

## Voorwoord

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

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

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

## VOORWOORD

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

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

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

M.J. Kroeze  
J.B. Wezeman

# Inhoud

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

## INHOUD

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

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

## INHOUD

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

## INHOUD

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

## INHOUD

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



## INHOUD

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

## INHOUD

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

# Hoofdstuk 1. Inleiding

## 1.1 Ter introductie

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

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

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

## HOOFDSTUK 1

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

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

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

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

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

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

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

## 1.2 Probleemstelling en rechtvaardiging onderzoek: rechtstheoretische analyse van de ernstigverwijtmaatstaf

### 1.2.1 *Introductie van de ernstigverwijtmaatstaf*

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

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

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

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

## HOOFDSTUK 1

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 1.2.2 Externe bestuurdersaansprakelijkheid

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

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

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

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

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

## HOOFDSTUK 1

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

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

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

---

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

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



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

### 1.2.3 *Interne bestuurdersaansprakelijkheid*

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

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

---

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

## HOOFDSTUK 1

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

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

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

---

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

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

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

#### 1.2.4 *De realiteit van de ernstigverwijtmaatstaf*

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

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

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

## HOOFDSTUK 1

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

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

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

---

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

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