalde hoedanigheid is in het civiele recht echt niets bijzonders. Kortmann stelt over bestuurdersaansprakelijkheid zonder omhaal van woorden: "Het gaat ... over de persoonlijke aansprakelijkheid van een functionaris die in de uitoefening van zijn functie handelt. Hieraan kunnen en mogen hogere eisen dan aan de primaire aansprakelijkheid".<sup>20</sup> Ernstig verwijt is m.i. niet meer en niet minder dan een uitwerking van die hogere eisen. Dit is m.i. de kern van de zaak.<sup>21</sup>

17 R.P.J.L. Tjittes, De hoedanigheid van contractspartijen (diss. RUG 1994).

18 Zie bij voorbeeld W.A. Westenbroek, in Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening, *Ondernemingsrecht* 2016, p. 112-121 die van een status aparte van een bestuurder niet wil weten. Hij meent dat voor zo'n status aparte een wettelijke grondslag nodig is. Die is er ten dele in art. 2:9 BW. Bovendien geeft de eis van zo'n wettelijke grondslag blijk van een nogal beperkte kijk op rechtsvinding door de rechter. Zo'n weinig vrije rol voor de rechter spreekt mij niet aan. Ik verwijs naar mijn opmerkingen over beginselen aan het begin van dit artikel.

19 Ik zal overigens binnenkort in ander verband schrijven over de rechtspositie van de werknemer die door een benadeelde schuldeiser van de vennootschap wegens onrechtmatig handelen wordt aangesproken.

20 Asser/Van der Grinten/Kortmann, 2-1, *Vertegenwoordiging*, p. 187-188 (2004). Het is overigens een oude gedachte die al te vinden is in het arrest Kretschmar/Mendes de Leon (HR 25 november 1927, NJ 1928/364: aansprakelijkheid van een rechtspersoon is niet steeds van dien aard dat daardoor bestuurders geacht kunnen worden persoonlijk een onrechtmatige daad te hebben gepleegd.

21 Ik ben het dan ook niet eens met Westenbroek dat toerekening aan een rechtspersoon niets zegt over de vraag wanneer een handelend persoon aansprakelijk is zie zijn hierboven geciteerde artikel, p. 116. Dat zegt m.i. nu juist wel wat. De reden daarvoor is dat het maatschappelijk en economisch gewicht van de rechtspersoon is toegenomen (zie hiervoor de rode draad van mijn preadvies voor NJV 2000, p. 105-165). Daarbij komt nog dat een schuldeiser van de rechtspersoon zich op twee vermogens (dat van de vennootschap en dat van de bestuurder) kan verhalen. Ook dit gegeven is m.i. relevant voor het beantwoorden van de vraag onder welke omstandigheden een bestuurder aansprakelijk dient te zijn. M.i. gaat het weer te ver wanneer bepleit wordt dat de rechtspersoon in beginsel exclusief toerekeningspunt dient te zijn en de bestuurder in beginsel nooit kan worden aangesproken. Zie voor dit standpunt: J. van Bekkum, *Tulip Air neemt zorg en onzekerheid over Spaanse villa niet weg*, WPNR 7055. Wanneer ik deze uiteenlopende standpunten overzie, dan heeft de Hoge Raad per saldo een middenweg voor de bestuurdersaansprakelijkheid ontwikkeld. Ik vind deze het meest aantrekkelijk.

### Het beginsel van het samengesteld karakter

11. Bij de beoordeling of sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid, waarbij de ernstig verwijt maatstaf wordt toegepast, moeten door de rechter alle omstandigheden van het geval (verzwarende en verzachtende) in aanmerking worden genomen, maar ook de aard, de ernst en de frequentie van de normschending door de bestuurder, en de mate van schuld. Dit beginsel (rekening houden met de aard van de normschending, de mate van schuld en de omstandigheden van het geval) geeft de structuur van het begrip ernstig verwijt weer en maakt duidelijk dat het begrip ernstig verwijt een samengesteld karakter heeft.<sup>22</sup> Wel merk ik op dat het begrip ernstig verwijt een complex karakter heeft.

12. Het beginsel van het samengesteld karakter heeft gevolgen voor de wijze waarop het ernstig verwijt vereiste in de systematiek van art. 6:162 BW ingebed kan worden. De Hoge Raad heeft het ernstig verwijt vereiste dogmatisch, voor wat betreft de onrechtmatige daad, in het onrechtmatigheidsoordeel ingebed.<sup>23</sup> Naar mijn inzicht past het beter bij de aard van het beginsel van het samengesteld karakter om het ernstig verwijt vereiste zowel op de onrechtmatigheid als op de toerekening te betrekken.

### Het beginsel van de maatman-bestuurder

13. De bestuurdersaansprakelijkheid wordt steeds objectief en niet subjectief vastgesteld. Dat betekent dat moet worden uitgegaan van de maatman-bestuurder: wat kan van een gemiddelde bestuurder verwacht worden? We moeten op die gemiddelde bestuurders koersen onder andere omdat er bestuurders zijn die dommer zijn dan van een gemiddelde maatman-bestuurder verwacht mag worden<sup>24</sup> of bij voorbeeld een grotere risk-appetite hebben, d.w.z. geneigd zijn meer risico's te nemen dan voor een gemiddelde bestuurder verantwoord is. Dat mogen geen factoren zijn die de aansprakelijkheid van een bestuurder beïnvloeden. Het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht wordt door zijn objectiviteit gedepersonaliseerd en krijgt een normatief karakter. Ik zou nog op één punt willen wijzen: neem eens aan dat een bestuurder over meer kennis beschikt dan de gemiddelde bestuurder d.w.z. op een bepaald terrein specialist is. Ik zou willen verdedigen dat een dergelijke superieure kennis van betekenis is heeft voor het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag. De maatman is de ondergrens.<sup>25</sup>

---

22 Dit samengesteld karakter van het ernstig verwijt vereiste benadrukt de Hoge Raad in zijn arrest van 5 september 2014, NJ 2015/22 (RCI). Assink, die als eerste op het samengestelde karakter van het ernstig verwijt wees, behandelt dit karakter van ernstig verwijt p. 1036-1039 en p. 1134-1135 van het Compendium van het ondernemingsrecht.

23 HR 30 september 2005, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen), slot rov 3.5.

24 Zie hiervoor vooral: HR 26 juni 2009, NJ 2009/418 rov. 4.3 (Eurocommerce).

25 Zie hierover Assink in het Compendium van het Ondernemingsrecht, p. 1015 en 1018.

## Wetenschap van benadeling van schuldeisers

14. Ik kom nu toe aan de specifiek voor de bijzondere vormen van bestuurdersaansprakelijkheid geldende beginselen. Dit zijn dus beginselen die geen eenheid in het leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid brengen, maar juist verscheidenheid. Bij de toepassing van de art. 6:162 BW-bestuurdersaansprakelijkheid gaat het doorgaans om handelen of nalaten van een bestuurder dat neerkomt op benadeling van schuldeisers van de vennootschap. In zo'n geval is wetenschap van te verwachten benadeling van schuldeisers (ook wel voorzienbaarheid van benadeling) een logisch aanknopingspunt voor de inhoudelijke invulling van het begrip ernstig verwijt. Die wetenschap, die voorzienbaarheid van benadeling, is in de meeste 6:162-gevallen de hoge drempel voor het intreden van de aansprakelijkheid. Naar mijn ervaring met de door mij behandelde art. 6:162-bestuurdersaansprakelijkheidszaken is wetenschap van benadeling van een schuldeiser dikwijls een geschikt criterium om te beslissen of een bestuurder al dan niet aansprakelijkheid is. Voor mij heeft de maatstaf wetenschap van te verwachten benadeling de bestuurdersaansprakelijkheid eenvoudiger gemaakt.

15. Twee kanttekeningen:

- a. het moet steeds gaan om objectieve wetenschap van benadeling (dus niet om bij de betrokken bestuurder aanwezige feitelijke wetenschap van benadeling; we moeten "wilful blindness" van een bestuurder,<sup>26</sup> anders gezegd "wegkijken" zien te voorkomen). Ook moet rekening gehouden kunnen worden met de beperkingen van het menselijk brein. We moeten van een bestuurder ook niet meer kennis en inzicht verwachten dan van een gemiddelde bestuurder tenzij deze over superieure inzichten beschikt. De objectiviteit van de bij de bestuurder aanwezige wetenschap van benadeling is in overstemming met het zojuist genoemde maatman-beginsel.
- b. Er is nog een kanttekening te plaatsen bij het wetenschap van benadeling-vereiste. Soms is het voldoende dat bewezen wordt dat een bestuurder ernstig rekening moest houden met benadeling van schuldeisers. Met deze lichtere invulling van het ernstig verwijt-vereiste kan worden volstaan in gevallen waarin een bestuurder activiteiten heeft ontplooid die evident inherente ernstige risico's van benadeling van schuldeisers meebrengen, zoals het leeghalen van een vennootschap zonder legitiem motief en slechts met de bedoeling eigen voordeel te halen. Denk aan het Air Holland-geval.<sup>27</sup> In die zaak had het bestuur de vennootschap van haar activa ontdaan, terwijl er nog werd geprocedeerd over een vordering op die vennootschap. In dit type gevallen moet bestuurdersaansprakelijkheid stevig kunnen bijten.

---

<sup>26</sup> Zie hierover: Margaret Heffernan, *Wilful blindness, why we ignore the obvious at our peril* (2011).

<sup>27</sup> HR 4 april 2014, NJ 2014/195. Ik merk nog op dat het criterium ernstig rekening houden met, in het geval zoals berecht door de Hoge Raad, betrekking heeft op het voorzienbaar zijn dat de vordering van de benadeelde schuldeiser t.z.t. nog bestaat.

### Voorzienbare schade aan het vennootschappelijk belang

16. Ik kom bij art. 2:9 BW. Ook voor de toepassing van dit wetsartikel geldt de ernstig verwijt-maatstaf.<sup>28</sup> Art. 9 heeft betrekking op de verhouding tussen de bestuurder en de vennootschap. Een logische invulling van het ernstig verwijt is dan het door de bestuurder schade toebrengen aan het vennootschappelijk belang d.w.z. aan de op de vennootschap betrokken belangen, zoals het bevorderen van het succes van de door de vennootschap gedreven onderneming en bij voorbeeld het aandeelhoudersbelang.<sup>29</sup> Voorbeelden: de bestuurder negeert door de aandeelhouders opgestelde richtlijnen voor het te voeren bestuursbeleid met schade voor de vennootschap tot gevolg, hij lapt een met de raad van commissarissen overeengekomen taakverdeling binnen het bestuur aan zijn laars, de bestuurder gaat volstrekt onvoldoende zorgvuldig te werk enz enz.

17. Interessant is art. 2:216 BW. Dat artikel geeft voor de bv een mooie illustratie van de door mij voorgestane invulling van het ernstig verwijt bij art. 2:9 BW. De bestuurder van een bv wordt onder art. 2:216 BW jegens de vennootschap aansprakelijk voor het tekort dat door een uitkering aan de aandeelhouders ontstaat, indien de bv na de uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar schulden en de bestuurder dit wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien. In dit laatste criterium is m.i. het ernstig verwijt inbegrepen.<sup>30</sup>

Het gaat in art. 2:216 BW om een invulling van het vennootschappelijk belang toegespitst op de belangen van de schuldeisers van de vennootschap. Die invulling van het vennootschappelijk belang is gerechtvaardigd in geval de vennootschap in financieel zwaar weer verkeert.<sup>31</sup> Het vennootschappelijk belang raakt dan sterk gericht op de onbetaalde schuldeisers van de vennootschap. Aan art. 2:216 BW is te zien dat de art. 2:9 BW-bestuurdersaansprakelijkheid in de art. 6:162 BW-bestuurdersaansprakelijkheid overloopt. Er bestaat geen waterdichte scheiding tussen de interne aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW jegens de vennootschap en de externe aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW jegens een onbetaalde schuldeiser. Terecht heeft de Hoge Raad dan ook in het arrest *Ontvanger/Roelofsens* dat ging over externe aansprakelijkheid uit art. 6:162 BW naar art. 2:9 BW verwezen. Ook in de gevallen waarin een bestuurder als bestuurder uit art. 6:162 BW jegens een schuldeiser aansprakelijk is, heeft de bestuurder doorgaans ter uitvoering van zijn bestuurstaak gehandeld.<sup>32</sup> Dit is uiteraard ook een argument om het ernstig verwijt breed toe te passen.

<sup>28</sup> HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 (Staleman).

<sup>29</sup> Zie HR 4 april 2014, NJ 2014/286 (Cancun).

<sup>30</sup> Vergelijk het eerder genoemde *Ontvanger/Roelofsens*-arrest, rov. 3.5, tweede alinea, zie ook de opmerkingen over ernstig verwijt in de parlementaire geschiedenis op art. 2:216 BW, W.W. Bosse, *Flex-bv*, tekst en toelichting, p. 216. Na verwijzing naar het ernstig verwijt-vereiste merkt de minister in mvt op: "Aansprakelijkheid van bestuurders mag derhalve niet te snel worden aangenomen. Het is inherent aan de werkzaamheden van bestuurders dat zij bij het besturen van een vennootschap zekere risico's nemen en een zekere mate van beleidsvrijheid hebben bij het nemen van een beslissing".

<sup>31</sup> Zie hiervoor Assink in het *Compendium van het ondernemingsrecht*, p. 953-964.

<sup>32</sup> Rov. 3.5, slot van de eerste alinea.



18. Ook hier weer twee kanttekeningen:

a. Ook in dit geval moet worden uitgegaan van de maatman-bestuurder. De Hoge Raad heeft die maatman-gedachte juist voor art. 2:9 BW fraai onder woorden gebracht in het Staleman-arrest.<sup>33</sup> Het moet gaan, zo oordeelt de Hoge Raad, om een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.

b. Ook hier zie je dat aan het ernstig verwijt-vereiste sneller wordt voldaan als de bestuurder op evidente wijze het vennootschappelijk belang schaadt, zoals bij een zware wetsovertreding (denk aan door de bestuurder begane fraude), bij handelen in strijd met statutaire bepalingen die de vennootschap beogen te beschermen of bij evidente zelfbevoordeling. In dat type gevallen heeft de Hoge Raad beslist dat ernstig verwijt en daarmee de aansprakelijkheid van de bestuurder in beginsel mag worden aangenomen.<sup>34</sup>

### Een nieuwe variant van bestuurdersaansprakelijkheid

19. Tot dusverre heb ik vooral aandacht besteed aan varianten van bestuurdersaansprakelijkheid die onbetaalde schuldeisers of de vennootschap beschermt. Er is een nieuwe variant van bestuurdersaansprakelijkheid in opkomst. Daarin proberen beleggers bestuurders uit hoofde van art. 6:162 aansprakelijk te stellen voor door hen op de beurs geleden schade. Het gaat dan vaak om gevallen waarin een bestuurder in zijn hoedanigheid van bestuurder misleidende informatie over de toestand van de vennootschap naar buiten heeft gebracht en daarmee in strijd met art. 5:58 Wft<sup>35</sup> heeft gehandeld. Op basis van die onjuiste informatie hebben beleggers transacties in aandelen verricht die uiteindelijk slecht zijn uitgekapt. Een voorbeeld van zo'n procedure is de door een aantal beleggers tegen de bestuurders van Fortis aanhangig gemaakte, inmiddels geschikte aansprakelijkheidsprocedure.<sup>36</sup> In die procedure heeft de rechtbank beslist dat twee bestuurders wegens misleiding aansprakelijk zijn jegens beleggers die op basis van onjuiste informatie transacties in aandelen hadden verricht, zonder toepassing te geven aan de ernstig verwijt-gedachte. Argument hiervoor was: art. 5:58 Wft richt zich rechtstreeks tot de bestuurder.

20. Uit het Spaanse villa-arrest – door velen bekritiseerd, maar er staan toch echt relevante dingen in – blijkt hoe zo'n geval volgens de Hoge Raad in beginsel beoordeeld dient te worden.<sup>37</sup> In dat arrest overwoog de Hoge Raad immers:

---

33 HR 10 januari 1997, NJ 1997/360.

34 HR 29 november 2002, NJ 2003/543 (Schwandt) en vergelijk HR 20 juni 2008, NJ 2009/21, rov. 5.4 (Willemsen/NOM).

35 Lid 1 van art. 5:58 Wft luidt, voor zover relevant: 1. Het is verboden om in of vanuit een in artikel 5:56, eerste lid, onderdeel a, b of d, bedoelde staat telkens voor zover het financiële instrumenten betreft als bedoeld in het desbetreffende onderdeel: (...) d. informatie te verspreiden waarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat of te duchten is met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar of de koers van financiële instrumenten, terwijl hoofde de verspreider van die informatie weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die informatie onjuist of misleidend is.

36 Rb. Utrecht 15 februari 2012, JOR 2012/243.

37 HR 23 november 2012, NJ 2013/302.

“Eenzelfde maatstaf (die van het ernstig verwijt, LT) is op zijn plaats bij de beantwoording van de vraag of een bestuurder aansprakelijk is voor onrechtmatig handelen van de vennootschap. Ook daarvoor kan de bestuurder slechts (naast de vennootschap) persoonlijk aansprakelijk worden gehouden, indien hem ter zake van het onrechtmatig handelen van de vennootschap persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt op grond dat hij dat handelen in verband met de kenbare belangen van de benadeling had behoren te voorkomen”.

In dit type gevallen geldt dus in beginsel de maatstaf van ernstig verwijt. Ik verwijs nog naar het reeds aangehaalde citaat van Kortmann waarin m.i. precies hetzelfde is te lezen.

21. Staat aan deze gevolgtrekking art. 5:58 Wft in de weg? M.i. is dit niet het geval. Ik citeer uit parlementaire geschiedenis op de Wft:

“De huidige financiële toezichtwetgeving regelt – op enkele uitzonderingen na – niet de civielrechtelijke gevolgen van het niet naleven van de wetgeving. Binnen het Nederlands wettelijk systeem worden de civielrechtelijke gevolgen bepaald door het burgerlijk recht, het Burgerlijk Wetboek, in het bijzonder”.<sup>38</sup>

Deze passage heeft m.i. tot gevolg dat art. 5:58 Wft geen basis is voor civielrechtelijke aansprakelijkheid. Gelet op deze passage heeft de rechter via art. 6:162 BW de mogelijkheid om het ernstig verwijt-vereiste toe te passen. Dit vereiste vloeit immers uit het burgerlijk recht voort en daarover bepaalt de Wft niets.

22. Aan art. 5:58 Wft ligt art. 5 van de Richtlijn marktmisbruik ten grondslag. Staat dit richtlijn-artikel wellicht in de weg aan het hanteren van het vereiste van ernstig verwijt? Deze Richtlijn rept niet over handhaving op grond van civielrechtelijke aansprakelijkheid (wel over bestuursrechtelijke handhaving). Een dergelijke richtlijn beoogt dan niet de privaatrechtelijke aansprakelijkheid te harmoniseren. Het Europese Hof van Justitie heeft voor deze gevallen – kort samengevat – geoordeeld dat de civielrechtelijke handhaving van financiële toezichtregels voldoende is gewaarborgd, zolang er maar is voorzien in een adequate mogelijkheid om de overtreder van dergelijke regels aansprakelijk te stellen.<sup>39</sup> M.i. biedt bestuurdersaansprakelijkheid waarvoor ernstig verwijt geldt zo’n adequate mogelijkheid. Ook bestuurdersaansprakelijkheid met ernstig verwijt kan immers behoorlijk bijten.

23. Terug naar het vonnis van rechtbank Utrecht over de Fortis-bestuurders waarin twee bestuurders aansprakelijk zijn gesteld wegens overtreding van art. 5:58 Wft zonder toepassing van de ernstig verwijt-maatstaf. Ik meen dat dit vonnis in dit opzicht onjuist is. De betrokken bestuurders handelden in hun hoedanigheid van bestuurder. Je zou kunnen zeggen dat de bestuurders door het doen van misleidende mededelingen in die hoedanigheid bewerkstelligen dat de vennootschap art. 5:58

38 Kamerstukken II 2005-2006, 29708, nr. 19, p. 304.

39 Arrest van 19 december 2013, NJ 2014/184.

Wft overtreedt. Dat is de basis voor de toepassing van het ernstig verwijt-vereiste.<sup>40</sup> Maar art. 5: 58 Wft richt zich rechtstreeks tot de bestuurder. We hoeven de omweg via overtreding van art. 5:58 Wft door de vennootschap niet te volgen. Maar dat betekent niet dat het ernstig verwijt-vereiste niet geldt. De bestuurder handelde immers in zijn hoedanigheid van bestuurder. Dat is doorslaggevend voor de toepassing van het ernstig verwijt-vereiste.<sup>41</sup>

24. Tot slot: Ik moet nog een antwoord geven op de vraag wat het ernstig verwijt-vereiste inhoudt in geval beleggers een bestuurder voor het verspreiden van misleidende informatie aanspreken. M.i. moet het dan kort en goed gaan om het inzicht bij de bestuurder dat zijn mededeling misleidend is d.w.z. dat voor de bestuurder voorzienbaar is dat zijn mededeling zodanig onjuist en/onvolledig is dat deze een misleidend karakter krijgt en om het voor de bestuurder voorzienbare nadeel dat de beleggers door zijn mededeling kunnen ondervinden. Bij de toepassing van dit vereiste moet de rechter het maatman-beginsel en het beginsel van het samengesteld karakter in acht nemen. Dat betekent onder andere dat alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen moeten worden, zoals de noodsituatie waarin de vennootschap verkeerde of de inhoud van de juiste en volledige schriftelijke documentatie die aan de beleggers is verstrekt waarop de bestuurder onbewust en onder spanning een niet geheel adequate toelichting gaf.

### Slotopmerking

25. Ik hoop met het bovenstaande duidelijk te hebben gemaakt hoe volgens mij het raamwerk van de bestuurdersaansprakelijkheid op dit moment in elkaar steekt. Iedereen mag van alles vinden van mijn verhaal vinden, zelfs dat het niet consistent is. Maar zeker in dat laatste heeft men ongelijk. *There is a system* in wat sommigen de *madness* van de Nederlandse bestuurdersaansprakelijkheid noemen.<sup>42</sup> Ik vind het leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid, zoals ik dit hierboven heb weergegeven, overigens helemaal geen *madness*. Uit mijn verhaal blijkt dat het een goed uit te leggen en ook te verdedigen systeem is.

---

40 Op dezelfde wijze zou je het ernstig verwijt in art. 2:139/249 BW (aansprakelijkheid van bestuurders voor het publiceren van misleidende financiële informatie) kunnen inpassen. Weliswaar wordt dan in art. 2:139/249 BW ernstige verwijtbaarheid verondersteld als de misleiding vaststaat, maar de bestuurder kan zich disculperen als hij kan aantonen dat hem van het misleidende karakter van de verslaggeving geen ernstig verwijt te maken valt.

41 Zie ook Assink in het Compendium van het Ondernemingsrecht, p. 1009-1012 en Loes Lennarts & Simone de Valk, Aansprakelijkheidsclaims van beleggers tegen leidinggevenden van beursvennootschappen wegens overtreding van de WFT: een nieuwe trend, *Ars Aequi* 2012, p. 730-734 die ook kritiek hebben op het Utrechtse vonnis en nog enige interessante rechtsvergelijkende gegevens vermelden.

42 W.J.M. van Veen spreekt in Ontwikkelingen jurisprudentie Hoge Raad ondernemingsrecht, WNPR 7102 over het grillige en onsamenhangende beeld dat de arresten van de Hoge Raad over de bestuurdersaansprakelijkheid vertonen. Dat soort uitlatingen zijn gemakkelijk opgeschreven. Ik zie die grilligheid en die onsamenhangendheid niet.



# Bestuurdersaansprakelijkheid na Hezemans Air<sup>1</sup>

Prof. mr. F.M.J. Verstijlen

## 1. Inleiding

Er zit iets scheef in het leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW. Het sluimerde al lang, maar sprong in het oog toen eind 2012 *Van de Riet/Hoffmann* werd gewezen, ook wel: *Spaanse Villa*.<sup>2</sup> Dat arrest liet, vond ik, heel duidelijk de structuurfouten zien. Ik schreef er toen een stukje over;<sup>3</sup> en ik was niet de enige: een ‘avalanche’ aan artikelen overspoelde de rechtsgeleerde literatuur.<sup>4</sup> Van een *communis opinio* was geenszins sprake, kritiek en steun wisselden elkaar af.

Die ‘avalanche’ heeft *een* effect gehad: de Hoge Raad heeft zijn rechtspraak verlegd, maar helaas maar een beetje en dan ook nog niet helemaal in de goede richting. Hieronder werk ik mijn bijdrage aan de discussie over de nieuwe lijn op de in noot 1 bedoelde debatmiddag enigszins uit, te beginnen met de vraag:

## 2. Wat zit er dan scheef?

Het is in wezen terug te voeren op twee dingen. Een onvoldoende waardering van het verschil tussen de positie van de rechtspersoon en zijn bestuurder (of beter: een overdreven angst voor een gelijkschakeling van de twee) en – het staat er niet los van – een moeilijk hanteerbaar en improductief criterium voor persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder.

---

1 Deze bijdrage is een bewerking van een voordracht die de auteur op 17 maart 2016 hield voor het Zuidas instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht.

2 HR 23 november 2012, NJ 2013/302.

3 Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid, NJB 2013/551, p. 664-670.

4 Om maar wat te noemen: M. Stolp, Enkele belangrijke aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW belicht, NJB 2013/1344, J.B. Huizink, Maakt de Hoge Raad het vennootschapsrecht opnieuw nodeloos ingewikkeld?, O&F 2013, p. 23-32, J. van Bekkum, Hoge Raad vergroot risico aansprakelijkheid bestuurders voor gewone zakelijke risico's, TvI 2013/17, 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, F.M.J. Verstijlen, Bestuurdersaansprakelijkheid in het gemene recht, in: M. Holtzer, F. Leijten en D. J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015, p. 323-349, 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, dezelfde, Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening, Ondernemingsrecht 2016/24, A.J.P. Schild, Ontwikkelingen bestuurdersaansprakelijkheid: een overzicht, WPNR 2015/7087, p. 1046-1056.

Om met het laatste te beginnen. Sinds *Ontvanger/Roelofsen*<sup>5</sup> – met een voorafschaduwning in *New Holland Belgium*<sup>6</sup> – gold voor de aansprakelijkheid het criterium van het voldoende ernstig verwijt, waarbij het er aanvankelijk op leek dat in sommige gevallen (slechts) een ‘ernstig verwijt’ voldoende ernstig was – te kort gezegd: bij het bewerkstelligen van wanprestatie – en in andere gevallen, de *Beklamel*-gevallen, een minder dan ernstig of zelfs enig verwijt voldoende ernstig was voor persoonlijke aansprakelijkheid. Dat was een onwerkbaar, want over-genuanceerd, criterium; alsof men met een kolenschop het verschil tussen 20 en 25 gram suiker moest afmeten. Het kon slechts leiden tot ‘fuzzy’ discussies over de mate van verwijt en was daarmee weinig bevorderlijk voor de rechtsontwikkeling.

Daar zijn we dan toch maar mooi vanaf. De Hoge Raad liet die terminologie in *Hezemans Air varen*.<sup>7</sup> Helaas heeft hij gekozen voor ‘ernstig verwijt’ in plaats van voor gewoon ‘verwijt’, wat ook had gekund. Aan ‘ernstig verwijt’ kleeft hetzelfde bezwaar als aan ‘voldoende ernstig verwijt’,<sup>8</sup> alleen in minder mate.

Belangrijker: er is geen reden een bijzondere mate van verwijtbaarheid vereist te stellen.<sup>9</sup> Het mooie van *Hezemans Air* is wel dat de Hoge Raad zijn redenen geeft, zodat er over gedebatteerd kan worden. Ik betoog hieronder dat die redenen niet valide zijn.

### 3. Persoonlijk onrecht, persoonlijk verwijt

Daarvoor zet ik eerst een stap terug, naar *Ontvanger/Roelofsen* met zijn beperkte, maar overzichtelijke taxonomie. Een bestuurder kon aansprakelijk zijn, waarbij de Hoge Raad onderscheid maakte tussen *Beklamel*-gevallen en de situatie dat de bestuurder wanprestatie bewerkstelligt. Een ‘voldoende ernstig verwijt’ was vereist. Het kwam zojuist aan de orde.

Toen kwam Van de Riet, een bestuurder van een makelaars-BV, die zich aan allerlei misdragingen schuldig had gemaakt tegenover Hoffmann, die in contact met de BV was gekomen op de Second Home-beurs. Van de Riet had Hoffmann op desastreuze wijze bijgestaan met als gevolg dat Hoffmann van een derde een villa had gekocht en een berg steenpuin kreeg. (‘Bijgestaan’ moet overigens niet, althans niet

<sup>5</sup> HR 8 december 2006, NJ 2006/659.

<sup>6</sup> HR 8 februari 2000, NJ 2000/295.

<sup>7</sup> HR 5 september 2014, NJ 2015/21. Voor een uiteenzetting van dit arrest moge ik verwijzen naar mijn in noot 4 genoemde bijdrage aan de ‘Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015’.

<sup>8</sup> Vgl. D.A.M.H.W. Strik, Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid, diss. 2010, p. 50-53, 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, p. 366.

<sup>9</sup> Zie onder meer 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, 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 en dezelfde, Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening, *Ondernemingsrecht* 2016/24 en W.J.M. van Veen, Ontwikkelingen jurisprudentie Hoge Raad ondernemingsrecht, *WPNR* 2016/7102, p. 274-275. Vgl. J.B. Huizink, Maakt de Hoge Raad het vennootschapsrecht opnieuw nodeloos ingewikkeld?, *O&F* 2013, p. 29-30.

per se, in contractuele zin worden begrepen: de precieze aard van de betrokkenheid van Van de Riet – of de BV – wordt door het hof enigszins in het midden gelaten.)<sup>10</sup> Hoffmann stelde Van de Riet persoonlijk aansprakelijk, met succes: het hof hield hem (en de BV) inderdaad aansprakelijk. Van de Riet (niet de BV) kwam in cassatie met de stelling: ik ben bestuurder en kan dus slechts persoonlijk aansprakelijk worden geacht bij een ernstig verwijt. Het antwoord van de Hoge Raad was: neen, want Van de Riet had “in strijd [...] gehandeld met een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting jegens Hoffmann c.s.”; hem werd niet “als bestuurder het verwijt [...] gemaakt dat door zijn onbehoorlijke taakuitoefening de Vennootschap in strijd heeft gehandeld met een op haar rustende zorgvuldigheidsverplichting jegens Hoffmann c.s.”.

Dat bevreemdt. *Altijd* als een bestuurder persoonlijk aansprakelijk wordt gehouden, is dat op grond van een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting, althans tot dusver waren in de rechtspraak slechts deze gevallen aan de orde. Aansprakelijkheid van de bestuurder kan ook worden gegrond op een door *hem* handelen in strijd met een wettelijke plicht – denk bijvoorbeeld aan de bankbreukbepalingen<sup>11</sup> – of inbreuk op een recht, zoals ingeval de bestuurder bij een algemene vergadering van aandeelhouders een aandeelhouder een klap verkoopt. Maar in nagenoeg alle gevallen (bij de Hoge Raad) sinds de jaren twintig, waarin een bestuurder aansprakelijk werd gehouden, was dat omdat hij een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsnorm had geschonden.<sup>12</sup>

Die constatering is meteen de sleutel tot de problematiek van de bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW. Want als een bestuurder alleen aansprakelijk kan worden gehouden voor het schenden van een persoonlijke onzorgvuldigheidsnorm – voor door *hém* persóónlijk gepleegd onrecht – is er geen reden waarom hij niet ‘gewoon’ aansprakelijk zou zijn als *hém* voor dat onrecht persóónlijk schuld treft.

De Hoge Raad ziet die reden echter wel, in *Hezemans Air*<sup>13</sup> en het op dezelfde dag gewezen zusterarrest *RCI Financial Services/Kastrop*.<sup>14</sup>

---

10 Het hof – hetzelfde geldt voor de Hoge Raad – spreekt van ‘professioneel betrokken’ bij de totstandkoming van de overeenkomsten. Vgl. J. van Bekkum, *Tulip Air* neemt zorg en onzekerheid over Spaanse Villa niet weg, WPNR 2015/7055, p. 280-281.

11 Zie onder meer art. 342 en 343 Sr., die zich specifiek tot de bestuurder (en commissaris) richten.

12 Wellicht is dat anders in de gevallen dat de strafrechter schadevergoeding toekende aan een benadeelde partij in een zaak waarin de bestuurder bedrieglijke bankbreuk had gepleegd. Zie recentelijk HR 8 december 2015, NJ 2016/23. In de lagere rechtspraak werd in Rb. Utrecht 15 februari 2012, JOR 2012/243 aansprakelijkheid gegrond op (onder meer) schending van art. 5:58 lid 1 aanhef en sub d (oud) Wft, kort gezegd: het verspreiden van onjuiste of misleidende informatie.

13 HR 5 september 2014, NJ 2015/21.

14 HR 5 september 2014, NJ 2015/22.

#### 4. De nieuwe lijn

##### 4.1 *Afgrenzing van de ‘aansprakelijkheidsluwe zone’*

Deze beide arresten zijn duidelijk bedoeld een einde te maken aan de verwarring die door *Van de Riet/Hoffmann c.s.* was gesticht. Het eerste arrest betreft een bestuurder Van der Meer die wanprestatie door de vennootschap bewerkstelligde, doordat hij ten behoeve van een derde ontvangen gelden had doen ontvangen door de financieel zwakke vennootschap Tulip Air Lease (en had doen doorbetalen aan een andere insolvente vennootschap, Dynamic). Het tweede arrest zag op een *Beklamel*-geval, althans wordt zo door de Hoge Raad behandeld.<sup>15</sup> De bestuurder Kastrop was namens (onder meer) een aantal ‘K-vennootschappen’ de verplichting aangegaan een eerste pandrecht te vestigen, terwijl die vennootschappen al eerder een eerste pandrecht hadden gevestigd ten behoeve van ABN AMRO Bank. Hiermee zijn beide – overigens niet-limitatieve – categorieën van het oorspronkelijke *Ontvanger/Roelofsen* vertegenwoordigd in de ‘restatement’ van het leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid.

Niet alleen wordt, zoals al aan de orde kwam, het lastige ‘voldoende-ernstigverwijtcriterium’ losgelaten, maar ook wordt de ‘aansprakelijkheidsluwe zone’ – waarin een ernstig verwijt vereist is – nader afgebakend. De grens van die zone ligt “bij zijn taakvervulling als bestuurder van een vennootschap”.

Ik voorspelde eerder dat het niet zal lukken op deze wijze een zinvolle grens te vinden.<sup>16</sup> Deze afbakening is niet bepalend voor de toepasselijkheid van op de bestuurder persoonlijk rustende normen. Diens taak is nu eenmaal veelomvattend en divers; bij de uitoefening daarvan kan hij in contact komen met een veelheid van derden, met belangen waarvoor hij ook in persoon zorg heeft te betrachten. Men hoeft slechts een blik te werpen op de rechtspraak om dat te zien, te beginnen met *Van de Riet/Hoffmann c.s.* Dat arrest wordt nu – achteraf – door de Hoge Raad in de hier besproken arresten en de literatuur gezien als een voorbeeld waarin de bestuurstaak niet aan de orde was.<sup>17</sup>

Maar ik kan dat toch ook thans niet anders zien dan een geval waarin wel degelijk de bestuurstaak aan de orde was: een bestuurder dient klandizie aan te trekken en omzet te genereren en dat was waar Van de Riet mee bezig was, ook al bleef in de feitelijke instanties onduidelijk waar die klandizie of omzet precies vandaan moest komen, van kopers als Hoffmann of de verkopers. Het lijkt me niet bepalend of daadwerkelijk een bemiddelingsovereenkomst was gesloten, in welk

---

15 De casus kan anders worden benaderd. De bestuurder had de zekerheidsnemer ook onjuist geïnformeerd over haar zekerheidspositie. Zie A. Karapetian, *Financial Services/Kastrop & mededelingsplichten van de bestuurder van een vennootschap: hoe het strafrecht ons een handje helpt*, TVI 2015/51, p. 336-343.

16 F.M.J. Verstijlen, Bestuurdersaansprakelijkheid in het gemene recht, in: M. Holtzer, F. Leijten en D. J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015*, p. 333-334. Het blijkt in ieder geval niet erg gemakkelijk het onderscheid te maken. Zie de worsteling met *Van de Riet/Hoffmann c.s.* hieronder, maar ook in het geval van HR 27 maart 2015, RvdW 2015/460 en het noot 19 genoemde arrest.

17 Zie bijv. M. Stolp, *Enkele belangrijke aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW belicht*, NJB 2013/1344 en M.J. Kroeze in zijn noot onder *Van de Riet/Hoffmann c.s.*, *Ondernemingsrecht* 2013/47.



geval het tot het bestuurstaak behoort deze na te komen.<sup>18</sup> Ook zonder zo'n overeenkomst behoort het tot de taak van de bestuurder inkomsten te genereren, al dan niet door het (proberen te) sluiten van dergelijke overeenkomsten.

Met andere woorden, het ging er niet om dat Van de Riet met iets anders bezig was dan het uitoefenen van zijn bestuurstaak, maar dat hij *ook al trad hij op als bestuurder* ermee rekening moest houden dat Hoffmann vertrouwen zou stellen in zijn (geruststellende) opmerkingen – afkomstig als ze waren van een deskundig bemiddelaar – en daarbij de nodige zorgvuldigheid aan de dag had te leggen.

Iets soortgelijks was aan de orde in *B./W. en P.*,<sup>19</sup> waar sprake was van een advocaat, W., die zijn praktijk binnen maatschapsverband uitoefende via een 'advocaten-BV'.<sup>20</sup> Een cliënt van de maatschap was onvoldoende voorgelicht over de gevaren van een door (onder meer) W. begeleide transactie. Het hof had voor persoonlijke aansprakelijkheid van W. een ernstig verwijt vereist gesteld, maar de Hoge Raad overwoog ten aanzien van het geval dat de "de cliënt een opdracht heeft gegeven aan een advocatenmaatschap, maar de opdracht feitelijk wordt uitgevoerd [...] door een advocaat die feitelijk aan de maatschap deelneemt door tussenkomst van een praktijkvennootschap", mede bepalend voor aansprakelijkheid is "dat een advocaat als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht".

Het behoort ongetwijfeld tot de taak van de bestuurder van een 'praktijk-BV' de bedrijfsvoering zo in te richten dat zij aan haar verplichtingen uit het maatschapscontract tegemoetkomt en (in het verlengde daarvan) dat cliënten – zij het van de 'praktijk-BV', zij het van de maatschap waarin zij deelneemt – adequaat worden voorgelicht. W. – denkkelijk de enige betrokkene bij 'zijn' 'praktijk-BV' – was daar als zodanig 'technisch-juridisch' mee bezig bij het begeleiden van de desbetreffende transactie. Het was immers, mogen we aannemen, de enige hoedanigheid waarin hij daarbij betrokken was: hij was noch advocaat van B., noch maat van de maatschap. Maar *ook al trad hij op als bestuurder*, hij kon zijn advocatuurlijke verantwoordelijkheden niet van zich afschudden en moest tegenover B. als zeer nauw betrokken derde, wie hij feitelijk bijstond, voldoen aan de zorgvuldigheidsplichten waaraan elke advocaat moet voldoen, ook tegenover anderen dan cliënten.

Dat de Hoge Raad in deze gevallen niet uitging van "het handelen van de betrokkene bij zijn taakvervulling als bestuurder van een vennootschap" kan tegen deze achtergrond worden begrepen als niet zozeer betrekking hebbend op de aard van de activiteiten of de hoedanigheid waarin die werden verricht – geschiedde het handelen in het kader van het bestuur? – als wel op de norm die bij dat handelen in

---

18 Vgl. de noot van W.J. van Andel en K. Rutten onder *Van de Riet/Hoffmann c.s.*, JOR 2013/40. De totstandkoming van een overeenkomst wordt ook van groot belang geacht door P. Olden, Koester de maatstaf 'ernstig verwijt': beter hebben we niet, *Ondememingsrecht* 2015/70, p. 369.

19 HR 18 september 2015, NJ 2016/66.

20 Althans zo begrijp ik de vaststelling van de feiten door het hof onder 4.1.

het geding is – is de beweerdelijk geschonden norm er één die de bestuurder (of de betrokkene die als bestuurder fungeert) persoonlijk in acht diende te nemen.<sup>21</sup>

Ik kan hier ook verwijzen naar de hiervoor genoemde gevallen van bankbreuk of de meppende bestuurder op de aandeelhoudersvergadering: ze handelen *als bestuurder* – bij bedrieglijke bankbreuk zelfs een bestanddeel voor de toepasselijkheid van de norm – maar worden daarbij geconfronteerd met door hen *persoonlijk* in acht te nemen normen. Maar met deze invulling van het nieuwe criterium, verliest het zijn onderscheidend vermogen: want ook bij de *Beklamel*-gevallen of wanneer de bestuurder wanprestatie bewerkstelligt, handelt hij in het kader van zijn taakvervulling maar dient hij tevens persoonlijk aan bepaalde normen te voldoen.

Niet alleen vormt het nieuwe criterium geen adequate demarcatie voor de hogere aansprakelijkheidsdrempel, er is – zo merkte ik reeds op – geen goede reden voor zo’n demarcatie. De Hoge Raad ziet die, zoals gezegd, wel. Hij overweegt:<sup>22</sup>

“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).”

Ik bestrijd beide argumenten.

#### 4.2 *Primair handelen*

Het eerste argument is dat het bij bestuurdersaansprakelijkheid – in de benadering van de Hoge Raad dus: betrekking hebbend op ‘een handelen bij de taakvervulling als bestuurder van een vennootschap’ – primair gaat om handelen van de vennootschap. Het is inderdaad een geregeld in stelling gebracht argument.<sup>23</sup> Ik zou ertegen willen inbrengen: nou en? Het is toch óók handelen van de bestuurder? Waarom zou iemand niet aansprakelijk zijn voor zijn *eigen* – secundaire, tertiaire of quartaire – persoonlijk verwijtbaar gepleegde onrechtmatige daad?<sup>24</sup>

21 Zo begrijp ik A.-G. M.H. Wissink in zijn conclusie voor HR 27 maart 2015, RvdW 2015/460. Vgl. ook Rb. Rotterdam 6 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2762. De rechtbank stelde vast dat de eiser Wijdland “in de onderhavige procedure [heeft] gesteld dat [gedaagde 3] in de hoedanigheid van bevoegd (middellijk) bestuurder van The Old Bear Ranch Wijdland opdracht heeft gegeven tot de werkzaamheden en levering van goederen” en “[m]ede gelet op die stelling [...] onvoldoende feiten en omstandigheden [heeft] aangevoerd waaruit volgt dat [gedaagde 3] een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidnorm heeft geschonden”. Het wordt met andere woorden niet uitgesloten dat zo’n persoonlijke zorgvuldigheidnorm in het geding zou kunnen zijn bij een handeling in hoedanigheid van bestuurder. (Ik laat daar dat het in die zaak in wezen ging om een *Beklamel*-geval waarvan in de hoofdtekst wordt betoogd dat het wel degelijk een op de bestuurder persoonlijk rustende zorgvuldigheidnorm betreft.)

22 In *Hezemans Air* (rov. 3.5.2) en – woordelijk gelijk – in *RCI Financial Services/Kastrop* (rov. 4.2).

23 Zie bijv. Asser-Van der Grinten I (De vertegenwoordiging), 7e druk, 1990, nr. 177, S.N. de Valk, Aansprakelijkheid van leidinggevenden, diss. 2009, p. 128-137 en A-G L. Timmerman in zijn conclusie voor *Van de Riet/Hoffmann c.s.*

24 Vgl. S.M. Bartman, Anders dan het orakel van Delphi, Ondernemingsrecht 2014/143.

Als het antwoord luidt dat de rechtspersoon de schade moet dragen: prima – dat zal in de bulk van de gevallen kloppen. Maar de gevolgtrekking daaruit moet zijn dat de bestuurder regres kan nemen op de vennootschap, niet dat de bestuurder een derde mag opzadelen met de gevolgen van het door hem *persoonlijk* verwijtbaar gedane onrecht. Is de rechtspersoon solvent (of zelfs maar: solvabel), dan zal hij de bestuurder uit de wind kunnen houden. Is hij dat niet, dan is het gegeven dat ook die rechtspersoon heeft gehandeld – ‘primair’ of niet – niet voldoende om de bestuurder te vrijwaren van de gevolgen van het niet in acht nemen van de door hem persoonlijk jegens derden te betrachten zorgvuldigheid.

#### 4.3 *Het maatschappelijk belang*

Het tweede argument is interessanter. De hoge drempel wordt gerechtvaardigd, aldus de Hoge Raad, door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.

Aan dit argument kleven ten minste twee problemen. Allereerst staat het bol van bedenkelijke vooronderstellingen. We weten niet of bestuurders bij toepasselijkheid van de normale regels inderdaad hun handelen door defensieve overwegingen zouden laten bepalen.<sup>25</sup> We weten niet of dat erg zou zijn, althans erger dan voor beroepsgroepen als advocaten, artsen, bankiers, meteorologen, pedicures, applicatieprogrammeurs, etc.<sup>26</sup> We weten niet of het defensief handelen maatschappelijke schade oplevert die het maatschappelijk voordeel van prudent handelende bestuurders overstijgt. Degene die de afgelopen jaren de kranten heeft gelezen, zal zich vermoedelijk eerder zorgen maken over bestuurders die zich onaantastbaar wanen en de grenzen opzoeken dan over te prudente bestuurders.

Maar belangrijker: het is een principieel onjuist argument. Het komt er in wezen op neer dat het maatschappelijk belang wordt gediend over de rug van toevallige derden.<sup>27</sup> Bestuurders worden gestimuleerd tot daadkracht, tot het opzoeken van de grens opdat de maatschappij er als geheel beter van wordt maar ingeval ze daarbij eens over de schreef gaan – *verwijtbaar* over de schreef gaan – laten wij degene die daar toevallig het slachtoffer van wordt met zijn schade zitten.

---

25 Bij gelegenheid van de debatmiddag waarop deze bijdrage is gebaseerd, maakt L. Timmerman melding van promotieonderzoek naar deze vraag, zodat deze vraag een antwoord zal krijgen. Tot dusver wijzen de onderzoeksresultaten niet eenduidig in een bepaalde richting. Ik verwijs naar noot 19 van mijn bijdrage ‘Bestuurdersaansprakelijkheid in het gemene recht’, in: M. Holtzer, F. Leijten en D. J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015*. L. Timmerman, *Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid*, WPNR 2016/7105 erkent dit, maar vertrouwt op het ‘gezond verstand’. Op het gevaar af zuur te klinken: het ‘gezond verstand’ – zelfs dat van Timmerman – lijkt mij een wat magere basis om derden de bescherming te ontnemen, die het gemene recht hun toekent, temeer waar dat verstand niet in een bepaalde richting wijst bij de hierna geformuleerde vragen.

26 Of, zoals S.M. Bartman zich in de in noot 24 genoemde bijdrage afvraagt: ‘ondernemers zonder rechtspersoonlijkheid’?

27 Het is niet om (slechts) ‘doctrinaire redenen’ dat ik meen dat het ernstigverwijtvereiste hier niet op zijn plaats is, zoals L. Timmerman, *Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid*, WPNR 2016/7105, p. 325 aanneemt.

Is men bang dat bestuurders te defensief zijn in die mate dat het maatschappelijk belang eronder leidt, voer dan een belasting of een volksverzekering in om de aansprakelijkheid van ‘gewoon’ verwijtbaar handelende bestuurders schadeloos te stellen – het lijkt me niet gemakkelijk door het parlement te krijgen – of stel een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering verplicht of wat dan ook, maar laat niet individuele derden voor de schade opdraaien.

Maar het lijkt me dat er onvoldoende aanleiding is voor dergelijke belastingen of verzekeringsplichten. Het kan aan de markt worden overgelaten. Er zijn geheel rechtspersonen die het juist appreciëren als hun bestuurder defensief en prudent is. Ik neem aan dat de Hoge Raad dan niet vindt dat de bestuurder toch tot het randje moet gaan vanwege het maatschappelijk belang. Het gewone criterium geeft dan geen verkeerde prikkels. En als een rechtspersoon wel bang is voor de voorzichtige bestuurders, dan kan hij hem zelf verzekeren. Het is veel aansprekender dat op die wijze die rechtspersoon die allereerst de vruchten plukt van de daadkracht van de bestuurders, daar de rekening voor betaalt in plaats van die te leggen bij een toevallige derde.

## 5. Tot slot

Het komt mij voor dat de rechtspraak op het terrein van de bestuurdersaansprakelijkheid is gegrepen door koudwatervrees. De aansprakelijkheid van bestuurders loopt niet de spuigaten uit. Niet steeds als de vennootschap aansprakelijk is, is de bestuurder dat ook. Men moet de positie van de vennootschap onderscheiden van die van de bestuurder. Dat onderscheid wordt vanzelf gemaakt bij het toepassen van de normale criteria, die uit de aard der zaak voor persoonlijke aansprakelijkheid aanknopen bij door die bestuurder persoonlijk gestelde daden die voor hem persoonlijk onrecht opleveren en hem dan ook nog persoonlijk verwijtbaar zijn.<sup>28</sup> Dat alles is nogal een rem op een te vergaande persoonlijke aansprakelijkheid. Aan een toerekening op grond van de verkeersopvattingen komt men bijvoorbeeld – doorgaans<sup>29</sup> – niet toe.<sup>30</sup>

---

28 Zie het aloude HR 25 november 1927, NJ 1928/364 (Kretschmar/Mendes de Leon) en uit recenter tijden HR 8 januari 1999, NJ 1999/318 (Pelco/Sturkenboom). Het is mij een raadsel hoe B.F. Assink, *Verbindingen tussen bestuurdersaansprakelijkheid, bestuurdersaansprakelijkheid en civielrechtelijk bestuursverbod*, WPNR 6983 (2013), nt. 20 daarin ‘eerder het tegendeel’ leest dan dat het ‘persoonlijk verwijt’ betrekking heeft op de toerekening. Wel juist is dat die casus in de sleutel van de onrechtmatigheid had kunnen worden gezet, nu niet kan worden aangenomen dat een bestuurder er tegenover een derde persoonlijk op moet toezien dat een andere bestuurder niet (achter zijn rug om) een bestellingen plaatst in strijd met de *Bekamel*-norm of dat de vennootschap de desbetreffende (hem onbekende) facturen betaalt.

29 In sommige specifieke gevallen behoort dat wel tot de mogelijkheden, zoals wanneer een bestuurder een beroep doet op zijn eigen incompetentie. Zie onder meer D.A.M.H.W. Strik, *Ernstige verwijtbaarheid: tussen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid*, *Ondernemingsrecht* 2009/156, p. 668-670. Die gevallen vallen moeilijk in te passen in een systeem waarin een ernstig verwijt vereist is: iemands domheid valt hem toch niet te verwijten, laat staan ernstig te verwijten, evenmin als (vaak) gebrek aan zelfkennis.

30 Vgl. HR 11 oktober 1991, NJ 1993/165 (OvJ-arrest). Het betrof een geval van dwaling omtrent het objectieve recht. Vgl. voor de bestuurder HR 27 februari 2015, NJ 2015/240 (ING/D. c.s.), dat evenwel reeds in de sleutel van het ernstig verwijt was geplaatst.

Meer nog, wellicht, dan dit vereiste van het persoonlijk verwijt, is de persoonlijke onrechtmatigheid een garantie tegen een te vergaande aansprakelijkheid. Met name als de zorgvuldigheidsnorm aan de orde is – en dat is zo goed als steeds het geval – kan en moet die worden toegespitst op de persoon van de bestuurder. Wat van hem wordt verwacht, valt niet samen met wat van de vennootschap wordt verwacht. Als een vennootschap bijvoorbeeld een schuld niet betaalt, is de bestuurder niet aansprakelijk. De bestuurder persoonlijk hoeft die schuld niet te betalen en hij hoeft er – anders dan de vennootschap, maar dat voegt voor haar niet zoveel toe aan de initiële betalingsverplichting – ook niet persoonlijk voor te zorgen dat de vennootschap betaalt. Maar wat een bestuurder niet mag doen, is het er uit kift het op aansturen dat de vennootschap niet betaalt of kan betalen.

Een ander voorbeeld, ontleend aan Rb. Utrecht 15 februari 2012, JOR 2012/243: een bestuurder persoonlijk mag volgens art. 5:58 lid 1, aanhef en sub d Wft – gelijk ieder ander – geen onjuiste of misleidende informatie verspreiden, maar op hem persoonlijk rust niet de verplichting te verzekeren dat de vennootschap niet dergelijke informatie verspreidt. Natuurlijk gebiedt de maatschappelijke betamelijkheid dat die bestuurder zijn ondergeschikten geen opdracht geeft onjuiste of misleidende informatie te verspreiden en ik zou ook denken – niet helemaal zonder aarzeling – dat ook zonder zo'n opdracht over het algemeen van hem (persoonlijk) kan worden verwacht dat hij ingrijpt als hij ontdekt dat dergelijke informatie vanuit de vennootschap wordt verspreid.

Kortom, het is heel wel mogelijk om met een zorgvuldige formulering van de zorgvuldigheidsnorm een zinvolle grens te trekken. De rechtsontwikkeling en bestuurders zijn meer gediend met een debat over wat een bestuurder voor verantwoordelijkheden heeft tegenover derden dan met gesoebal over of het gewoon erg of heel erg is wat hij gedaan heeft.<sup>31</sup> Laat de Hoge Raad na *Hezemans* een volgende en laatste stap zetten in de goede richting.

---

31 Het mag zo zijn dat dat niet steeds tot scherpe normen leidt, zoals P. Olden, Koester de maatstaf 'ernstig verwijt': beter hebben we niet, *Ondernemingsrecht* 2015/70, p. 368-369 opmerkt, maar de kans op dergelijke normen of een zinvolle discussie hierover is wel aanmerkelijk groter.



## Bestuurdersaansprakelijkheid aan de hand van de KPNQwest-zaak

*Mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk\**

1. In mijn bijdrage ga ik in op de verschillende grondslagen voor bestuurdersaansprakelijkheid aan de hand van een zaak die inmiddels is geschikt: KPNQwest. In deze zaak zijn twee bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures aanhangig gemaakt en na schikking geroyeerd.<sup>1</sup> De eerste procedure is aanhangig gemaakt door de curatoren en de tweede door (een van de banken en de rechtsopvolger van de rest van) de banken die een door KPNQwest N.V. (hierna: “KPNQwest”) kort voor faillissement gedane overname hadden gefinancierd.<sup>2</sup> Ik zal hierna kortweg verwijzen naar de curatoren en de banken c.q. de curatoren-procedure en de banken-procedure.<sup>3</sup>

2. KPNQwest, een joint-venture van KPN en het Amerikaanse telecombedrijf Qwest, was in 1999 opgericht om een pan-Europees glasvezelkabelnetwerk aan te leggen en te exploiteren. Later dat jaar ging KPNQwest naar de beurs. KPNQwest streefde ernaar een deel van de kosten van de aanleg van het netwerk terug te verdienen door middel van de verkoop van grootschalige datacapaciteit. KPNQwest legde bewust meer glasvezelkabels aan dan zij nodig had voor haar eigen dienstverlening en verkocht die extra netwerkcapaciteit aan andere telecom- en internetbedrijven. Die verkoop van datacapaciteit geschiedde onder andere door middel van zogenoemde IRU's (*Indefeasible Rights of Use*). Dit betrof een langjarig recht (10, 15 of 20 jaar of langer) op gebruik van capaciteit op de kabel. De omzet op deze transacties werd in het jaar van sluiten van de transactie in de jaarrekening verantwoord, indien was voldaan aan bepaalde vereisten om de omzet *upfront* te mogen verantwoorden. Een van die vereisten was dat 25% van de koopprijs van de IRU bij het aangaan van de transactie moest worden voldaan en het restant binnen een jaar daarna. De verkoop van grootschalige capaciteit op de

---

\* Advocaat te Amsterdam bij De Brauw Blackstone Westbroek.

1 Er is ook een enquêteprocedure gevoerd, die tot vier arresten van de Hoge Raad heeft geleid: HR 26 juni 2009, NJ 2011/2010 m.nt. Van Veen, JOR 2009/192 m.nt. Van Mierlo, HR 26 juni 2009, NJ 2011/211 m.nt. Van Veen, JOR 2009/193 m.nt. Van Mierlo, HR 20 november 2009, NJ 2011/2012 m.nt. Van Veen, JOR 2010/8, m.nt. Brink, HR 17 december 2010, NJ 2011/213 m.nt. Van Veen, JOR 2011/42, m.nt. Blanco Fernández. Ook de enquêteprocedure is door een schikking geëindigd.

2 De curatoren-procedure is in eerste aanleg geschikt, na een tussenvonnissen in een 843a-incident. Daarin heeft de Rb Haarlem geoordeeld dat de curatoren aan de door hen aansprakelijk gestelde bestuurder, commissarissen en grootaandeelhouders inzage moesten geven in de administratie van KPNQwest. Zie Rb. Haarlem 10 december 2012, JOR 2012/354 m.nt. Ekelmans. De banken-procedure is in appel geschikt. In eerste aanleg zijn alle vorderingen tegen de (beweerd feitelijke) bestuurder(s), commissarissen en aandeelhouders te vinden: Zie Rb. Amsterdam 25 april 2012, JOR 2012/177 m.nt. Olden.

3 Mijn kantoorgenoten en ik zijn in de bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures en de enquêteprocedure opgetreden als advocaten van de voormalige CEO van KPNQwest, J. McMaster.

kabel middels IRU's bleef in het eerste kwartaal van 2002 achter bij de verwachtingen. In mei 2002 heeft KPNQwest surseance van betaling aangevraagd en kort tijd nadien is het faillissement uitgesproken. Curatoren hebben de juistheid van deze verantwoording van IRU-transacties in de jaarrekening in twijfel getrokken en daarnaast een deel van de door KPNQwest verrichte IRU-transacties als schijntransacties aangemerkt. Voorts stelden de curatoren dat KPNQwest had verzuimd haar *business plan* tijdig aan te passen aan de inkomsten die zij daadwerkelijk realiseerde.

3. Zowel in de curatoren-procedure als in de banken-procedure zijn aansprakelijk gesteld de bestuurder, commissarissen en grootaandeelhouders van KPNQwest. De banken hebben daarnaast ook nog een aantal personen aansprakelijk gesteld als (beweerd) feitelijke bestuurder. De curatoren hebben hun vorderingen primair gebaseerd op art. 2:138 BW (juncto 2:10 en 2:394 BW) en subsidiair op art. 2:9 BW en art. 6:162 BW. De banken hebben hun vorderingen gebaseerd op art. 6:162 BW. De curatoren vorderden vergoeding van het boedeltekort, de banken vergoeding van het bedrag van de kredietfaciliteit dat niet was terugbetaald na aftrek van de executieopbrengst van de verstrekte zekerheden.

4. Voor de curatoren was het uiteraard aantrekkelijk om voor het anker van schending van de administratieplicht (art. 2:10 BW) en publicatieplicht (art. 2:394 BW) te gaan liggen, omdat schending van die verplichtingen een onweerlegbaar vermoeden van onbehoorlijk bestuur meebrengt en een weerlegbaar vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement (art. 2:138 lid 2 BW).<sup>4</sup> De jaarrekeningen van KPNQwest waren echter goedgekeurd door de accountant en tijdig gedeponereerd. De stelling van curatoren was dat de omzetverantwoording van IRU transacties in de jaarrekening, ondanks goedkeuring door de accountant, niet juist had plaatsgevonden. De vraag rijst in hoeverre de vermoedens van art. 2:138 lid 2 BW in zo'n geval een rol van betekenis kunnen spelen.

5. Over de administratieplicht van art. 2:10 BW gaan twee arresten van de Hoge Raad, Brens q.q./Sarper<sup>5</sup> en Rosbeek q.q./Rademakers.<sup>6</sup> In Brens q.q./Sarper sanctioneerde de Hoge Raad het oordeel van het hof dat aan de boekhoudverplichting was voldaan doordat op basis van de administratie snel inzicht kon worden verkregen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en deze posities tezamen met de stand van de liquiditeiten, gezien de aard en de omvang van de rechtspersoon, een redelijk inzicht gaven in de vermogenspositie van de rechtspersoon. Dat wil uiteraard niet zeggen dat dit steeds de maatstaf is om te beoordelen of aan de administratieplicht

---

4 In Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman, Van de NV en de BV, 16<sup>e</sup> druk, Kluwer: Deventer 2013, p. 185, wordt verhelderd opgemerkt dat de wetgever bedoelt een onweerlegbaar vermoeden dat het bestuur *ook voor het overige* (dus: naast de schending van administratieplicht en/of publicatieplicht) zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld.

5 HR 11 juni 1993, NJ 1993/713, m.nt. Maeijer.

6 HR 10 oktober 2014, NJ 2014/456, JOR 2014/327, m.nt. Harmsen.



is voldaan. Hoogstens kan gezegd worden dat afhankelijk van de omstandigheden van het geval deze maatstaf een juiste invulling van de administratieplicht is. Uit deze arresten valt voor het overige niet veel op te maken over de precieze reikwijdte van de administratieplicht. In de literatuur wordt betoogd dat de administratieplicht verder gaat dan dat snel inzicht kan worden verkregen in de debiteuren- en crediteurenpositie en tezamen met de stand van de liquiditeiten een redelijk inzicht wordt gegeven in de vermogenspositie van de rechtspersoon.<sup>7</sup> Uit de rechtspraak blijkt dat onder omstandigheden een goedkeurende verklaring van de accountant onverlet laat dat sprake kan zijn van schending van art. 2:10 BW.<sup>8</sup> Het moet dan echter wel gaan om een evident misleidende jaarrekening. Daarvan zal dan toch alleen sprake kunnen zijn als hetzij de accountant fouten heeft gemaakt, dan wel de accountant is misleid. Dat verwijt was in de KPNQwest-zaak niet aan de orde. Van een schending van art. 2:394 BW zal pas sprake zijn als de gepubliceerde jaarrekening de essentiële kenmerken van een jaarrekening ontbeert.<sup>9</sup> De enkele omstandigheid dat achteraf vastgesteld kan worden dat de jaarrekening op een bepaald punt inhoudelijk niet voldoet aan de regels van titel 9 van Boek 2 BW, betekent niet dat reeds daarom de administratieplicht en de publicatieplicht niet is nageleefd. Het valt niet in te zien dat de wettelijke bewijsvermoedens van art. 2:138 lid 2 BW gelden als de kern van het verwijt is dat regels van jaarrekeningenrecht niet correct zijn toegepast, terwijl op zichzelf de administratie op orde is en de jaarrekening tijdig is gepubliceerd met goedkeurende verklaring van de accountant. In zo'n geval zal immers aan de hand van de administratie te herleiden zijn wat de keuzes zijn geweest die ten grondslag hebben gelegen aan de jaarrekening zoals die openbaar is gemaakt. Om dan op grond van een onweerlegbaar vermoeden te oordelen dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur, is een brug te ver.

6. Komt in zo'n geval art. 2:138 lid 1 BW wel in beeld? Van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling is slechts sprake als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden hetzelfde zou hebben gehandeld.<sup>10</sup> Als de jaarrekening is goedgekeurd door een accountant, zal de bestuurder niet snel verweten kunnen worden dat hij in het kader van het opmaken van de jaarrekening heeft gehandeld zoals geen redelijk denkend bestuurder zou hebben gehandeld. Een curator die in twijfel trekt of de regels van Titel 9 van Boek 2 BW wel juist zijn toegepast, zal de bestuurder niet gemakkelijk in de problemen kunnen brengen, behoudens wanneer de accountant zijn controletaak niet goed kon uitoefenen, omdat hij door de bestuurder van misleidende informatie is voorzien. Overigens is

---

7 Zie over dit onderwerp: C.M. Harmsen, *Vonnis inzake Landis: een stap vooruit op het gebied van de administratieplicht*, TvI 2014/27; C.M. Harmsen, *Een goedkeurende accountantsverklaring als garantie voor de nakoming van de administratieplicht?* in: *Verantwoording aan Hans Beckman*, Kluwer: Deventer, 2006, p. 191-201.

8 Zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225, JOR 2013/237 m.nt. Verboom, rov. 8.7.2 (Landis).

9 Zie H. Beckman, 'Administratie en openbaarmaking van de jaarrekening in het licht van boedelaansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen', TVVS 1998, 169, par. 3.2; J.B. Wezeman en M.J. Kroeze, 'De openbaarmakingsplicht en aansprakelijkheid in faillissement', in: *Verantwoording aan Hans Beckman*, Kluwer: Deventer, 2006, p. 325-336, p. 331-332.

10 HR 7 juni 1996, NJ 1996/695, JOR 1996/68 (Van Zoelingen); HR 8 juni 2001, NJ 2001/454, JOR 2001/171 (Panmo); HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233, JIN 2016/59 m.nt. A.M. Dumoulin-Siemens.

er ook geen behoefte om in dit verband art. 2:138 lid 1 BW al te snel in stelling te kunnen brengen. Voor het geval van de misleidende jaarrekening geldt immers de quasi-risicoaansprakelijkheid van art. 2:139 BW. Bij aansprakelijkheid op grond van art. 2:139 BW hoeft echter geen sprake te zijn van kennelijk onbehoorlijk bestuur.<sup>11</sup> Art. 2:139 BW leidt ook overigens niet (althans niet zonder meer) tot aansprakelijkheid voor het boedeltekort, maar tot aansprakelijkheid voor de schade die in causaal verband staat met de misleidende voorstelling in de jaarrekening.<sup>12</sup>

7. Zoals gezegd, hebben de curatoren naast accounting-technische verwijten ook een deel van de IRU-transacties als schijntransacties aangemerkt en daarnaast gesteld dat KPNQwest had verzuimd haar *business plan* tijdig aan te passen aan de inkomsten die zij daadwerkelijk realiseerde. Wat betreft de schijntransacties was de stelling van curatoren dat KPNQwest IRU-transacties had verricht zonder dat daaraan zakelijke of operationele motieven ten grondslag hadden gelegen. Nu de curatoren-zaak is geschikt, valt over de uiteindelijke gegrondheid van deze stellingen in het kader van art. 2:138 lid 1 BW, die in hoge mate van de feiten afhangt, thans geen definitieve uitspraken te doen. Subsidiair deden curatoren op basis van dezelfde stellingen een beroep op art. 2:9 BW. Uiteraard geldt in het kader van de aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW de ernstig verwijtmaatstaf. De curatoren gaven aan dat zij de vordering op grond van art. 2:9 BW instelden voor het geval niet zou komen vast te staan dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement was. In dat geval zou hun vordering dus alleen kunnen worden toegewezen voor de schade veroorzaakt door de onbehoorlijke taakvervulling. Kennelijk onbehoorlijk bestuur brengt immers in twee opzichten een verscherping van de aansprakelijkheid van de bestuurder mee ten opzichte van art. 2:9 BW: ten eerste is de bestuurder in beginsel aansprakelijk voor het boedeltekort en niet alleen voor de door de onbehoorlijke taakvervulling veroorzaakte schade en ten tweede hoeft de curator slechts aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.<sup>13</sup> In het licht van deze aanscherping zal van kennelijk onbehoorlijk bestuur in ieder geval pas sprake kunnen zijn als de bestuurder gemeten naar de normen van art. 2:9 BW een ernstig verwijt kan worden gemaakt.<sup>14</sup>

8. De vordering uit onrechtmatige daad van de curatoren was een Peeters/Gatzen vordering, die in de kern neerkwam op benadeling van schuldeisers op grond van de stellingen die de curatoren ook aan hun beroep op art. 2:138 lid 1 BW en 2:9 BW ten grondslag legden.<sup>15</sup> Ook in dit opzicht doet de stellingname van de curatoren de vraag rijzen naar de convergentie van normen van bestuurdersaansprakelijkheid.

11 Zie: M.J. Kroeze, 'Bange bestuurders', *Ondernemingsrecht* 2006, 3, par. 8.3.

12 Zie: M.J. van Ginneken, 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor financiële verslaggeving', in: *Verantwoording aan Hans Beckman*, Kluwer: Deventer, 2006, p. 151-165, p. 157.

13 Zie: Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/454, nr. 454.

14 Zie: M. Stolp, 'Enkele belangrijke aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW belicht', *NJB* 2013/1344, par. 4.

15 Van een Peeters/Gatzen-vordering is sprake indien de curator stelt dat door een derde jegens de gezamenlijke crediteuren van de gefailleerde een onrechtmatige daad is gepleegd. Zie HR 14 januari 1983, NJ 1987/597, m.nt. Wachter.

De Hoge Raad heeft in het arrest Kok/Maas q.q. geoordeeld dat als een curator schadevergoeding vordert op grond van art. 6:162 BW op de grond dat de bestuurder heeft meegewerkt aan benadeling van schuldeisers van de gefailleerde vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van hun vordering, aansluiting moet worden gezocht bij de maatstaven van de tweede categorie van het Ontvanger/Roelofsen-arrest.<sup>16</sup> Dit betekent dat voor toewijzing van een vordering van een curator wegens benadeling van schuldeisers in beginsel vereist is dat de bestuurder wetenschap van daadwerkelijke benadeling had ten tijde van het verrichten van de gewraakte handelingen. Bij de ernstige verwijtbaarheid in het kader van een door een curator ingestelde Peeters-Gatzen-vordering gaat het dus om iets anders dan bij art. 2:9 BW. Timmerman noemt het “evident” dat het bij de invulling van de ernstig verwijt-maatstaf in het Ontvanger/Roelofsen-arrest, om iets anders gaat dan bij art. 2:9 BW, omdat het in het ene geval gaat om bescherming van de schuldeisers en in het andere geval om bescherming van de vennootschap. De invulling van het begrip ernstig verwijt dient volgens hem context gebonden plaats te vinden.<sup>17</sup> Dit betekent dat het niet zonder meer voor de hand ligt dat een curator tegelijkertijd een beroep doet op art. 2:9 BW én art. 6:162 BW. In ieder geval zou de curator duidelijk moeten maken welke te onderscheiden feiten en omstandigheden in zijn visie een rol spelen bij welke grondslag van zijn vordering.

9. Dit brengt mij bij de banken-zaak. Het ging er in die zaak kort gezegd om dat KPNQwest bij het aangaan van een grote kredietfaciliteit de banken niet goed zou hebben voorgelicht omtrent haar financiële positie. De banken baseerden hun vorderingen in eerste aanleg primair op de eerste categorie van het Ontvanger/Roelofsen-arrest, de Beklamel-norm, en subsidiair op de tweede categorie van dat arrest, de verhaalsfrustratie of verhaalsbenadeling.

10. De Hoge Raad heeft in de twee arresten van 5 september 2014 benadrukt dat persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders vereist dat de bestuurder *ter zake van de benadeling* persoonlijk een ernstig verwijt gemaakt kan worden.<sup>18</sup> Het ene arrest (RCI/Kastrop) is geplaatst in de sleutel van het Beklamel-verwijt, het andere (Hezemans) betreft een situatie die past in de tweede categorie van het Ontvanger/Roelofsen-arrest. Voor beide categorieën benadrukt de Hoge Raad dus het vereiste dat de bestuurder *ter zake van de benadeling* persoonlijk een ernstig verwijt gemaakt kan worden. Dit persoonlijk ernstig verwijt bestaat ook bij de tweede categorie van het Ontvanger/Roelofsen-arrest als hoofdregel uit voorzienbaarheid van daadwerkelijke benadeling. Assink benadrukt dat “als hoofdregel” objectieve voorzienbaarheid van daadwerkelijke benadeling van de betrokken crediteur bij de bestuurder aanwezig moet zijn ten tijde van zijn gewraakte gedragingen. Ook bij de

---

<sup>16</sup> HR 23 mei 2014, NJ 2014/325, m.nt. Van Schilfgaarde, JOR 2014/229, m.nt. Van Bekkum, rov. 3.3.3. Zie HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (Otvanger/Roelofsen).

<sup>17</sup> L. Timmerman, ‘Naar geïntegreerde bestuurdersaansprakelijkheid?’, in: Met Recht (Raaijmakers-bundel), Kluwer: Deventer 2009, p. 481-488, p. 487.

<sup>18</sup> HR 5 september 2014, NJ 2015/21, m.nt. Van Schilfgaarde, JOR 2014/296, m.nt. Kroeze (Hezemans), rov. 3.5.2 en HR 5 september 2014, NJ 2015/22, m.nt. Van Schilfgaarde, JOR 2014/325, m.nt. Kortmann (RCI/Kastrop), rov. 4.2.

tweede categorie van Ontvanger/Roelofsen is feitelijke of normatieve wetenschap van enig risico op die benadeling, evenals bij de eerste categorie, in beginsel ontoereikend.<sup>19</sup>

11. Illustratief in dit verband is het arrest van de Hoge Raad inzake RCI/Kastrop.<sup>20</sup> Het ging in dat geval om een bestuurder, Kastrop, van een aantal vennootschappen. Deze zogenoemde K-vennootschappen hadden zich verplicht een eerste pandrecht te vestigen tot zekerheid van terugbetaling van een krediet. De K-vennootschappen konden die verplichting reeds ten tijde van het aangaan daarvan niet nakomen, omdat er al een eerste pandrecht gevestigd was. Het hof oordeelde dat voor de beoordeling van de persoonlijke aansprakelijkheid beslissend was of Kastrop bij het namens de K-vennootschappen aangaan van de verplichting tot het verlenen van een eerste pandrecht had voorzien of had behoren te voorzien dat de K-vennootschappen hun verplichting tot terugbetaling niet zouden nakomen en dat verhaal van daaruit voortvloeiende schade niet mogelijk zou zijn. Aangezien het hof tevens oordeelde dat RCI onvoldoende had gesteld om tot het bestaan van die wetenschap te concluderen, werd de vordering afgewezen. RCI stelde cassatieberoep in.

12. In cassatie werd geklaagd dat het niet ging om de benadeling van RCI wegens het niet aflossen van het verleende krediet, maar om haar benadeling doordat haar geen eerste pandrecht was verleend. RCI had namelijk aan haar vordering ten grondslag gelegd dat Kastrop wist of behoorde te weten dat geen eerste pandrecht kon worden verleend. Ook werd geklaagd 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 zekerheidspositie een voldoende ernstig persoonlijk verwijt kan opleveren.

13. De Hoge Raad maakte korte metten met deze klachten. Hij overwoog (rov. 4.4):

*“Het verwijt dat in het onderhavige geval aan de bestuurder wordt gemaakt is dat hij namens de vennootschappen een verplichting is aangegaan – de verplichting tot het verstrekken van een eerste pandrecht aan RCI op de door deze gefinancierde auto’s –, waarvan hij wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschappen deze niet zouden kunnen nakomen. Anders dan het middel aanvoert, leidt ook een zodanig verwijt pas tot aansprakelijkheid van de bestuurder indien deze wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de schuldeiser als gevolg van het niet nakomen van de verplichting schade zou lijden.”*

19 Assink/Slagter, Compendium ondernemingsrecht (deel 1), Kluwer: Deventer 2013, p. 1117. Zie ook de annotatie in Ondernemingsrecht (2010, nr. 81) van Assink en Pijs van het arrest HR 26 maart 2010, NJ 2010/189 (Zandvliet/ING Bank).

20 HR 5 september 2014, NJ 2015/22, m.nt. Van Schilfgaarde, JOR 2014/325, m.nt. Kortmann (RCI/Kastrop). Zie over dit arrest ook: A. Karapetian, ‘RCI Financial Services/Kastrop & mededelingsplichten van de bestuurder van een vennootschap: hoe het strafrecht ons een handje helpt,’ TvI 2015/51; M.L. Tuij, ‘(Geen) aansprakelijkheid bij onjuiste gegevensverschaffing bij zekerheidsverlening,’ MvV 2015/2, p. 60-66.

14. De Hoge Raad benadrukte aldus dat ook wanneer het Beklamel-verwilt niet is gericht op het aangaan van de geldlening zelf, maar op het aangaan van een daarmee verband houdende verplichting, in dit geval het stellen van zekerheid in de vorm van een eerste pandrecht, voor persoonlijke aansprakelijkheid nodig is dat de bestuurder wist of behoorde te weten dat het krediet niet zou worden terugbetaald. Anders is er geen sprake van wetenschap van het ontstaan van schade als gevolg van het niet nakomen van de verplichting tot het stellen van zekerheid. De Hoge Raad verwierp vervolgens het beroep op de stelling dat de schade in dit geval bestond uit het verkrijgen van een tweede in plaats van een eerste pandrecht:

*“Het middel betoogt dat die schade in dit geval is gelegen in de gevolgen van het verkrijgen van een slechtere zekerheidspositie dan is overeengekomen. 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.”*

15. De Hoge Raad ziet dus geen ruimte voor bestuurdersaansprakelijkheid op de enkele grond dat de bestuurder wordt verweten dat door zijn toedoen de financier een slechtere zekerheidspositie heeft verkregen. Tevens moet vast komen te staan dat de bestuurder wist of behoorde te weten dat de vennootschap haar verplichtingen uit de lening waarvoor de zekerheid werd verstrekt, niet zou kunnen nakomen. De enkele omstandigheid dat de financier een mindere zekerheidspositie heeft gekregen dan overeengekomen leidt nog niet tot wetenschap dat schade zal ontstaan. Immers, als de lening gewoon wordt terugbetaald, dan ondervindt de financier geen schade van de omstandigheid dat hij geen eerste pandrecht heeft verkregen.<sup>21</sup>

16. Voor het invullen van het persoonlijk ernstig verwilt zonder dat sprake is van voorzienbaarheid van daadwerkelijke benadeling, is in beginsel dus geen ruimte. De Hoge Raad laat daarvoor binnen de tweede categorie van het Ontvanger/Roelofsen-arrest weliswaar in theorie ruimte, maar voor zover dat in de praktijk al toepasbaar zou zijn, moet daarbij worden gedacht aan heel andere gevallen dan hier aan de orde. Assink benadrukt dat een dergelijke uitzondering zich – in het bijzonder ter zake van opeisbare vorderingen – bijvoorbeeld laat denken, bij selectieve betaling door de bestuurder van zichzelf en/of van gelieerde groepsgenoten, in het zicht van insolventie van de vennootschap en uiteindelijk ten koste van één of meer (overige) crediteuren van de vennootschap. Het ligt volgens hem dan in de rede om te variëren met de vereiste mate van voorzienbaarheid van crediteurenbenadeling.<sup>22</sup>

17. Terug naar de banken-zaak. De vorderingen van de banken waren er zoals gezegd op gebaseerd dat KPNQwest bij het aangaan van een kredietfaciliteit waarmee de overname van een branchegenoot, GTS, werd gefinancierd, de banken

<sup>21</sup> Zie ook Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1056, rov. 8.14.

<sup>22</sup> Assink/Slagter, Compendium van het Ondernemingsrecht, p. 1118.

niet goed zou hebben voorgelicht omtrent haar financiële positie. Die lening is uiteindelijk door het faillissement van KPNQwest niet geheel terugbetaald, ook al kon een aanzienlijk deel van de bankschuld op de verstrekte zekerheden worden verhaald. Primair beriepen de banken zich op de Beklamel-norm, subsidiair op de tweede categorie van het Ontvanger/Roelofsen-arrest. In dat laatste kader voerden de banken aan dat de (feitelijk) bestuurder(s) had(den) bewerkstelligd dat de vennootschap haar contractuele informatieverplichtingen jegens de banken niet had nageleefd. De rechtbank wees de vorderingen van de banken af. De rechtbank stelde in dat kader voorop dat de enkele wetenschap van de bestuurders dat de vennootschap haar contractuele informatieplichten jegens de banken zou hebben geschonden, onvoldoende was voor persoonlijke aansprakelijkheid.<sup>23</sup> Uit die wetenschap volgt nog niet dat de bestuurders ook wisten of hadden moeten weten dat KPNQwest haar betalingsverplichtingen jegens de banken niet meer zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden. De rechtbank kon dus in het midden laten of daadwerkelijk sprake was van schending van contractuele informatieverplichtingen. De rechtbank oordeelde dat het bestuur van KPNQwest bij het doen van trekkingen onder kredietfaciliteit niet wist of redelijkerwijs had moeten weten dat KPNQwest niet zou overleven. Integendeel, zo overwoog de rechtbank, uit de hele gang van zaken bleek weliswaar dat de financiële situatie van KPNQwest slecht was, maar ook dat alle partijen er steeds van uitgingen dat met de afronding van de overname van GTS een reële kans bestond dat KPNQwest ook in een teruglopende markt zou kunnen blijven voortbestaan. De rechtbank sprak in dit verband van “een oprecht geloof in de kans van slagen van het gekozen scenario”.<sup>24</sup>

18. Terwijl de rechtbank aldus een objectieve maatstaf heeft aangelegd om te beoordelen of sprake was van een ernstig verwijt (“wist of behoorde te weten”), klinkt in haar overwegingen ook een bepaalde waardering door voor de subjectieve beoordeling door de bestuurders van de overlevingskansen van KPNQwest (“oprecht geloof”). Ik vind dat juist. Het mag zo zijn dat het in dit verband gaat om een objectieve benadering,<sup>25</sup> voorkomen moet worden dat de rechter al te veel oordeelt met de *benefit of hindsight*. Het gevaar van oordelen met de *benefit of hindsight* valt nooit helemaal te vermijden. De rechter kan expliciet maken dat hij zich van dat gevaar bewust is, maar dat helpt niet zonder meer. Tegen die achtergrond waardeer ik het positief dat de rechter zich zo veel mogelijk probeert te verplaatsen in de subjectieve beleving van de bestuurder ten tijde van het aangaan van de gewraakte transactie, mits uiteraard binnen de grenzen van het oordeel dat de bestuurder zich redelijkerwijs kon vormen omtrent de overlevingskansen van de vennootschap.

---

23 Rb Amsterdam 25 april 2012, JOR 2012/177 m.nt. Olden, rov. 4.2.6-4.2.7.

24 Rov. 4.2.11-4.2.12.

25 L. Timmerman, ‘Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid’, WPNR 2016 (7105), nr. 13.

## Verslag van de discussie

*mr. K.H.M. de Roo*

De discussie volgend op de presentaties werd geleid door prof. mr. A.F. Verdam. Aan de discussie namen deel prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. F.M.J. Verstijlen, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. W.J.M. van Veen, mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk, mr. M.W. Josephus Jitta, mr. S.J.H.M. Berendsen, mr. M.L.S. Kalff, mr. H.T. Verhaar en mr. R.G.C. de Haan.

Naar aanleiding van wat Timmerman uiteengezet heeft over de twee pettenproblematiek en wat Verstijlen gesteld heeft over de reguliere zorgvuldigheidsnorm, stelt Huizink dat veel zaken die gewoonlijk als bestuurdersaansprakelijkheid worden geduid in feite geen zaken over bestuurdersaansprakelijkheid zijn. Huizink noemt hierbij het voorbeeld van de bestuurder die een bestelling plaatst terwijl hij wist dat de vennootschap niet zal kunnen nakomen. Naar zijn inschatting gaat het bij dergelijke voorvallen eigenlijk niet om bestuurdersaansprakelijkheid, maar, zoals Verstijlen stelde, om een persoonlijke onrechtmatige daad. In dit verband geeft Huizink aan dat een radicaal omgooien van het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid niet zijn voorkeur heeft, nu hiertoe alles herschreven zou moeten worden wat de laatste twintig à dertig jaar is opgebouwd. Hij geeft ten slotte aan benieuwd te zijn naar de mening van de zaal.

**Verstijlen** sluit zich aan bij de kwalificatie door Huizink van het door hem aangedragen voorbeeld als een onrechtmatige daad. Niettemin meent Verstijlen dat het een goede zaak is dat deze voorvallen worden besproken als bestuurdersaansprakelijkheid. Onder verwijzing naar de arresten *Spaanse Villa* en *Hezemans Air* van de Hoge Raad stelt hij dat het in de praktijk lastig discussiëren is, wanneer in dit kader steeds gesproken moet worden van de aansprakelijkheid van de betrokkene die in casu als bestuurder fungeert en wiens handelen aan de vennootschap wordt toegerekend. Het gaat volgens Verstijlen om de aansprakelijkheid van een persoon die als bestuurder fungeert en die handelt in het kader van zijn bestuurstaken, en daarbij persoonlijke normen overtreedt.

**Huizink** stelt hierop de vraag hoe een en ander zich verhoudt tot de elementen 'primair' en 'secundair' bij aansprakelijkheid, nu dat naar zijn begrip ook een rol speelt.

In reactie op Huizink geeft **Timmerman** aan te vrezen voor de situatie dat wanneer de vennootschap primair aansprakelijk is, de bestuurder aansprakelijk is op grond van dezelfde criteria. Wat door Timmerman daarentegen wordt voorgestaan, is een stelsel waarin de bestuurder meer terughoudend aansprakelijk is, en de vennootschap primair de klappen opvangt. Dit zou bereikt kunnen worden door voor de bestuurder wat lichtere criteria te hanteren. De mogelijke rechtvaardiging voor terughoudende aanvaarding van bestuurdersaansprakelijkheid beziend, stelt Timmerman dat het de Hoge Raad wellicht niet enkel gaat om ‘bange bestuurders’. Hij vermoedt dat tevens een andere overweging speelt, te weten de overweging die verband houdt met het fenomeen *hindsight bias*: in een vennootschap gebeurt van alles, en het is naar de mening van Timmerman onhandig om als bestuurder altijd een afwachtende houding aan te moeten nemen. Naar de inschatting van Timmerman speelt bij de Hoge Raad eveneens een rol dat men de feitelijke rechters wil meegeven dat zij wat voorzichtig behoren te zijn bij het vaststellen van bestuurdersaansprakelijkheid. Een in dit kader opkomende vervolgvraag, is of de maatstaf en hanteringswijze bij bestuurdersaansprakelijkheid van invloed is op de risicobereidheid van bestuurders. Hierover deelt Timmerman mede dat hij samen met prof. B.F.M. Assink een promovenda begeleidt die naar deze vraag onderzoek doet. Zij heeft gesprekken gevoerd met bestuurders over de vraag hoe zij aansprakelijkheidsdreigingen ervaren. Daarmee is in ieder geval een begin gemaakt met het boven tafel krijgen van de werkelijke invloed van dit soort regelingen, aldus Timmerman. In dit verband verwijst Timmerman naar het onlangs versoepelde BV-recht. Een onderzoek vooraf naar de vraag in hoeverre aan een dergelijke versoepeling behoefte bestaat, en in hoeverre daarmee ondernemerschap wordt bevorderd, zou volgens Timmerman heel zinnig zijn. Hoewel deze mogelijkheden er vaak niet zijn, geeft Timmerman aan positief te staan tegenover onderzoek naar het werkelijk effect van wettelijke regelingen.

**De Bie Leuveling Tjeenk** stelt de vraag of in dit kader geen rol speelt dat de bestuurder ervan uitgaat dat hij onderneemt middels een BV. Hij geeft aan daarbij te willen betrekken wat Timmerman heeft uiteengezet over *hindsight bias*. Naar de mening van De Bie Leuveling Tjeenk kan niet van mensen worden verwacht dat wanneer zij middels een dergelijke rechtsvorm ondernemen, zij zich steeds bewust zijn van de mogelijkheid dat wanneer het misgaat, zij ook voor dit misgaan met hun privévermogen instaan.

**Verstijlen** stelt in antwoord op de door De Bie Leuveling Tjeenk gestelde vraag dat de situatie zijns inziens anders is. Daarbij geeft Verstijlen aan dat BV's niet worden gebruikt ter afscherming tegen onrechtmatige daden die betrekking hebben op regels die men als persoon in acht heeft te nemen.

**De Bie Leuveling Tjeenk** stelt hierop dat dit theoretisch juiste onderscheid door directeurs niet zal worden doorzien. Hierbij stelt hij de vraag hoe een directeur in staat zou moeten worden geacht het onderscheid te kunnen maken tussen een op



hem persoonlijk rustende verplichting en een op hem in zijn hoedanigheid als bestuurder rustende verplichting.

Op de door De Bie Leuveling Tjeenk gestelde vraag geeft **Verstijlen** het antwoord dat dit voor eenieder in de zaal geldt. Iedereen moet naar de mening van Verstijlen weten aan welke regels hij of zij zich moet houden in het kader van de deelname aan het maatschappelijk verkeer. Aan diezelfde regels moet de bestuurder zich houden. Bezwaren over *hindsight bias* gelden volgens Verstijlen overal in het aansprakelijkheidsrecht. Dit licht hij toe door te stellen dat op het moment van het rechterlijk oordeel, de schade altijd al is opgetreden. Verstijlen besluit met de opmerking dat erop vertrouwd moet kunnen worden dat er rechters zijn die getraind zijn om daarmee om te kunnen gaan.

De **voorzitter** vraagt de zaal naar eventuele andere meningen.

**Josephus Jitta** neemt hierop het woord, en geeft allereerst aan betrokken te zijn geweest bij de door De Bie Leuveling Tjeenk besproken zaak. Josephus Jitta vervolgt door te stellen dat wanneer je weet hoe lastig het is voor bestuurders, bij ondernemingen die in moeilijkheden zijn, om afwegingen te maken over wat wel kan en wat niet kan, en wat verantwoord is, je eveneens weet dat dat een onmogelijke taak is. Volgens Josephus Jitta krijgen bestuurders het gevoel het nooit goed te kunnen doen. Dit kan slechts door jezelf als bestuurder vragen te stellen en dat neer te schrijven, om te laten zien dat je het overdacht hebt, aldus Josephus Jitta. Het is naar zijn opvatting echter niet wenselijk om als bestuurder of raad van commissarissen op ieder ogenblik bezig te zijn met het opzetten van verslaggeving, nu dit zou neerkomen op defensief en voor de onderneming schadelijk gedrag. Josephus Jitta geeft aan het heel juist te achten dat bestuurlijk handelen naderhand wordt beoordeeld, maar stelt daarbij dat niet van een bestuurder kan worden verwacht dat hij op ieder ogenblik zijn eigen handelen langs de maatlat legt.

**Van Veen** stelt vervolgens de vraag of de kwestie van de onrechtmatigheid in dezen niet de vraag van de verwijtbaarheid doorkruist, nu dit naar zijn mening twee afzonderlijke dingen zijn. Er wordt onrechtmatig gehandeld, en het volgende punt is dat daar een verwijt van moet kunnen worden gemaakt, aldus Van Veen. Hierbij geeft hij aan gevoelig te zijn voor wat Verstijlen heeft gesteld, namelijk dat als er onrechtmatig gehandeld is door een bestuurder, er misschien goed gekeken moet worden naar wat dan van die bestuurder verwacht mag worden. Als er echter onrechtmatig is gehandeld laat zich volgens Van Veen de vraag stellen waarom dan ook nog eens moet worden vastgesteld dat daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

**Timmerman** repliceert door aan te geven dat dit volgt uit het Ontvanger/Roelofsen arrest: Ernstige verwijtbaarheid is een constitutief vereiste om tot onrechtmatigheid te komen.

**Van Veen** stelt hierop de vraag waarom bij aanvaarding van strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid, daarboven nog een ernstig verwijt moet worden gemaakt.

De **voorzitter** suggereert dat de voorliggende vraag c.q. de voorliggende rechtspolitieke keuze is of je nu als aanknopingspunt het systeem van aansprakelijkheidsrecht neemt, of het systeem van rechtspersonenrecht (in die zin dat de bestuurder in feite een beschermde positie heeft). In dat kader merkt hij op dat hij zich afvraagt of de extreme gevallen zoals de – door Verstijlen als voorbeeld genoemde – slag in het gezicht van een aandeelhouder door de bestuurder niet onder de ‘petten-problematiek’ kunnen worden geschaard, door de vraag te stellen of de betrokken persoon als bestuurder dan wel buiten die rol handelt.

**Verstijlen** antwoordt op deze vraag dat de bestuurder altijd twee petten op heeft, in die zin dat hij altijd ook nog een mens is. Het gaat hier volgens hem inderdaad om de context dat hij optreedt als bestuurder op de aandeelhoudersvergadering, maar deze houdt niet op met verantwoordelijkheid te dragen voor zijn eigen daden, aldus Verstijlen. Volgens Verstijlen geldt voor iedereen – ongeacht de rol waarin hij fungeert – dat het niet is toegestaan een ander op zijn gezicht te slaan: de bestuurder heeft zijn persoonlijke handelen in acht te nemen. Verstijlen merkt daarbij op dat dit evenzeer geldt voor veel ingewikkelder gevallen zoals die in de discussie reeds zijn aangesneden. Voor deze gevallen bestaat naar de opvatting van Verstijlen het Beklamel-criterium, waarbij de voorliggende vraag is wat dit criterium inhoudt. De vraag is volgens Verstijlen niet: is de Beklamel-norm ernstig overschreden of een beetje ernstig? Verstijlen geeft aan dat de vraag die speelt is of het risico dat de vennootschap insolvent raakt een bestuurder ervan moet weerhouden de transactie aan te gaan. Hij beantwoordt deze vraag ontkennend en roept op tot nadere gedachtewisseling over dit soort gevallen waarbij de voorliggende specifieke feiten worden afgewogen.

De **voorzitter** geeft het woord aan de zaal. De vraag wordt gesteld of Verstijlen in algemene zin geen aanleiding ziet om uitsplitsingen los te laten, bijvoorbeeld bij curatorenaansprakelijkheid. Meer precies wordt gevraagd of Verstijlen reden ziet om de besproken argumentatie ook toe te passen op curatoren.

**Verstijlen** antwoordt dat het feit dat een persoon bestuurder is niet helemaal mag worden weggedacht. Dat draagt volgens hem ook bij aan het verwachtingspatroon van degene die met een dergelijk persoon handelt. Bij curatoren geldt volgens Verstijlen niettemin gewoon de maatstaf van het persoonlijk verwijt, en niet van het ernstig verwijt.

**Berendsen** geeft aan het problematisch te achten dat een hogere drempel betekent dat een bestuurder of een curator minder snel aansprakelijk is dan een ander. Berendsen stelt dat hij ervan overtuigd is dat wanneer de Hoge Raad in *Spaanse Villa* de ernstig verwijt maatstaf had toegepast, hij ook tot aansprakelijkheid was

gekomen. Het ernstig verwijt zou volgens Berendsen moeten zijn: de invulling voor een bestuurder van de vraag wanneer hij onrechtmatig handelt. Dat is naar zijn mening niet anders bij een curator. Evenmin is het volgens Berendsen anders bij een gewone beroepsbeoefenaar. Hij stelt daarbij dat gekeken wordt naar de vraag of iemand naar een op zijn persoon rustende zorgvuldigheidsnorm handelt. Bij een bestuurder kan die drempel hoger liggen, want hij wordt anders benaderd. Berendsen vervolgt door een vergelijking te maken tussen de ‘petten-norm’ van Timmerman, de voor een beroepsbeoefenaar geldende norm van het handelen als een redelijk handelende en bekwame beroepsbeoefenaar, en de norm van Staleman/Van de Ven – het handelen als een bestuurder die op zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult, en geeft aan zich af te vragen of daar veel licht tussen zit. Het gaat volgens Berendsen om de invulling van de OD-norm, waarbij in ieder geval moet worden gezien of iemand onrechtmatig handelt. In dit verband noemt Berendsen de voorbeelden van de curator en de medicus, welke beiden in hun handelen worden beoordeeld naar een door hun specifieke taak gekleurde maatstaf. Zo geldt het volgens Berendsen eveneens voor de bestuurder. Berendsen besluit met de opmerking dat hij denkt dat de discussie in dezen voor een groot deel semantisch is.

**Kalff** reageert op het door Berendsen gezegde door te stellen dat er één element is dat het verschil maakt tussen de curator en de arts en de bestuurder, zijnde dat de bestuurder niet handelt voor zichzelf, maar namens de BV. Wanneer de handelingen van de bestuurder worden toegerekend aan de BV, en deze bestuurder iets doet wat in het normale verkeer niet akkoord is, dan is dat een normale aansprakelijkheid van de BV, zo geeft Kalff aan. De tweede stap zou volgens Kalff bestaan in de beantwoording van de vraag of de bestuurder tegenover de buitenwereld misschien in privé een probleem omdat hij een norm heeft geschonden die in een rechtstreekse lijn met een derde niet oké is. Kalff stelt dat hij daarom vindt dat wel degelijk een onderscheid aangelegd zou moeten worden in de verwijtbaarheid.

**Verhaar** stelt dat naar zijn indruk een semantische discussie ontstaat, doordat het tweede beginsel van Timmerman genegeerd wordt, te weten het samengestelde karakter van het ernstig verwijt. Verhaar stelt dat als hij Verstijlen goed heeft begrepen, het alleen zou gaan over de gradatie van verwijtbaarheid. Er is reeds gezegd dat er een hogere drempel moet zijn. Het ernstig verwijt is echter een hybride begrip waarin de onrechtmatigheid al is verdisconteerd, aldus Verhaar. Hij concludeert dat het ernstig verwijt niet dezelfde maatstaf is als opzet of bewuste roekeloosheid, nu het een maatstaf is die geldt als sui generis voor het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht.

De **voorzitter** geeft aan dat nog ruimte bestaat voor een laatste vraag.

Hierop geeft **De Haan** aan een vraag te hebben voor Verstijlen. Uit zijn voordracht zegt De Haan te begrijpen dat het criterium van het ernstig verwijt oorspronkelijk komt uit het oude werknemersaansprakelijkheidsrecht. Daar staat nu voor die

aansprakelijkheid het criterium van opzet of bewuste roekeloosheid. In dit verband vraagt De Haan of Verstijlen ook bepleit, in het verlengde van de vraag over curatorenaansprakelijkheid, dat die norm verlaten moet worden en de werknemer langs de normale lat gelegd zou moeten worden.

**Verstijlen** stelt hierop een uitzondering te willen voor de interne relatie werknemer-werkgever. Niettemin stelt hij dat het resultaat kan verschillen wanneer een werknemer in een maatschappelijke context wordt geplaatst. Verstijlen haalt als voorbeeld aan het geval van de chauffeur. Deze chauffeur neemt deel aan het verkeer en moet naar de opvatting van Verstijlen worden afgerekend als zodanig. Hier voegt hij aan toe dat ook wanneer een persoon niet ernstig verwijtbaar geen voorrang geeft van rechts, hij aansprakelijk is, en dat als dat in het kader van zijn werk is gebeurd, regres op de werkgever mogelijk is.

**Huizink** merkt op dat het grappig is dat op een van de eerste debatmiddagen georganiseerd door het ZIFO – dat ook ging over artikel 2:9 – werd voorgesteld dat het ernstig verwijt veranderd zou moeten worden in opzet of bewuste roekeloosheid. Hoewel de zaal volgens Huizink nu erg bestuursvriendelijk lijkt, geeft hij aan dat destijds niemand voorstander van een dergelijke verandering bleek te zijn.

De **voorzitter** stelt voor het resterende deel van de discussie voort te zetten bij de borrel en bedankt de sprekers voor hun bijdragen en deelname aan de discussie.

In de ZIFO-reeks verschenen:

1. **Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?**  
*Bestuurstaak, bestuursverantwoordelijkheid en bestuurdersaansprakelijkheid volgens het nieuwe artikel 2:9 BW*  
prof. mr. J.B. Huizink, mr. J.M. de Jongh, prof. mr. W.J.M. van Veen,  
prof. mr. A.F. Verdam
2. **Boek 2 BW, statuten en aandeelhoudersovereenkomsten – stand van zaken en blik vooruit**  
prof. mr. W.J.M. van Veen
3. **Wie is de aandeelhouder?**  
Beschouwingen over de wenselijkheid van een centraal aandeelhoudersregister en de kenbaarheid van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen  
prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. D.F.M.M. Zaman, mr. T.J.C. Klein Bronsvoort,  
prof. mr. E.P.M. Vermeulen, prof. mr. A.F. Verdam
4. **Crisiswetgeving voor financiële instellingen en ondernemingen**  
dr. A.H.E.M. Wellink, mevr. mr. C.W.M. Lieverse, prof. mr. M.W. den Boogert,  
mr. R.P.B. van Outersterp, prof. mr. C.E. du Perron, prof. mr. A.F. Verdam,  
prof. mr. G.T.M.J. Raaijmakers. Met een inleiding van prof. mr. W.J.M. van Veen
5. **De implementatie van de AIFM Richtlijn**  
mr. N.B. Spoor, mr. M. Tausk, prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. R.P. Raas
6. **Aanbevelingen ter verbetering van het vestigingsklimaat voor ondernemingen**  
*Tribuut aan Jaap Bellingwout*  
mr. G.F. Boulogne en mr. L.J.A. Pieterse (red.)
7. **Ontwikkelingen rond pensioenen en pension fund governance**  
Onder redactie van prof. mr. A.F. Verdam, met bijdragen van: prof. dr. E. Lutjens,  
prof. mr. R.H. Maatman, mr. A.G. van Marwijk Kooy en mr. S.W.A.M. Visée.
8. **Postmoderne rechtsvormen**  
*Aanbevelingen voor verdere modernisering van het ondernemingsrecht*  
mr. F. van Horzen en prof. mr. J.W. Bellingwout, prof. mr. G.T.M.J. Raaijmakers,  
mr. A.J.S.M. Tervoort, prof. mr. W.J.M. van Veen en prof. mr. I.S. Wuisman.
9. **Herstructurering en insolventie: naar een Scheme of Arrangement?**  
mr. J. Jol, prof. mr. R. Vriesendorp, mr. R. Hermans en mr. K. de Vries, prof.  
mr. B. Wessels, met een inleiding van prof. mr. J.B. Huizink.
10. **Grensoverschrijdende omzetting, -fusie en -splitsing**  
*Vrijheid van vestiging, vennootschapsrecht en fiscaal recht*  
prof. mr. W.J.M. van Veen, mr. P.C.S. van der Bijl, prof. mr. J.W. Bellingwout  
en prof. mr. F.P.G. Pötgens.
11. **De veranderende rol van toezichthouders in de financiële sector**  
prof. dr. R.G.C. van den Brink, prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. J.B.S. Hijink &  
mr. L. in 't Veld, mr. Kitty Lieverse, ir. Th.F. Kockelkoren, mr. A.J. Kellermann,  
prof. mr. R.M.I. Lamp en mr. R. Mellenbergh.

12. **Substance en de Nederlandse houdstervennootschap**  
prof. mr. J.W. Bellingwout, mr. J. Gooijer, mr. F. van Horzen, Claus Jochimsen, prof. mr. F.P.G. Pötgens, Eric Schiffer, mr. E.B. van der Stok, mr. M.J.E. Straathof en prof. mr. A.F. Verdam.
13. **Rechtszekerheid**  
prof. mr. J.L. Smeehuijzen, prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. F.P.G. Pötgens, prof. mr. W.J.M. van Veen, prof. dr. M.R.F. Senftleben, mr. drs. L. Anemaet, prof. mr. J. Hallebeek.
14. **Het concern van 2020**  
prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers, mr. M. Holtzer, mr. J.J.H. Joosten en mr. C.C. Lamsvelt, dr. J. van Strien en V.L. Meijerman MSc, mr. P. Glazener, prof. mr. A.F. Verdam.
15. **De toekomst van IP-regimes in Nederland en Europa**  
prof. dr. J.W. Bellingwout, drs. J. de Boer, prof. dr. C. Spengel, drs. J.K. Wesseling, mr. M.J. van Iersel, mr. drs. V. Kalloe, drs. A. Hermanns, mr. M.C. de Graaf, mr. J. Gooijer, prof. dr. F.P.G. Pötgens, mr. A. Kale, M. de Ruiters, mr. E. Cratsborn, drs. R.P.J. van den Brekel, mr. E.A. Visser, ir. E.D. Wiebes MBA.
16. **Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak**  
prof. mr. A.F. Verdam, prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers, prof. mr. A.F.M. Dorresteyn, prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. W.J.M. van Veen.
17. **Bitcoins - Civiele en fiscale aspecten in beeld**  
prof. mr. R.A. Wolf, drs. J. Boersma, prof. mr. W.A.K. Rank, M.A. Plooi MA MSc, mr. J. Baukema, M.L. Veldhuijzen LLM, R. van de Berg LLM, E.A. van Goor LLM.
18. **De publieke overheid; waar ligt de fiscale grens?**  
prof. dr. mr. F.P.G. Pötgens, dr. J. van Strien, M.L. Al-Saady, mr. dr. N. Jak, dhr. V.L. Meijerman MSc, mr. K. Wanders, L.C.S. Westerveld.
19. **Reporting, controle en toezicht**  
prof. mr. Geert Raaijmakers, prof. mr. Albert F. Verdam, prof. dr. Dirk Schoenmaker, mr. Paul Olden, prof. dr. Philip Wallage RA, Paul Koster RA, prof. mr. Harm-Jan de Kluiver.
20. **Waardering van aandelen na Unit4**  
Jan Bernd Huizink, Peter Ingelse, Marius Josephus Jitta, Karel Scheepers, Tom Salemink
21. **Naar een nieuwe regeling voor de personenvennootschappen**  
prof. mr. M. van Olffen, prof. mr. W.J.M. van Veen, prof. mr. M. van Olffen, prof. mr. H.-J. de Kluiver, prof. mr. I.S. Wuisman, prof. mr. B. Assink, prof. dr. S. Perrick, prof. dr. S. Stevens, prof. mr. H.E. Boschma, prof. mr. J.B. Huizink
22. **Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW en art. 6:162 BW**  
prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. A.F. Verdam, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. F.M.J. Verstijlen, mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk