

Inhoudsopgave

Inleiding	7
<i>Prof. mr. J.B. Huizink en Prof. mr. A.F. Verdam</i>	
Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid	9
<i>Prof. mr. L. Timmerman</i>	
Bestuurdersaansprakelijkheid na Hezemans Air	21
<i>Prof. mr. F.M.J. Verstijlen</i>	
Bestuurdersaansprakelijkheid aan de hand van de KPNQwest-zaak	31
<i>Mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk</i>	
Verslag van de discussie	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.¹ 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 evenredigheidsbeginsel²) dan met dogmatiek, die vaak star is. Ik schreef een aantal jaren geleden een verhandeling over grondslagen van het Nederlandse ondernemingsrecht.³ 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

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

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

³ 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.⁴

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”.⁵ 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.⁶ 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.⁷ 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.⁸ 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.⁹ Daarna ga ik in op een nieuwe variant van bestuurdersaansprakelijkheid.¹⁰

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

⁸ 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.

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

¹⁰ 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.¹¹ 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.^{12, 13}

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.¹⁴ 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.¹⁵ Juist zijn cliënt zal dit ook zo ervaren.¹⁶ 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.¹⁷ 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.^{18,19} 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".²⁰ 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.²¹

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.²² 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.²³ 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 worden²⁴ 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.²⁵

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,²⁶ 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.²⁷ 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.

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

²⁷ 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.²⁸ 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.²⁹ 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.³⁰

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.³¹ 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/Roelofsen* 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.³² Dit is uiteraard ook een argument om het ernstig verwijt breed toe te passen.

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

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

³⁰ Vergelijk het eerder genoemde *Ontvanger/Roelofsen*-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".

³¹ Zie hiervoor Assink in het Compendium van het ondernemingsrecht, p. 953-964.

³² Rov. 3.5, slot van de eerste alinea.