

GESCHRIFTEN VANWEGE
DE VERENIGING CORPORATE LITIGATION
2018-2019

onder redactie van

MR. Y. BORRIUS

PROF. MR. DRS. I.S. WUISMAN

MR. DRS. A.R.J. CROISET VAN UCHELEN

MR. DR. B. BIER

MR. DRS. A.J. WOLFS

PROF. MR. E.C.H.J. LOKIN

 Wolters Kluwer

DEVENTER – 2019

Deel I
KRONIEKEN

KRONIEK BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID 2018

1 Inleiding

Het schrijven van een kroniek bestuurdersaansprakelijkheid is een eervolle taak, die vanzelfsprekend nog interessanter wordt wanneer in het kroniekjaar uitspraken zijn geweest die een nieuwe lijn in de jurisprudentie laten zien of die de pennen in beweging hebben gezet. Het eerste hebben wij in 2018 niet kunnen constateren, maar de nodige penbewegingen in de literatuur zijn er wel geweest. Dat werd vooral veroorzaakt door een arrest van de Hoge Raad dat in de volksmond inmiddels het *TMF*-arrest is gaan heten.² Net zoals het geval was bij zaken die in eerdere jaren tot discussie hebben geleid,³ had het arrest betrekking op externe bestuurdersaansprakelijkheid. De zaak ging over de vraag of *TMF* door een grote groep beleggers aansprakelijk kon worden gehouden voor een misgelopen vastgoedproject in de Dominicaanse Republiek. Dat in de inleiding van de kronieken bestuurdersaansprakelijkheid van de vorige twee bundels⁴ met enige geruststelling werd geconstateerd dat de rust in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht definitief leek te zijn teruggekeerd, kan dus wellicht iets te optimistisch zijn geweest. Bovendien zal de discussie volgend kroniekjaar mogelijk opnieuw aangewakkerd worden door het in maart 2019 verschenen proefschrift van Karapetian ‘Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad’.⁵ Hierin wordt (opnieuw) kritiek geuit op de in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht gehanteerde ‘ernstig verwijt’-maatstaf.⁶ Vanwege de verschij-

1 Winand Westenbroek is advocaat bij WestLegal te Amsterdam en verbonden aan de Erasmus School of Law, Maarten Mussche is advocaat bij Wijn & Stael Advocaten te Utrecht, Daphne Beunk is advocaat bij Florent te Amsterdam.

2 HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, *NJ* 2018/330, m.nt. P. van Schilfgaarde (*X c.s./TMF*).

3 HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5881, *NJ* 2013/302, m.nt. Van Schilfgaarde en *JOR* 2013/40, m.nt. Van Andel en Rutten (*Spaanse Villa*); HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, *JOR* 2014/296, m.nt. Kroeze (*Tulip Air*) en HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:377, *JOR* 2014/325, m.nt. Kortmann (*RCI/Kastrop*).

4 J. van Bekkum & L. Stoppels, ‘Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2017’, in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018* (VDHI nr. 152), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 3 en B.I. Kraaijpoel & E.J. Oppedijk, ‘Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2016: It’s the end of the world as we know it (and it feels fine)’, in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2016-2017* (VDHI nr.141), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 3-4.

5 A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, diss. Groningen (R&P nr. INSR11), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 47 en 59.

6 Zie daarover eerder de dissertatie van W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie*, diss. Rotterdam (IVOR nr. 108), Deventer: Wolters Kluwer 2017, die aan het einde van het vorig kroniekjaar verscheen.

ningsdatum van dit proefschrift laten wij het bij deze constatering en zullen wij haar proefschrift niet bespreken.

Verder besteden we in deze kroniek uiteraard ook aandacht aan andere interessante zaken, zoals de drie samenhangende arresten van de Hoge Raad in de bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures over het roemruchte faillissement van Partrust met een boedeltekort van ruim € 33 miljoen. Ook staan we stil bij het vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland over de aansprakelijkstelling van oud-bestuurders en toezichthouders van het ROC Leiden die de kosten van een nieuwbouwproject van € 46 miljoen lieten oplopen tot € 223 miljoen. Dit zijn slechts enkele voorbeelden van de nog immer bonte casuïstiek binnen het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht waaruit wij ten behoeve van deze kroniek hebben geput. We hebben niet gestreefd alle uitspraken uit 2018 uitputtend te bespreken of te noemen, maar hebben een selectie gemaakt van uitspraken en ontwikkelingen die onze aandacht trokken.

2 Evaluatie WBT 2011 en de WBT 2016

Wij beginnen deze kroniek met een update op het wetgevingsvlak. Per 1 januari 2013 is de Wet Bestuur en Toezicht in naamloze en besloten vennootschappen van 6 juni 2011 ('WBT 2011') in werking getreden.⁷ Onderdeel van de wijziging was de codificatie van de zogenoemde 'ernstig verwijt'-maatstaf in art. 2:9 BW.⁸ Iets meer dan drie jaar later diende de minister op 8 juni 2016 bij de Tweede Kamer het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht Rechtspersonen in ('WBT 2016', *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 2).⁹ De voorgestelde regeling was ambitieus en beoogde blijkens de eerste zin van de memorie van toelichting '*de regeling voor bestuur en toezicht bij de verschillende soorten rechtspersonen aan te vullen en te verduidelijken*'.¹⁰ De minister noemde daarbij het belang '*dat het civiele recht zoveel mogelijk heldere normen bevat, waardoor zij die aan het rechtsverkeer deelnemen, zoveel mogelijk zelf tot een eensgezind oordeel over hun juridische positie kunnen komen*'.¹¹ Ook werd invulling gegeven aan de aanbevelingen van de

7 Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen (*Kamerstukken* 31763, *Stb.* 2011, 275).

8 In de kroniek bestuurdersaansprakelijkheid van de bundel 2011/2012 heeft Jan Hendrik Crucq het op grond daarvan gewijzigde art. 2:9 BW besproken. Zie J.H.B. Crucq, 'Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2009-2011', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2011-2012* (VDHI nr. 112), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 5-8.

9 In de kroniek bestuurdersaansprakelijkheid van de bundel 2015/2016 beschreef Ellen Soerjatin het toen bij de Raad van State liggende wetsvoorstel. Zie E.M. Soerjatin, 'Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid: de hits van 2014-2015', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016* (VDHI nr. 134), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 4.

10 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 1.

11 *Kamerstukken II* 2017/18, 34491, 6, p. 9.

Commissie Behoorlijk Bestuur,¹² die had aangedrongen op een nauwkeuriger omschrijving van de taak en de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichhouders van instellingen in semipublieke sectoren. Talloze bepalingen die nu nog zijn opgenomen in de titels voor de naamloze en besloten vennootschap zouden worden overgeheveld naar de algemene Titel 1 Boek 2 BW. Zo zou art. 2:9 BW worden opgesplitst in drie verschillende artikelen en zouden de in art. 2:138/2:248 BW opgenomen bepalingen over bestuurdersaansprakelijkheid worden verplaatst naar een nieuw art. 2:9c BW in Titel 1 Boek 2 BW. Met het wetsvoorstel werd verder beoogd uitvoering te geven aan de in de brief aan de Tweede Kamer van 12 november 2013 aangekondigde maatregelen ter verbetering van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in semipublieke sectoren.¹³ Soerjatin sprak in de VCL-bundel 2015/2016 de voorzichtige verwachting uit dat de WBT 2016 in de loop van 2016 in werking zou treden.

Het is anders gelopen. Terwijl de WBT 2011 redelijk snel is ingevoerd, is dat ten aanzien van de WBT 2016 niet het geval. De minister had tijdens de behandeling van de WBT 2011 toegezegd binnen drie jaar de gehele wet te evalueren,¹⁴ maar die evaluatie had nog niet plaatsgevonden bij indiening van de WBT 2016. De Raad van State merkte bij de behandeling van het wetsvoorstel WBT 2016 dan ook op dat het wetsvoorstel vooruitliep op de resultaten van die evaluatie en achtte het voorstel daarom op bepaalde punten prematuur. Om het risico te voorkomen dat de wet op korte termijn opnieuw gewijzigd zou moeten worden, adviseerde de Raad van State in elk geval op die punten de evaluatie af te wachten.¹⁵ In het verslag van de Vaste Commissie voor Veiligheid en Justitie, belast met het voorbereidend onderzoek van het wetsvoorstel, werd op 9 december 2016 eveneens de vraag gesteld waarom de regering niet ervoor had gekozen eerst de WBT 2011 te evalueren alvorens het wetsvoorstel WBT 2016 aan de Tweede Kamer te zenden.¹⁶ Het zou kunnen verklaren waarom dit wetsvoorstel enige tijd stil heeft gelegen.

De evaluatie van de WBT 2011 in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het Ministerie van Justitie en Veiligheid (WODC) werd eind 2017 afgerond. De evaluatie heeft een lijvig rapport opgeleverd dat per brief van 15 december 2017 door de minister aan de Tweede Kamer is aangeboden en tevens in boekvorm is opgenomen in de Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht.¹⁷ Bij de aanbieding van het Evaluatierapport over de WBT 2011 heeft de minister de Tweede Kamer medegedeeld de resultaten van het

12 *Kamerstukken II* 2012/13, 28479, 68.

13 *Kamerstukken II* 2012/13, 33750 VI, 31.

14 *Handelingen I* 2010/11, 31763, 28, item 4, p. 26.

15 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 4, p. 3, 4 en 8.

16 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 5, p. 3-4.

17 H.E. Boschma e.a., *Evaluatie Wet bestuur en toezicht. Wetenschappelijk evaluatieonderzoek naar de werking van de nieuwe bepalingen uit de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv* (IVOR nr. 110), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

onderzoek te zullen betrekken bij de Nota naar aanleiding van het verslag van het voorstel WBT 2016.¹⁸

Bijna een jaar later, op 9 november 2018 diende de minister de voornoemde Nota naar aanleiding van het verslag in,¹⁹ alsmede een Nota van Wijziging met een gewijzigd wetsvoorstel voor de WBT 2016.²⁰ De Nota van Wijziging liegt er niet om. Van de ambitieuze doelstelling die het voorstel WBT 2016 had, lijkt niet veel over en de voorgestelde overheveling van talloze bepalingen naar de algemene titel van Boek 2 BW is van de baan. De grondige wijziging was voor leden van de Vaste Commissie voor Justitie en Veiligheid van de Tweede Kamer aanleiding om in een nader verslag van 19 december 2018 te vragen of niet opnieuw advies moest worden gevraagd aan de Raad van State. Ook werden onder verwijzing naar het eind 2017 verschenen proefschrift ‘Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie’²¹ verschillende vragen gesteld over de codificatie (op grond van de WBT 2011) en de functie van de term ‘ernstig verwijt’ in art. 2:9 BW.²² Zo stelden Kamerleden de vraag of er ook zoiets bestaat als ‘niet ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur’. Ook vroegen zij of er niet ten onrechte verschillende terminologie wordt gehanteerd in art. 2:9 BW respectievelijk art. 2:138/2:248 BW. In de Nota naar aanleiding van het nader verslag van 15 februari 2019²³ heeft de minister daarop gereageerd,²⁴ maar die reactie lijkt niet ten volle in te gaan op de gestelde vragen.²⁵ Of de Tweede Kamer van oordeel is dat het doel van de WBT 2016 om de regeling voor bestuur en toezicht bij de verschillende soorten rechtspersonen aan te vullen en te verduidelijken wordt bereikt, zal derhalve nog moeten blijken uit de verdere behandeling van het wetsvoorstel. Het wetsvoorstel is ten tijde van aanlevering van deze kopij aangemeld voor plenaire behandeling in de Tweede Kamer.

18 Brief van de minister van 15 december 2017.

19 *Kamerstukken II* 2017/18, 34491, 6.

20 *Kamerstukken II* 2017/18, 34491, 7.

21 Westenbroek 2017 (diss.), zie voetnoot 7.

22 *Kamerstukken II* 2017/18, 34491, 8, p. 1, 3 en 4.

23 *Kamerstukken II* 2017/18, 34491, 9.

24 Op 20 februari 2019 heeft de minister voorts een nieuwe Nota van Wijziging ingediend die louter technisch van aard was en een vergissing in de vorige nota van wijziging diende te herstellen (*Kamerstukken II* 2017/18, 34491, 10).

25 Zie in dit verband het commentaar van W.A. Westenbroek bij de uitspraak van Ktr. Amsterdam 31 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7881 (CEO-fraude Pathé) in ‘Bestuurdersaansprakelijkheid en internetcriminaliteit in de bioscoop: een spannende film?’, *MvO* 2019/3.4, par. 5, waarin hij kritisch is op de reactie van de minister en op het voornoemde evaluatierapport. Het betrof een arbeidsrechtelijke uitspraak die in deze kroniek verder onbesproken zal blijven, maar waarvan niet uitgesloten is dat de feiten in een volgend kroniekjaar tot interessante rechtspraak op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid leiden.

3 Interne aansprakelijkheid

3.1 Algemeen: beleidsruimte van het bestuur en hindsight bias

Dat bestuurders ruimte moeten hebben om te ondernemen en niet aansprakelijk moeten zijn voor beslissingen die achteraf verkeerd uitpakken, is lang en algemeen aanvaard in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Bestuurders behoren vrijheid te hebben om risicovolle (ondernemings)beslissingen te nemen. Rechters dienen met deze beleidsvrijheid rekening te houden bij de beoordeling van een vordering op grond van art. 2:9 BW. Uit de memorie van toelichting bij het per 1 januari 2013 gewijzigde art. 2:9 BW blijkt verder dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is van onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:9 BW, tevens acht moet worden geslagen op het risico van hindsight bias: *‘Voorop moet blijven staan dat de vraag of sprake is van onbehoorlijk bestuur moet worden beantwoord naar het moment waarop de betreffende handelingen werden verricht.’*²⁶ In dezelfde wetsgeschiedenis²⁷ wordt verwezen naar de Laurus-beschikking, waarin wordt gesproken van *‘een taakvervulling die niet in overeenstemming is met de wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris de taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen.’*²⁸ Een bestuurder dient bij het maken van zakelijke (beleids)afwegingen op een geïnformeerde grondslag en doordachte wijze te handelen²⁹ en zo nodig advies in te winnen bij deskundigen. Bij de benadering van de vraag of sprake is van onbehoorlijke taakvervulling moet de rechter steeds rekening houden met alle omstandigheden van het geval en tot een redelijk en billijk oordeel komen zonder op de stoel van de ondernemer plaats te nemen.³⁰ De feiten en omstandigheden moeten goed worden afgewogen en de ene rechter zal misschien een andere inschatting maken dan de andere. Het leidt veelal ook tot uitgebreide uitspraken die sterk casuïstisch bepaald zijn.

In de media kreeg een zaak die leidde tot het vonnis van 28 februari 2018 van de Rechtbank Midden-Nederland veel aandacht (zo kopte de NRC eind 2015: *‘Ze waren verliefd op hun vastgoed’*).³¹ In deze zaak hadden Stichting ROC Leiden en drie daaraan verbonden vennootschappen de oud-bestuurders en toezichthouders van het ROC aansprakelijk gesteld voor onbehoorlijk bestuur respectievelijk onrechtmatig handelen. De vordering was ingesteld door het bestaande bestuur van Stichting ROC Leiden. De achtergrond van de aansprakelijkstelling hield

26 *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 3, p. 9.

27 *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 3, p. 9.

28 HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010, NJ 2006/443, m.nt. G. van Solinge en JOR 2005/119, m.nt. M. Brink (*Laurus*).

29 B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag: binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware*, diss. Rotterdam (IVOR nr. 59), Deventer: Kluwer 2007, p. 525 en de daarin genoemde jurisprudentie.

30 *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 3-4.

31 Rb. Midden-Nederland 28 februari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:723.

verband met de realisatie van twee nieuwe panden voor het ROC Leiden, waarvan een deel bestemd was voor de onderwijsdoelstellingen en een deel verhuurd zou worden aan derden. Volgens eisers zou bij dit alles onder meer de statutaire doelomschrijving zijn overschreden, zou een te groot deel voor verhuur zijn bestemd terwijl onvoldoende rekening zou zijn gehouden met het risico op leegstand, zouden begrotingen niet kloppen en zou er een te groot risico zijn genomen met een terugkoopverplichting. Door de ontwikkeling van de panden was de financiële situatie van het ROC Leiden in 2012 dermate verslechterd dat het ROC onder verscherpt toezicht werd gesteld en van een faillissement gered moest worden. In opdracht van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap heeft de Commissie onderzoek huisvesting ROC Leiden (de Commissie Meurs) vervolgens onderzoek uitgevoerd naar de besluitvorming rondom de huisvesting. Deze Commissie oordeelde dat er aanleiding was om nader onderzoek te doen naar mogelijk persoonlijk verwijtbaar handelen van het bestuur in de zin van art. 2:9 BW. Met een verwijzing naar het standaardarrest *Staleman/Van de Ven*³² concludeerde de Rechtbank Midden-Nederland evenwel niet tot aansprakelijkheid. Volgens de rechtbank had geen statutaire doeloverschrijding plaatsgevonden omdat met het realiseren van de nieuwbouw de belangen van het ROC werden gediend. De rechtbank overwoog voorts dat gedaagden zich hadden laten adviseren en ook mochten vertrouwen op de ingeschakelde adviseurs.³³ Het vonnis is zeer uitvoerig. Zowel Van Uchelen-Schipper als Nolen schreven een helder commentaar onder het vonnis in *JOR* 2018/147 respectievelijk *MvV* 2018/12.

In de zaak die leidde tot het arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden van 15 mei 2018³⁴ werden de oud-bestuurders van Stichting Installatiewerk Midden, een regionaal opleidingsbedrijf voor leerlingen die een middelbare beroepsopleiding (MBO) volgden in de installatietechniek, aansprakelijk gesteld door het zittende bestuur van de stichting. Hun werd verweten in het verleden (in de periode 2009-2012) ten onrechte te hebben besloten tot nieuwbouw voor de praktijklessen en daartoe bouwopdrachten te hebben gegeven in de verwachting dat het aantal in te stromen leerlingen fors zou toenemen. Dat laatste gebeurde niet. Het hof stelde vast dat een forse achteruitgang had plaatsgevonden van het aantal leerlingen en participanten, met als gevolg een daling van de brutomarge van € 3.206.000 over 2011 naar € 1.686.000 over 2014. Het hof was echter van oordeel dat de oorzaak van die tegenvallende resultaten niet zonder meer kon worden toegeschreven aan het sinds 2012 afgetreden bestuur. Achteraf kunnen altijd vragen worden gesteld bij dit soort investeringsbeslissingen, aldus het hof dat voorts overwoog dat het niet zijn taak is om een bestuursbeslissing over te doen, maar dat het gaat om de vraag of geen

32 HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, *NJ* 1997/360, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*).

33 Zie over het vertrouwen op adviezen: M. Mussche, *Vertrouwen op informatie bij bestuurlijke taakvervulling*, diss. Rotterdam (IVOR nr. 83), Deventer: Kluwer 2011.

34 Hof Arnhem-Leeuwarden 15 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4448 (*IWM*).

redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben.³⁵

3.2 Onwetendheid en collectieve verantwoordelijkheid

Dat iedere bestuurder van een rechtspersoon verantwoordelijkheid draagt voor de administratie en het financiële reilen en zeilen van de rechtspersoon is algemeen bekend. Dat is bij verenigingen en stichtingen in beginsel niet anders. Zo werd begin 2018 een penningmeester van een vereniging aansprakelijk geacht op grond van art. 2:9 BW wegens het ondeugdelijk voeren van de administratie en het uitkeren van gelden aan zichzelf.³⁶ Een voor de hand liggende uitspraak nu deze bestuurder zichzelf had verrijkt. Maar ook bestuurders die niet te kwader trouw zijn, zullen moeten opletten. Zo bleek uit de uitspraak van 28 augustus 2018 van het Hof Den Haag.³⁷ Het hof overwoog: *‘Binnen de vereniging zijn de financiële zaken een taakgebied van alle bestuurders, nu niet is gesteld of gebleken dat deze krachtens de wet of de statuten aan een of meer van de bestuurders waren toebedeeld. [appellante] is daarbij evenzeer verantwoordelijk voor de financiële gang van zaken als de andere twee bestuurders, ook als zij zich daar niet feitelijk mee heeft bemoeid.’* In deze zaak hadden medebestuurders van de aangesproken bestuurder substantiële bedragen weggesluisd buiten het vermogen van de vereniging zonder dat daar een redelijke zakelijke grondslag voor bestond. De aangesproken bestuurder zei daarvan niets te weten, maar het hof meende dat deze bestuurder het had behoren te weten. De zaak is een vervolg op de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 28 juni 2017, waar Van Thiel een heldere noot bij schreef.³⁸ Hij constateert – net als later het hof – dat de betrokken bestuurder maatregelen had moeten nemen om het onbehoorlijk bestuur af te wenden, ongeacht zijn of haar taak. Ook merkt hij op dat het feit dat een bestuur zich naar eigen zeggen nooit met bestuurlijke of secretariële zaken heeft beziggehouden, natuurlijk geen beroep op een taakverdeling rechtvaardigt. Bovendien zagen in dit geval de verwijten op het financieel beheer van de vereniging. Dat is, aldus Van Thiel, een taak behorende bij de algemene gang van zaken waarvoor alle bestuurders verantwoordelijk zijn,

35 Terwijl het een aansprakelijkheidsvordering op grond van art. 2:9 BW betrof en dus op basis van vaste rechtspraak de ‘ernstig verwijt’-maatstaf zou moeten worden toegepast, paste het hof hier (ook) de maatstaf toe uit HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, NJ 2001/454; JOR 2001/171 (Panno) die wordt toegepast bij art. 2:138/2:248 BW. Het is ons gebleken dat in de rechtspraak beide terminologieën veelvuldig door elkaar wordt gebruikt voor de verschillende aansprakelijkheidsgronden hetgeen onzes inziens bevestigt dat de gedragsnormen van art. 2:9 BW en art. 2:138/2:248 BW niet verschillen. Zie ook: Asser/Maeijer 2-III 2000/329, J.B. Huizink, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid, een pot nat?’, O&F 2009/17; p. 112; D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid*, diss. Rotterdam (IVOR nr. 73), Deventer: Kluwer 2010, p. 219 en Westenbroek 2017 (diss.), par. 3.7.4, p. 125-139.

36 Rb. Midden-Nederland 28 maart 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1891 in vervolg op Rb. Midden-Nederland 25 augustus 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5186 (X/Bondsvereniging).

37 Hof Den Haag 28 augustus 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2063.

38 Rb. Rotterdam 28 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9351, JOR 2017/290, m.nt. S.C.M. van Thiel.

ongeacht een eventuele taakverdeling.³⁹ Van Thiel noemt in zijn noot nog andere uitspraken die betrekking hebben op de aansprakelijkheid van bestuurders van een vereniging, waar wij graag naar verwijzen.

In een andere zaak leek evenmin kwade trouw aanwezig, maar oordeelde het Hof 's-Hertogenbosch niettemin dat bestuurders aansprakelijk waren.⁴⁰ In dit geval had de curator van een stichting hen aansprakelijk gesteld op grond van art. 2:9 BW omdat de bestuurders van de stichting, die beoogde een school op te richten, grote financiële verplichtingen waren aangegaan terwijl op het moment van aangaan daarvan bekend was dat de school in elk geval in het schooljaar 2013/2014 niet voor bekostiging door de overheid in aanmerking zou komen en dat de aangegane verplichtingen wel al in die periode tot grote uitgaven zouden leiden. Inkomsten uit andere bronnen waren bij het aangaan van deze verplichtingen zo onzeker dat het bestuur daarvan niet de reële verwachting had kunnen hebben dat deze in toereikende mate de aangegane financiële verplichtingen zouden dekken. Daarmee was voor het bestuur voorzienbaar, bij het aangaan van de financiële verplichtingen, dat de stichting deze niet zou kunnen nakomen. Het hof oordeelde dat van het bestuur in dit opzicht meer inzicht en een grotere zorgvuldigheid verwacht had mogen worden, te meer nu bekostiging door de overheid was mislukt juist vanwege het ontbreken van een leerlingenprognose en de daarmee gepaard gaande onzekerheid over voldoende instroom. Het hof nam daarbij in aanmerking dat de aard van de activiteiten van de stichting, te weten het verzorgen van primair onderwijs, zich niet verdraagt met het nemen van grote financiële risico's zoals het bestuur had gedaan. Een bestuurder deed nog een beroep op disculpatie door te stellen dat zijn kwaliteiten niet lagen op het financiële vlak en dat hij vertrouwd was op zijn medebestuurder tot wiens takenpakket het aanspraak maken op subsidies en het op de hoogte zijn van de relevante onderwijsrechtelijke wetgeving en ontwikkelingen behoorde. Dat beroep werd door het hof afgewezen waarbij het overwoog dat van deze bestuurder verwacht had mogen worden dat hij zich zelfstandig een oordeel vormde over de mate waarin de stichting over toereikende financiële middelen kon beschikken om de beoogde uitgaven te kunnen doen.

3.3 *Aansprakelijkheid toezichthouders nu en straks ex art. 2:9 BW*

Op grond van art. 2:149/2:259 BW geldt art. 2:9 BW ook voor commissarissen van besloten en naamloze vennootschappen. In maart 2018 oordeelde het Hof Amsterdam in dit verband bijvoorbeeld dat een commissaris jegens de vennootschap aansprakelijk was op grond van art. 2:9 BW.⁴¹ Het zeer omvangrijke feitenrelaas in deze zaak leent zich niet voor uitvoerige behandeling in deze kroniek. Wij beperken

39 Zie uitvoerig over de verhouding tussen collectieve verantwoordelijkheid, taakverdeling en disculpatie: Westenbroek 2017 (diss.), par. 3.6.

40 Hof 's-Hertogenbosch 11 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5184.

41 Hof Amsterdam 29 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1015.

ons tot de opmerking dat de aansprakelijkheid mede gebaseerd was op het ontvangen van steekpenningen van derden door de commissaris met als doel dat hij invloed zou uitoefenen op bepaalde transacties die de vennootschap met deze derden aanging.

Onder huidig recht geldt art. 2:9 BW niet voor commissarissen en toezichthouders van stichtingen en verenigingen.⁴² In de hiervoor al behandelde zaak rondom het ROC Leiden werd daarom een beroep gedaan op art. 6:162 BW voor de aansprakelijkheidsstelling van de toezichthouders naast de bestuurders.⁴³ De rechtbank achtte echter in die zaak geen gronden aanwezig om de toezichthouders aansprakelijk te houden.

Dat een beroep op art. 6:162 BW ook succesvol kan zijn, ondervond een toezichthouder van de Stichting Gehandicaptenzorg in de uitspraak van de Rechtbank Limburg van 12 november 2014. De toezichthouder werd onbehoorlijke taakvervulling verweten doordat hij tal van bestuurstaken had verricht in strijd met de voorgeschreven functiescheiding in de Wet toelating zorginstellingen, de statuten en de Zorgbrede Governancecode 2010.⁴⁴ Het Hof 's-Hertogenbosch overwoog dat het bepaalde in art. 2:9 BW weliswaar niet rechtstreeks toepasselijk is, maar dat bij de invulling van de vraag of sprake is van onrechtmatige daad van de toezichthouders van de stichting art. 2:9 BW wel doorwerkt.⁴⁵ Het handelen in strijd met de corporate governance bepalingen kan daarbij een belangrijke rol spelen.⁴⁶

Bij inwerkingtreding van het eerder in deze kroniek besproken wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (*Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 2) zal een beroep op art. 6:162 BW overigens niet meer nodig zijn om commissarissen en toezichthouders van verenigingen en stichtingen intern aansprakelijk te stellen. Op grond van het huidige art. 2:53a BW en de in het wetsvoorstel opgenomen art. 2:47 lid 1 BW jo. art. 2:50a lid 3 sub b en art. 2:292a lid 1 BW jo. art. 2:300a lid 3 sub b BW zal het bepaalde in art. 2:9 BW namelijk ook gelden voor commissarissen en toezichthouders van de (coöperatieve) vereniging en stichting.

42 Zie ook Rb. Amsterdam 26 maart 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BC8599, *JOR* 2008/126 (*Hestia*).

43 Rb. Midden-Nederland 28 februari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:723. Van Uchelen-Schipper en M.F. Nolen gaan in hun commentaar in *JOR* 2018/147 respectievelijk *MvV* 2018/12 overigens in op diverse aspecten die betrekking hebben op een raad van toezicht van een stichting en op bestuurdersaansprakelijkheid bij semipublieke instellingen.

44 Rb. Limburg 12 november 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:9792, *JOR* 2015/322, m.nt. L.G.H.J. Houwen.

45 Hof 's-Hertogenbosch 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4496, *GJ* 2019/17, m.nt. A.C. Beijering-Beck.

46 R.T.L. Vaessen, 'Bestuurdersaansprakelijkheid en corporate governance. Hebben bestuurders wat te vrezen als ze de Corporate Governance Code schenden?', *MvV* 2017/12, p. 321-327.