

## INHOUD

<i>Mr. A.C. Faber</i>	
<b>Great expectations</b>	XIII
<b>Deel I: Kronieken</b>	1
<i>Mr. B.I. Kraaiipoel en mr. E.J. Oppedijk van Veen</i>	
<b>Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2016: It's the end of the world as we know it (and I feel fine)</b>	3
1 Inleiding	3
2 Afschaffen ernstig verwijt maatstaf?	4
3 Artikel 2:9 BW	5
4 Artikel 2:11 BW in de schijnwerpers	8
5 Artikel 2:248 / 2:138 BW	10
5.1 Lid 1 van artikel 2:248 BW	10
5.2 Lid 2 van artikel 2:248 BW	11
5.3 De publicatieplicht en artikel 2:248 lid 2 BW	15
5.4 De administratieplicht en artikel 2:248 lid 2 BW	17
5.5 Hoogte faillissementstekort ex artikel 2:248 BW	19
6 Uitkeringen aan aandeelhouders	20
7 Misbruik	22
7.1 Faillissementsfraude	22
7.2 Misbruik van rechtspersoonlijkheid of vereenzelviging	27
7.3 Misbruik door middel van de turboliquidatie	29
8 Varia	31
8.1 Bestuurdersaansprakelijkheid en klachtplicht	31
8.2 D&O-polis	33
8.3 Bestuurdersaansprakelijkheid en gebrek aan informatie bij schuldeisers	34
8.4 Bestuurdersaansprakelijkheid en <i>hindsight bias</i>	35
8.5 Bestuurdersaansprakelijkheid en financiële toezichtsregels	35
8.6 Bestuurdersaansprakelijkheid bij onrechtmatige executie	36
9 Nieuwe wetgeving	37
9.1 Civielrechtelijk bestuursverbod	37
9.2 Wet bestuur en toezicht	40

*Mr. J.W. de Groot, mr. M.V.A. Heuten en mr. drs. E.M. Hoogervorst*

<b>Kroniek Enquêterecht 2016</b>	43
1 Inleiding	43
2 Kwantitatief overzicht	43
2.1 Uitspraken Hoge Raad	43
2.2 Beschikkingen Ondernemingskamer	44
2.2.1 Enquêteverzoeken	44
2.2.2 Verzoeken tot treffen van onmiddellijke voorzieningen	45
2.2.3 Verzoeken tot vaststellen van wanbeleid en treffen van voorzieningen	46
3 Formeel enquêterecht	47
3.1 Type rechtspersoon	47
3.2 Type verzoeker	47
3.3 Kenbaar maken bezwaren ex art. 2:349 lid 1 BW	52
3.4 Rechtsverwerking	53
3.5 Geschillen van louter vermogensrechtelijke aard	55
3.6 Enquêtebevoegdheid	56
3.6.1 Concernenquête	56
3.6.2 Economische gerechtigheid	58
3.7 Verandering, vermeerdering of intrekking verzoek; ontslag van instantie	59
3.8 Belanghebbenden	60
3.9 Onderzoek	61
3.9.1 Reikwijdte en onderwerpen onderzoek	61
3.9.2 Positie en werkwijze onderzoeker	62
3.9.3 Terinzagelegging onderzoeksverslag en machtiging ex art. 2:353 lid 3 BW	63
3.9.4 Raadsheer-commissaris	68
3.9.5 Beëindiging onderzoek en onmiddellijke voorzieningen	69
3.9.6 Kosten onderzoek	70
3.10 Onmiddellijke voorzieningen	72
3.10.1 Maatstaf onmiddellijke voorzieningen	72
3.10.2 Overzicht getroffen onmiddellijke voorzieningen	73
3.11 Tijdelijk benoemde functionarissen: taakuitoefening en kosten	78
3.12 Varia	79
3.12.1 Aantal raadsheren en raden	79
3.12.2 Verhouding tussen art. 2:15 BW en de vernietiging van besluiten in enquête	79
3.12.3 Bijzondere maatregelen met betrekking tot de zitting en publicatie van de beschikking	80
4 Materieel enquêterecht: gegronde redenen om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen	81
5 Materieel enquêterecht: wanbeleid en verantwoordelijkheid daarvoor	86

*Mr. T.M.C. Arons en mr. G.F.E. Koster*

<b>Kroniek collectieve acties en schikkingen 2016</b>	93
1 Inleiding	93
2 Wettelijke regeling in het BW sedert 1994	94
3 Jurisprudentie november 2015 – december 2016: een bloemlezing	95
3.1 Statutaire doelomschrijving en eigen belang	96
3.2 Voorafgaand overleg	97
3.3 Gelijksortige belangen	98
3.4 De reikwijdte van de 305a-vordering: geen schadevergoeding in geld	100
3.5 Adequate belangenbehartiging en Claimcode	103
3.6 Procedureel karakter van de 305a-procedure	107
3.7 Verhouding 305a-procedure en 6:240/241 BW-toetsing	109
3.8 Verhouding collectieve actie en bestuursrecht	111
3.9 Stuiting van de verjaring, vernietiging buiten recht	113
3.10 WCAM verbindendverklaring	117
4 Nationale ontwikkelingen op gebied van de collectieve actie	118
4.1 De Motie Dijksma	118
4.2 Het Voorontwerp uit juli 2014	118
4.3 De 5 Aanbevelingen van de Juristengroep in december 2015	119
5 Wetsvoorstel van 16 november 2016	121
5.1 Algemeen	121
5.2 Zwaardere eisen voor alle 305a-organisaties	122
5.3 De scope rule	122
5.4 De verschillende stadia van de collectieve schadevergoedingsactie	124
5.5 Kritische bespreking van het Wetsvoorstel	126
6 Internationale ontwikkelingen	128
6.1 Inleiding	128
6.2 Duitsland	128
6.3 Frankrijk	129
6.4 België	130
6.5 Verenigd Koninkrijk	132
6.6 Zwitserland	133
7 Afsluitende opmerkingen	134

*Mr. D.F. Berkhout*

<b>Kroniek medezeggenschap 2016</b>	135
1 Inleiding	135
2 Het adviesrecht	135
2.1 Het adviesrecht in faillissement	136
2.2 De OR en governance conflicten	140
2.3 Artikel 25 WOR, toerekening en medeondernemerschap	147

*Inhoud*

---

2.4	Opmerkingen over de verdere rechtspraak ex art. 26 WOR	150
2.5	Een aantal observaties over de koers van de rechtspraak	151
3	Het instemmingsrecht	153
3.1	Een aantal cijfers	153
3.2	Rechtspraak artikel 27 WOR	154
3.3	Meer instemmingsrecht: pensioen	156
4	Een verdere analyse van de rechtspraak in 2016	158
4.1	Artikel 32 WOR: over de ondernemingsovereenkomst	158
4.2	Procesbevoegdheid van de OR	160
4.3	Artikel 30 WOR	163
4.4	Ontslagbescherming voor “OR-leden”	164
4.5	Instelling en samenstelling OR	165
5	Wetsvoorstellen	165
5.1	Beloning	165
5.2	Medezeggenschap als bijvangst	167
6	Slotwoord: de economische werkelijkheid	168

*Mr. D.J.F.F.M. Duynstee en mr. C.C.M. de Smet*

<b>Kroniek uitkoop en geschillenregeling 2015-2016</b>	171	
1	Inleiding	171
2	Uitkoop	171
2.1	Algemeen	171
2.2	Gemiddelde doorlooptijden	173
2.3	Peildatum	175
2.3.1	Unit4	175
2.3.2	Toepassing van uitgangspunten Unit4	178
2.3.3	De datum van betaalbaarstelling onder het bod	178
2.3.4	De datum van het tussenarrest	179
2.3.5	Alternatieve peildata	179
2.4	Wie te dagvaarden?	180
2.4.1	Onbekende aandeelhouders	180
2.4.2	Degenen aan wie de aandelen zullen toebehoren?	181
2.4.3	Wetswijziging	182
2.4.3.1	Betekening dagvaarding	182
2.4.3.2	Betekening arrest en bekendmaking	182
2.5	Verklaring van notaris of registeraccountant	183
2.5.1	Algemeen	183
2.5.2	Venidero	184
2.5.3	Verklaring aangaande de 95%-eis: Ten Cate, Ballast en Nedam en Mota-Engil	185
2.5.4	TNT	187
2.5.5	Verklaring aangaande de 90%-eis: Ten Cate en USG	188

---

2.5.6	Verklaring aangaande groepsmaatschappijen ontoereikend: Global City	189
2.5.7	Praktische overwegingen	190
2.6	De vaststelling van de prijs bij procedures die niet op een openbaar bod volgden	190
2.6.1	Prijsbepaling op basis van een deskundigenonderzoek	190
2.6.1.1	Deskundigenonderzoek wegens onvoldoende informatie: Pleisterplaatsen en VIBA	191
2.6.1.2	Mota-Engil	192
2.6.1.3	Corporate Express	192
2.6.2	Prijsbepaling zonder deskundigenonderzoek	192
2.6.2.1	Onderhandelingen met andere aandeelhouders: AAA Auto Group en DIM Vastgoed	193
2.6.2.2	Biedprijs onder inkoopbod: Global City	194
2.6.2.3	NAGRON	194
2.7	Relevantie biedprijs onder openbaar bod voor uitkoopprocedures	194
2.7.1	Uitkoopprijs is biedprijs: Unit4, Nutreco en Grontmij	195
2.7.2	Ballast Nedam	196
2.7.3	Op grote schaal aanvaard?	196
2.8	Deskundigenonderzoek	197
2.8.1	Reikwijdte van het deskundigenonderzoek	197
2.8.2	Afwijkende afspraken maken met deskundigen: Teleplan	197
2.8.3	Invloed van (mogelijke) vorderingen op derden: Sirowa en Xeikon	198
2.8.3.1	Xeikon	199
2.8.3.2	Sirowa	200
2.8.3.3	Afgeleide schade?	200
2.8.3.4	Relevantie van enquêteonderzoek	203
2.8.3.5	Waardering	204
2.9	Uitkoopprocedures op grond van art. 2:359c BW	205
2.9.1	Ziggo	205
2.9.2	USG	206
2.9.3	Overige uitkoopprocedures op grond van art. 2:359c BW	207
2.9.4	Enkele (procedurele) opmerkingen over art. 2:359c BW	207
2.9.4.1	De drie maandentermijn (lid 3)	207
2.9.4.2	De billijke prijspresumptie (lid 6)	208
2.9.4.3	Relevantie van art. 2:359c BW?	209
3	Geschillenregeling	210
3.1	Algemeen	210
3.2	De uittredingsnorm van art. 2:343 lid 1 BW	210
3.3	Afwijkende afspraken	210
3.3.1	Peildatum	210
3.3.2	Bevoegde rechter in hoger beroep	211

3.4	Billijke verhoging?	211
3.5	Enkele procedure aspecten	212
3.5.1	Uitvoerbaar bij voorraadverklaring	212
3.5.2	Voorschot deskundigenonderzoek	212
3.5.3	Hoger beroep tegen tussenvonnis	213
3.6	Uitstoting	215
3.6.1	STN	215
3.6.2	De verhouding met het enquêterecht	216

**Deel II: Bijdragen** 219

*Mr. drs. C.F. Deelen*

<b>De invloed van de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering op het rechterlijk oordeel</b>		221
1	Inleiding	221
2	Factoren uit de cognitiefilosofie en psychologie	224
2.1	Inleiding	224
2.2	Intuïtief denken	225
2.3	Onbewuste <i>causal inference</i>	230
2.4	<i>Face-to-face</i> contact	233
2.5	<i>Reverse engineering</i>	235
3	De cruciale rol van verzekeringen	237
3.1	Inleiding	237
3.2	Collectief versus individu	239
3.3	Relatief brede verzekeringsdekking	241
3.4	De gangbaarheid van de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering	243
3.5	Het onderscheid binnen en buiten faillissement	244
4	Slot	246

*Drs. I.K. Toxopeus – de Vries RA*

<b>Methoden voor het begroten van vermogensschade</b>		249
1	Inleiding	249
2	De Differentiaal hypothese	250
3	Winst en verlies versus kasstroom	252
3.1	Winst en verlies	252
3.2	Kasstroom	253
4	De accountingmethode versus de economische methode	255
4.1	Inleiding	255
4.2	Vermogensschade begroten met de accountingmethode	256
4.3	Vermogensschade begroten met de economische methode	257
5	Keuze voor een methode in de praktijk	259
5.1	Inleiding	259
5.2	Gebruik van methoden in de praktijk	260

5.3	Leiden de twee methoden tot een andere uitkomst?	262
6	Raadpleging Nederlandse jurisprudentie	267
7	Samenvatting	268

*Mr. dr. R.A. Wolf*

<b>Over overdracht van aandelen door de DGA, faillissement van de vennootschap en onbetaalde crediteuren. Bestuurders- of aandeelhoudersaansprakelijkheid?</b>		271
1	Inleiding	271
2	Verkoop van aandelen, een vermogensrechtelijke transactie	273
3	Lagere rechtspraak	274
3.1	Rb. Utrecht 25 mei 2011 (LBP Sight/Vesseur)	274
3.2	Rb. Amsterdam 25 januari 2012 (Sveba Beheer)	276
3.3	Rb. Middelburg 5 maart 2012 (BMW Financial Services)	279
3.4	Rb. Almelo 12 september 2012 (Haafkes q.q./Aannemingsbedrijf)	280
3.5	Rb. 's-Gravenhage, sector kanton, locatie Delft 11 oktober 2012 (Fideel/Reaal Verzekeringen)	282
3.6	Rb. Oost-Brabant 27 februari 2013 (De-BV-Dokter.nl)	284
3.7	Rb. Oost-Brabant 1 mei 2013 (International Poolguild)	285
3.8	Hof 's-Hertogenbosch 26 juli 2016 (Tape Control)	288
4	Opvattingen in de literatuur	290
5	Tussenconclusie	291
6	Onrechtmatige daad van de aandeelhouder jegens de crediteur	294
6.1	Onrechtmatige daad algemeen	294
6.2	Zorgvuldigheidsverplichting van de aandeelhouder jegens de crediteur	295
6.3	Nadere invulling van de zorgvuldigheidsverplichting: een feiten- en omstandighedencatalogus	299
6.4	Vereisten aan het onderzoek	302
7	Conclusie	303
<b>Deel III: Verenigingsaangelegenheden</b>		305
<b>Samenstelling bestuur Vereniging Corporate Litigation</b>		307
<b>Verslag van de secretaris</b>		309
1	Activiteiten van de vereniging	309
2	Werkzaamheden secretariaat	309

*Mr. P.D. Olden*

**Aansprakelijkheid van werknemers (leidinggevend – niet bestuurders)  
jegens derden**

	311
1 Inleiding	311
2 Het aansprakelijkheidsregime	312
3 Terug naar de exco	314

*Mr. B. Kloppert-van Duren*

**De bestuurder en claw back**

	317
1 Inleiding	317
2 De aanleiding nader beschouwd	317
3 Maar hoe zat het dan met die Codes?	319
4 En het BW dan?	320
5 Artikel 2:135 leden 6 en 8 BW	321
6 Niets nieuws onder de zon dus?	323
7 Afronding	323

*Mr. A. Hendrikse*

**De (niet statutair) bestuurder-werknemer en de  
bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering**

	325
1 Inleiding	325
2 De BCA-verzekering	326
3 (Niet statutair) bestuurder – werknemer en BCA-verzekering	331
4 Clawback en BCA-verzekering	333
5 Verzekeraars moeten niet zo moeilijk doen?	335

**Moot court**

	337
1 Casus	337
2 Pleidooi mr. R.G.J. de Haan	345
3 Pleidooi mr. M.H.C. Sinninghe Damsté	351
4 Pleidooi mr. J.W. de Groot	357
5 Pleidooi mr. M.H.J. van Rest	365
6 Nabeschuwing mr. E. Hammerstein en mr. A. Hammerstein: de Mylan casus nader bezien	373
6.1 Inleiding	373
6.2 Deugt de statutaire regeling?	375
6.3 Zeggenschap van aandeelhouders	376
6.4 Grond voor een onmiddellijke voorziening?	378
6.5 Het vennootschappelijk belang	379
6.6 Slot	380

<b>Ledenlijst (2017)</b>	381
--------------------------	-----



**Deel I**  
**KRONIEKEN**

Mr. B.I. Kraaiipoel en mr. E.J. Oppedijk van Veen<sup>1</sup>

## **KRONIEK BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID 2016: IT'S THE END OF THE WORLD AS WE KNOW IT (AND I FEEL FINE)<sup>2</sup>**

### **1 Inleiding**

Deze kroniek bestuurdersaansprakelijkheid ziet op het jaar 2016<sup>3</sup> en sluit aan op de kroniek die Ellen Soerjatin vorig jaar heeft verzorgd.<sup>4</sup>

De titel van deze bijdrage gaat niet over de verkiezing van Donald Trump en de gevolgen daarvan, maar verwijst naar de constatering van Alexander Schild dat “*het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht tot een voorlopig einde geëvolueerd lijkt*”.<sup>5</sup> Die constatering komt ons overtuigend voor. Her en der zitten nog wat losse eindjes, maar over de hele linie ziet het er nu best overzichtelijk uit.

Voorgaande jaren werden gekenmerkt door een discussie over de Spaanse villa.<sup>6</sup> Na twee op 5 september 2014 gewezen arresten, Tulip Air<sup>7</sup> en RCI/Kastrop,<sup>8</sup> lijkt de rust definitief weergekeerd. Volgens de Hoge Raad zelf was het allemaal een storm in een glas water. In een artikel over totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad legt Bakels uit wat er bij de Spaanse villa mis is gegaan.<sup>9</sup> Bakels geeft in zijn bijdrage toe dat er in het arrest drie woorden te veel stonden. In r.o. 3.4.2 onder (ii) waren de woorden ‘van een bestuurder’ terecht gekomen. Die woorden waren afkomstig uit het cassatiemiddel, maar hoorden in de overweging niet thuis, omdat de Hoge Raad nu juist daarvoor onder (i) had vooropgesteld dat de betrokkene

- 
- 1 Boris Kraaiipoel (advocaat bij de Hoge Raad) en Esther Oppedijk van Veen (advocaat) zijn verbonden aan RESOR N.V.
  - 2 R.E.M., *Document* (1987, I.R.S.).
  - 3 Met stiekem een heel klein beetje 2015 en 2017.
  - 4 E.M. Soerjatin, ‘Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid: de hits van 2014-2015’, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016 Deel 134*, Deventer: Kluwer 2016, p. 3-36, hierna Soerjatin 2016.
  - 5 A.J.P. Schild, ‘Ontwikkelingen bestuurdersaansprakelijkheid: een overzicht’, *WPNR* 2015/7087, p. 1046-1056, onder 6. Conclusie.
  - 6 Zie uitgebreid Soerjatin 2016, onder 3.1 met verdere verwijzingen.
  - 7 HR 5 september 2014, *JOR* 2014/296 m.nt. Kroeze.
  - 8 HR 5 september 2014, *JOR* 2014/325 m.nt. Kortmann.
  - 9 F.B. Bakels, ‘Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad’, *Ars Aequi*, november 2015, p. 927-938. Zie ook H. Koster, ‘Over de uitleg van uitspraken van de Hoge Raad’, *Ondernemingsrecht* 2016/94.

(volgens het onbestreden oordeel van het hof) *niet* als bestuurder van een vennootschap had gehandeld. Bakels geeft grootmoedig<sup>10</sup> toe dat de cassatierechter een fout heeft gemaakt.<sup>11</sup> Maar die woorden had de buitenwacht toch meteen moeten herkennen als een verschrijving. Naast de cassatietechnische verklaring zijn er drie andere redenen waarom de uitleg – als verschrijving dus – voor de hand lag. Als de Hoge Raad daadwerkelijk zou willen terugkomen van vaste rechtspraak zou hij dat uitdrukkelijk doen. Daarnaast berustte het cassatiemiddel juist op die vaste rechtspraak. Tot slot ging het om een atypische casus. Zulke zaken worden in de regel ‘klein’ afgedaan en leiden vrijwel nooit tot een wijziging van rechtspraak.<sup>12</sup> Kortom, ook met deze kennelijke verschrijving blijft het, aldus Bakels, de taak van de vakpers om de woorden van de cassatierechter, en dus ook eventuele fouten of verschrijvingen, uit te leggen in het licht van de gehele context van het arrest, mede door te zoeken naar de uitleg die het meest voor de hand ligt. De praktijk wordt immers niet goed voorgelicht als op onvoldoende gronden alarm wordt geslagen.

Ondanks de ogenschijnlijke rust op het terrein van bestuurdersaansprakelijkheid, is in 2016 voldoende gebeurd om deze kroniek te vullen.

## 2 Afschaffen ernstig verwijt maatstaf?

In 2016 is de discussie over de houdbaarheid van de ernstig verwijt maatstaf niet gaan liggen. Mede naar aanleiding van de Spaanse villa heeft Westenbroek in een serie artikelen zijn visie op bestuurdersaansprakelijkheid uiteengezet. In 2016 heeft hij, in vervolg op een artikel uit 2015,<sup>13</sup> betoogd dat de ernstig verwijt maatstaf moet worden losgelaten bij de beoordeling van (externe) bestuurdersaansprakelijkheid.<sup>14</sup> Van Bekkum heeft daarop gereageerd,<sup>15</sup> waarbij hij het ernstig verwijt criterium verdedigt. Daarbij betoogt Van Bekkum dat de toerekening aan de

---

10 Bakels was voorzitter van de vijf-formatie die het arrest wees.

11 Fouten maken is menselijk, zelfs de Hoge Raad is niet onfeilbaar aldus Bakels. Recent oordeelde de Hoge Raad dat met zoveel woorden in een onteigeningszaak. De Hoge Raad verwijst naar een regel uit zijn eigen jurisprudentie en vervolgt: “*opmerking verdient overigens dat die regel in (...) NJ 2011/282 is miskend*”. Zie HR 27 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:94, r.o. 4.4.2.

12 Zie ook B.I. Kraaiipoel, ‘De Spaanse Villa, een fata morgana’, *Bedrijfsjuridische berichten* 2015/2, p. 5-8, naar aanleiding van de arresten Tulip Air en RCI/Kastrop: “*Atypische zaken als de Spaanse villa moeten niet worden aangegrepen om zaak overstijgende oordelen in te lezen, laat staan een koerswijziging ten opzichte van bestendige jurisprudentie.*”.

13 W.A. Westenbroek, ‘Metaalmoetheid naar 88 jaar ‘externe’ bestuurdersaansprakelijkheid en Spaanse Villa, het is tijd voor herbezinning: laat de ernstig verwijt maatstaf los’, *Ondernemingsrecht* 2015/69.

14 W.A. Westenbroek, ‘Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening’, *Ondernemingsrecht* 2016/24 en ‘Artikel 2:9 BW en de ‘ernstig verwijt’-maatstaf bij bestuurdersaansprakelijkheid’, *RM Themis* 2016/4, p. 175-192.

15 J. van Bekkum, ‘Reactie op mr. W.A. Westenbroek, ‘Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening’, *Ondernemingsrecht* 2016/24, *OR* 2016/98.

rechtspersoon in beginsel exclusief dient te zijn en dat de feitelijk handelende persoon enkel naast de rechtspersoon aansprakelijk zou moeten kunnen zijn als de onrechtmatige gedraging ook aan hem persoonlijk kan worden toegerekend op basis van een gekwalificeerde vorm van schuld, namelijk ernstige verwijtbaarheid, althans opzet of bewuste roekeloosheid. Westenbroek heeft daarop nog gereageerd, maar Westenbroek en Van Bekkum lijken niet nader tot elkaar gekomen te zijn.<sup>16</sup>

Timmerman heeft, in zijn kenmerkende afgewogen en pragmatische stijl, zijn kijk op deze discussie geëtaleerd. Dit keer niet in een conclusie, maar in een artikel in WPNR.<sup>17</sup> Timmerman constateert dat het toepassingsbereik van het ernstig verwijt – alleen bij art. 2:9 BW of toch ook bij art. 6:162 BW – een rechtspolitieke keuze is. Hij kan prima leven met de beslissing van de Hoge Raad om het begrip ernstig verwijt toe te passen op verschillende soorten bestuurdersaansprakelijkheid. Naar aanleiding van de discussie van de ‘hoedanigheid van bestuurder’ meent Timmerman dat van optreden als bestuurder in ieder geval sprake is, wanneer de betrokken persoon ondernemingsbeslissingen neemt of handelingen ter uitvoering hiervan verricht. Er moet steeds een inhoudelijk verband bestaan tussen het aan de bestuurder verweten onrechtmatig handelen of nalaten en de door hem te verrichten bestuurstaak. Timmerman wil niet weten van de bezwaren tegen een specifieke aansprakelijkheidsnorm voor bestuurders; hij vindt het vanzelfsprekend dat de hoedanigheid in het recht ertoe doet. Dat geldt ook voor de hoedanigheid van bestuurder. Zoals Kortmann schrijft: *“Het gaat (...) over de persoonlijke aansprakelijkheid van een functionaris die in de uitoefening van zijn functie handelt. Hieraan kunnen en mogen hogere eisen worden gesteld dan aan de primaire aansprakelijkheid.”*<sup>18</sup> De kern van de zaak is voor Timmerman dat een ernstig verwijt niet meer of minder is dan een uitwerking van de door Kortmann genoemde hogere eisen.

### 3 Artikel 2:9 BW

In 2016 zijn er wat betreft de te hanteren ernstig verwijt maatstaf uit art. 2:9 BW geen wereldschokkende uitspraken gedaan. De Hoge Raad deed een uitspraak over art. 2:9 BW, maar het betrof een 81 RO uitspraak.<sup>19</sup> De casus betrof de voormalig bestuurder van Stichting Atal Medial. De bestuurder heeft aangestuurd op een operationele samenwerking tussen de stichting en Stichting Huisartsenlaboratorium en Trombosedienst Westfriesland (“STAT”). Op enig moment heeft de controller

16 W.A. Westenbroek, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid: hoe iets is en hoe iets behoort te zijn’, *Ondernemingsrecht* 2016/99.

17 L. Timmerman, ‘Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid’, *WPNR* 2016/7105.

18 Asser/Van der Grinten/Kortmann, 2-1, *Vertegenwoordiging*, nr. 157.

19 HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:540, *JOR* 2016/264 m.nt. Schild.

van Atal gerapporteerd over “onduidelijkheden” en “verdachte gebeurtenissen”. Uiteindelijk is de bestuurder ontslagen en aansprakelijk gehouden. De fusie is afgeketst en STAT is failliet verklaard. Het hof oordeelt dat de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt en veroordeelt hem tot vergoeding van de schade die door zijn handelen is ontstaan. Alle cassatieklachten worden met 81 RO verworpen, maar annotator Schild vraagt – terecht – aandacht voor de klacht waarin wordt betoogd dat “ernstig verwijt” in de zin van art. 2:9 BW moet worden gelijkgesteld met “opzet of bewuste roekeloosheid” in de zin van art. 7:661 BW. Ook die klacht wordt zonder verdere motivering verworpen. De annotator had het wel aardig gevonden als de Hoge Raad deze verwerping had uitgeschreven, maar kennelijk vond de Hoge Raad dat niet nodig. Hoe het ook zij, “opzet of bewuste roekeloosheid” drukt een hogere graad van verwijtbaarheid uit dan “ernstig verwijt”, aldus Schild.

Art. 2:9 BW wordt in de meeste (gepubliceerde) uitspraken ingeroepen door de curator. Primair wordt dan de vordering gegrond op art. 2:248 BW, subsidiair op art. 2:9 BW en meer subsidiair op grond van art. 6:162 BW. De schade die gevorderd kan worden in verband met de verweten handelingen verschilt echter per gekozen grondslag. Op grond van art. 2:9 BW kan de schade gevorderd worden die aan de vennootschap is toegebracht door de verweten gedragingen. De stelplicht en bewijslast rusten bij de vennootschap (in faillissement de curator). In principe is het boedeltekort geen ‘schade’ in de zin van art. 2:9 BW. Zie voor een misvatting op dat punt een uitspraak van Rechtbank Oost-Brabant van 30 maart 2016.<sup>20</sup> Een ander geval waar dit ook mis ging betreft een uitspraak van Rechtbank Oost-Brabant van 28 december 2016.<sup>21</sup> Het betrof een schooldirecteur die veroordeeld is wegens ontucht met leerlingen. De school is gefailleerd en de curator spreekt de directeur aan op grond van art. 2:300a jo 2:138 BW alsook op grond van art. 2:9 BW. De rechtbank kwalificeert het handelen van de directeur als onbehoorlijk bestuur, wijst de vordering op grond van art. 2:9 BW toe en oordeelt dat de schade ten gevolge van het onbehoorlijk bestuur gelijk kan worden gesteld aan het boedeltekort. Dat het gedrag van de directeur heeft geleid tot het faillissement lijkt niet onaannemelijk. Maar de schade die de stichtingen op grond van art. 2:9 BW kunnen vorderen is niet dezelfde schade die de gezamenlijke schuldeisers hebben geleden door het faillissement.

Art. 2:9 BW speelde ook een hoofdrol in een uitspraak van Rechtbank Den Haag van eveneens 28 december 2016.<sup>22</sup> Het betrof een faillissement van een stichting die – samen met een vennootschap die ook failliet is gegaan – ESF-Subsidies (het Europees Sociaal Fonds) aanvraag voor sectorfondsen. De constructie, die volgens

---

20 Rb. Oost-Brabant 30 maart 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:1431.

21 Rb. Oost-Brabant 28 december 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:7243.

22 Rb. Den Haag 28 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:16211.

alle betrokken partijen lange tijd goed functioneerde, betref het aanvragen van subsidies en subsidievoorschotten door de stichting. Die bedragen werden doorgestort aan de vennootschap (zonder zekerheid, waarbij er een vordering in rekening-courant op de vennootschap ontstond) en de vennootschap wendde die aan voor projecten en haar eigen kosten. Daarnaast werden de gelden ook deels uitgeleend aan groepsmaatschappijen en derden. Het incassorisico (het betref voorschotten, als de uiteindelijke subsidie lager uitviel moest het verschil worden terugbetaald) lag bij de stichting. De rechtbank oordeelde dat aan de structuur en de rol van de stichting in het geheel inherente risico's kleefden en dat aan de bestuurder van de stichting een ernstig verwijt kon worden gemaakt, omdat zij onvoldoende oog had voor de financiële stabiliteit en continuïteit van de stichting. Het bestuur van de stichting had onvoldoende gedaan om de risico's betreffende het rekening-courantkrediet en het incassorisico te beheersen. De rechtbank verwijt het bestuur van de stichting dat de gelden door de vennootschap deels zijn besteed aan 'andere zaken' (een lening in privé voor een recreatiewoning en financiering van gelieerde ondernemingen), maar dat het kernverwijt is dat het bestuur beter rekening had kunnen en moeten houden met het scenario dat voorlopig verleende subsidies uiteindelijk zouden worden teruggevorderd. De bestuurder van de stichting had moeten voorzien dat het agentschap (dat de subsidievoorschotten verstrekke) lange tijd te hoge voorschotten had verstrekt en dat dit tot terugbetalingsverplichtingen zou gaan leiden. De rechtbank overweegt:

*“4.29 Indien [gedaagde sub 1] zou hebben gehandeld overeenkomstig hetgeen van een redelijk denkend en redelijk handelend bestuurder mocht worden verwacht, acht de rechtbank het in hoge mate aannemelijk dat [de stichting] de terugvorderingen en het stopzetten van de bevoorschotting het hoofd had kunnen bieden. De rechtbank is op dit punt met de curator van oordeel dat [de stichting] door het verstrekken van de hoge kredieten in rekening-courant aan [de vennootschap] zo inflexibel was geworden, dat het inlopen van die rekening-courantverhouding op [de vennootschap] op korte termijn onmogelijk was. (...) [gedaagde sub 1] had als bestuurder van [de stichting] op dit punt een terughoudender beleid moeten voeren.”*

Ook het bestuur van de betrokken vennootschap komt er niet zonder kleerscheuren vanaf. De rechtbank oordeelde dat het bestuur van de vennootschap op grond van art. 2:248 lid 1 BW aansprakelijk is voor het boedeltekort. Op grond van grotendeels dezelfde constellatie van feiten als bij de stichting oordeelde de rechtbank dat er sprake is geweest van onverantwoord en onbezonnen bestuurshandelen. De grondslag daarvoor is enerzijds het verstrekken van niet-zakelijke en risicovolle leningen. Anderzijds verwijt de rechtbank ook het bestuur van de vennootschap heeft nagelaten om ervoor te zorgen dat de vennootschap over voldoende financiële middelen beschikte om zelf de groei van haar activiteiten te kunnen financieren, zodat dit niet bij vooruitbetaling uit voorschotten moest worden gefinancierd,

althans had het bestuur bij de gehanteerde wijze van financiering veel voorzichtiger moeten omgaan met de aanwezige liquide middelen.

Het komt er kort gezegd op neer dat de rechtbank kritiek heeft op het – inherent risicovolle – bedrijfsmodel. In het onderhavige geval leidt dit tot aansprakelijkheid van de bestuurder. Uit het vonnis blijkt niet in hoeverre de bijzondere omstandigheden van het geval – specifiek de lening voor een recreatiewoning en risicovolle leningen aan gelieerde partijen – een rol hebben gespeeld. De uitspraak is een waarschuwing voor bestuurders in veelal de non-profitsector waar veel gewerkt wordt met overheidssubsidies die nog wel eens teruggevorderd worden. Zie voor dit laatste punt bijvoorbeeld ook de pogingen van de Stichting Vrienden van de Gaykrant om haar voormalig bestuurder onder meer op grond van art. 2:9 BW aan te spreken vanwege een teruggevorderde subsidie.<sup>23</sup>

#### 4 Artikel 2:11 BW in de schijnwerpers

Art. 2:11 BW is een ogenschijnlijk eenvoudig artikel, maar het leidt in de praktijk toch nog wel tot discussie.<sup>24</sup> In een vonnis van 3 februari 2016 lijkt Rechtbank Noord-Nederland iets te ruim om te gaan met art. 2:11 BW, aldus annotator Van Thiel.<sup>25</sup> In een arrest van 9 februari 2016 past Hof Amsterdam art. 2:11 BW toe op een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering uit hoofde van onrechtmatige daad.<sup>26</sup> Zie tot slot een vonnis van Rechtbank Gelderland van 16 maart 2016, waarin het ging om een dividenduitkering die via een aantal vennootschappen was uitgekeerd.<sup>27</sup> Daarbij past de rechtbank art. 2:11 BW ook toe op aansprakelijkheid op grond van art. 2:216 BW.<sup>28</sup> De vraag of art. 2:11 BW nu ook van toepassing is op een vordering op grond van art. 6:162 BW wordt daarmee in literatuur en rechtspraak overwegend positief beantwoord. Op 17 februari 2017 heeft de Hoge

---

23 Zie de uitspraken van Rb Oost-Brabant van 10 juni 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:3334, 15 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3192 en 15 februari 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:725.

24 Niet in het vonnis van Rb Gelderland gepubliceerd in *JOR* 2016/87, m.nt. Borrius en R.E.H. Canisius, waar de rechtbank zonder omhaal overweegt: “5.12 *Bramer Holdings aansprakelijkheid is gebaseerd op artikel 6:162 BW, die van Bramer op artikel 6:162 BW juncto artikel 2:11 BW.*”

25 Rb Noord-Nederland 3 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:500, *JOR* 2016/152 m.nt. Van Thiel. De rechtbank past art. 2:11 BW ook toe op de feitelijk bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder.

26 Hof Amsterdam 9 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:424, *JOR* 2016/123 m.nt. Bartman. Zie in het bijzonder de noot van Bartman onder 3; hij verwijst onder meer naar de noot van J. Roest bij *JOR* 2016/3.

27 Rb Gelderland 16 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1758, *JOR* 2016/187 m.nt. Bier.

28 Zie voor de bespreking van dit artikel voor het punt van de dividenduitkering onder 6 van deze kroniek.

Raad hierover een arrest gewezen dat nog wel wat pennen in beweging zal zetten.<sup>29</sup>  
De Hoge Raad overweegt:

*“3.4.3 (...) art. 2:11 BW [is] van toepassing in alle gevallen waarin een rechtspersoon in zijn hoedanigheid van bestuurder aansprakelijk is op grond van de wet. Daaronder valt ook de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder die is gebaseerd op art. 6:162 BW. Deze aansprakelijkheid rust dan tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder daarvan bestuurder is. Dit betekent dat voor vestiging van de aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder niet de aanvullende eis geldt dat de schuldeiser stelt, en zo nodig bewijst, dat ook die bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.*

*Uit de aard van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW volgt echter wel dat als een rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk is op die grond, een bestuurder van die rechtspersoon-bestuurder aansprakelijkheid op grond van art. 2:11 BW (alsnog) kan voorkomen door te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van de gedragingen waarop de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder is gebaseerd. Deze bewijslastverdeling doet recht zowel aan de ratio van art. 2:11 BW als aan de vereisten voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW.”*

*Roma locuta, causa finita?* Deze uitspraak maakt een einde aan de discussie die er was over de vraag of art. 2:11 BW ook ziet op (bestuurders-)aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW.<sup>30</sup> Vragen blijven er natuurlijk altijd. Temeer nu voor de beslissing van de Hoge Raad geen houvast gevonden kan worden in de conclusie voor het arrest van AG Timmerman.<sup>31</sup> In de opvatting van de Hoge Raad leidt de aansprakelijkheid van de holding op grond van art. 6:162 BW tot een hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders van de holding op grond van art. 2:11 BW, *“behoudens door [de bestuurder] te stellen en zo nodig te bewijzen omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt terzake kan worden gemaakt.”*<sup>32</sup> Het is niet op voorhand duidelijk hoe dit oordeel zich verhoudt tot art. 236 Rv als de aangesproken bestuurder geen partij (of betrokkene) was bij een eerdere procedure tegen de holding. Daarnaast lijkt het erop dat een niet-handelend indirect bestuurder slechter af is (namelijk hoofdelijk

<sup>29</sup> HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275.

<sup>30</sup> Zie voor een uitgebreide analyse van art. 2:11 BW C.D.J. Bulten & A.F.J.A. Leijten, ‘Een lastige doorbraakbepaling?’, in: D. Busch & M.P. Nieuwe Weme (red.), Christels Koers (Serie OO&R deel 79), Deventer 2013, p. 163-187, in het bijzonder p. 178-179.

<sup>31</sup> De AG hield zijn kruut droog en besprak de klacht over art. 2:11 BW niet, omdat hij van mening was dat om cassatietechnische redenen de klacht niet kon slagen.

<sup>32</sup> HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275, r.o. 3.4.4.



aansprakelijk) dan een niet-handelend direct bestuurder, in het geval een medebestuurder onrechtmatig heeft gehandeld. Ook op dit punt zal er over dit arrest ongetwijfeld worden geschreven. Voer voor een volgende kroniek.

## 5 Artikel 2:248 / 2:138 BW<sup>33</sup>

### 5.1 Lid 1 van artikel 2:248 BW

Art. 2:248 lid 1 BW maakt mogelijk dat een bestuurder van een besloten vennootschap door de curator aansprakelijk wordt gehouden voor het volledige faillissementstekort wanneer er sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Van kennelijk onbehoorlijk bestuur kan slechts worden gesproken als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat het onbehoorlijk handelen buiten kijf moet staan. Is dat niet het geval dan verdient het bestuur het voordeel van de twijfel. Voor aansprakelijkheid is niet voldoende dat het gaat om onzakelijk, ondoordacht of onverstandig bestuur, maar om gedrag dat in het bijzonder ten aanzien van de schuldeisers als onbehoorlijk moet worden aangemerkt.<sup>34</sup> De rechter dient, bij beantwoording van de vraag of sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur, te oordelen op grond van de totaliteit en de samenhang van de aan hem voorgelegde omstandigheden. Daarmee is een oordeel omtrent kennelijk onbehoorlijke taakvervulling overwegend een feitelijk oordeel. In cassatie kunnen waarderingen van feitelijke aard niet op juistheid, maar enkel op begrijpelijkheid worden getoetst. Onvoldoende is dan om afzonderlijke omstandigheden (die een hof in onderlinge samenhang tot het oordeel van kennelijk onbehoorlijk bestuur hebben gebracht) in cassatie aan te vechten. Waar dit toe kan leiden blijkt bijvoorbeeld uit een arrest van 8 juli 2016.<sup>35</sup> De bestuurders van Het Zorgbureau Twente B.V. worden door de curator aansprakelijk gehouden voor het faillissementstekort op grond van art. 2:248 lid 1 en 2 BW. Het hof oordeelt dat aan de bestuurders inderdaad kennelijk onbehoorlijk bestuur kan worden verweten en dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. In cassatie overweegt AG Spier:

*“4.1 Ik heb me – uiteraard – de vraag gesteld of de uitkomst waartoe Rechtbank en Hof zijn gekomen bevredigend (rechtvaardig) is. Ik ben daar niet helemaal van overtuigd.*

---

33 Korthedshalve verwijzen wij hierna enkel naar art. 2:248 BW, daarin dient ook art. 2:138 BW worden gelezen.

34 *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 3-4, 13, 20-21 en 34 en 9, p. 2, 4-5, 14 en 20.

35 HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1507.

4.2 *Op zich genomen, kan het Hof worden toegegeven dat de bestuurders steken hebben laten vallen. Maar gevoelsmatig is ten minste een beetje sprake van wijsheid achteraf. Kern van de zaak lijkt in mijn ogen de rol die het overheidsbeleid heeft gespeeld. Zorgbureau c.s. hebben weliswaar aangevoerd dat de gunning aan anderen een (kern) rol heeft gespeeld, maar het Hof heeft die stelling verworpen in rov. 3.27. Tegen dat oordeel is geen klacht gericht. Voor dat laatste zou trouwens een toereikend feitelijk substraat nodig zijn geweest. Kennelijk meenden Zorgbureau c.s. in cassatie dat dit in de vele ordners die partijen in feitelijke aanleg hebben ingeleverd niet in voldoende mate uit de verf is gekomen.*

4.3 *Andermaal een beetje met wijsheid achteraf: als het standpunt van Zorgbureau c.s. met betrekking tot de gunning aan anderen in essentie juist zou zijn, dan hadden ze van de rol en betekenis van die gunning aan anderen meer werk moeten maken. Dat ze dat niet hebben gedaan, illustreert mogelijk (ik kan noch wil me daar verder over uitlaten) dat hun zaak in feite zwak was. In dat laatste geval kan de door het Hof bereikte uitkomst niet alleen de toets in cassatie doorstaan, maar is deze uitkomst ook (niet on)rechtvaardig.”*

De Hoge Raad verwerpt het beroep met art. 81 RO.

## 5.2 Lid 2 van artikel 2:248 BW

Art. 2:248 lid 1 BW legt een zware bewijslast op de curator. Het moet gaan om een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling waarvan aannemelijk moet zijn dat deze een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Op grond van art. 2:248 lid 2 BW wordt de positie van de curator<sup>36</sup> – aanmerkelijk – verbeterd wanneer de publicatie- of de administratieplicht door de bestuurder is geschonden. In dat geval geldt op grond van art. 2:248 lid 2 BW (onweerlegbaar) dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Daarnaast behelst art. 2:248 lid 2 BW het vermoeden dat dit onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Dit laatste vermoeden is wel weerlegbaar. De Hoge Raad heeft art. 2:248 lid 2 BW aldus uitgelegd dat ter weerlegging van het bewijsvermoeden volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere omstandigheden dan kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Stelt de aangesproken bestuurder een van buiten komende oorzaak en wordt de bestuurder door de curator verweten dat hij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, dan zal de bestuurder tevens feiten en omstandigheden moeten stellen en zo nodig aannemelijk moeten maken waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert.

<sup>36</sup> In beginsel niet, en zeker niet zonder meer de positie van individuele crediteuren, aldus hof Den Haag 2 augustus 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2259, r.o. 4.3.