

# **Scriptie**

## **Privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid**

Onderzoek naar diverse grondslagen van privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid.



**Samengesteld door**  
De heer M.J.A. van der Poel

**In opdracht van**  
Brekelmans Van der Ven Advocaten & Mediators

**11 januari 2011**  
Roosendaal

# Scriptie

## Privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid

Onderzoek naar diverse grondslagen van privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid.



**Auteur:** De heer M.J.A van der poel  
**Functie:** Vierdejaarsstudent HBO-Rechten  
**Studentnummer:** 2005666 (Avans)  
**Datum:** 11 januari 2011  
**Plaats:** Roosendaal

**Opleiding:** Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg  
**Afstudeerperiode:** September 2010 t/m januari 2011  
**Afstudeerdocenten:** Mevrouw mr. J.A. Pop  
Mevrouw mr. F.M. van Leeuwen

**Opdrachtgever:** Brekelmans Van der Ven Advocaten & Mediators te Roosendaal  
**afstudeermentor:** De heer mr. C.G.A. Mattheussens

## VOORWOORD

Ter afsluiting van de opleiding HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg, dient iedere student een praktisch en juridisch relevant onderzoek te verrichten dat vorm krijgt in een scriptie. Voor u ligt mijn scriptie die de naam draagt: "Privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid, onderzoek naar diverse grondslagen van privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid".

Gaandeweg mijn opleiding ben ik steeds meer geïnteresseerd geraakt in het ondernemingsrecht. Dat begon in het eerste leerjaar toen ik colleges ben gaan volgen op het gebied van het ondernemingsrecht. In het derde leerjaar ben ik stage gaan lopen bij een notariskantoor. Tijdens deze stage heb ik onderzoek verricht naar het personenvennootschapsrecht. In het begin van het vierde leerjaar heb ik de minor notariaat gevolgd, waarin wederom colleges zijn gegeven op het gebied van het ondernemingsrecht. De keuze om een scriptie te schrijven over een onderwerp dat actueel is binnen het ondernemingsrecht ligt daarom voor de hand. Dankzij Brekelmans Van der Ven Advocaten & Mediators, hierna te noemen "Brekelmans Van der Ven", heb ik deze scriptie over het onderwerp privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid kunnen voltooien.

Door het wetsvoorstel "Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen"<sup>1</sup>, hierna "het wetsvoorstel bestuur en toezicht", en door de vele en actuele jurisprudentie is het onderwerp bestuurdersaansprakelijkheid in beweging. Gezien het gestegen aantal faillissementdossiers, vooral van bv's, hierna te noemen vennootschap, in de afgelopen jaren binnen Brekelmans Van der Ven, is bij haar de vraag ontstaan om de grondslagen van privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid en de ontwikkelingen te beschrijven in de vorm van een scriptie.

Het schrijven van een scriptie vergt veel tijd en energie. Mede door hulp van verschillende personen is deze scriptie, zoals deze voor u ligt, tot stand gekomen. Bij deze wil ik graag van de mogelijkheid gebruik maken om desbetreffende personen te bedanken. Allereerst wil ik de heer mr. C.G.A. Mattheussens, mijn stagementor, bedanken voor de nuttige adviezen en aanwijzingen die hij mij heeft gegeven om mijn scriptie tot een correct en overzichtelijk geheel te brengen. Daarnaast wil ik mevrouw mr. J.A. Pop, mijn eerste stagedocent, bedanken voor de nuttige adviezen die zij mij heeft gegeven tijdens terugkomdagen en via de e-mail. Verder wil ik Brekelmans Van der Ven bedanken voor het ter beschikking stellen van een afstudeerplek. Ten slotte wil ik iedereen bedanken die mij op welke wijze dan ook heeft geholpen dan wel gesteund tijdens de voltooiing van deze scriptie.

Maikel van der Poel

Roosendaal, 11 januari 2011

---

<sup>1</sup> *kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvT).*

## INHOUDSOPGAVE

LIJST VAN AFKORTINGEN / 6

SAMENVATTING / 7

|     |                                                                                                 |
|-----|-------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1.  | INLEIDING / 8                                                                                   |
| 2.  | HET BESTUUR / 11                                                                                |
| 1   | Taken van het bestuur / 11                                                                      |
| 2   | Vertegenwoordiging vennootschap / 12                                                            |
| 3   | Vertegenwoordigingsbevoegdheid bestuurders / 12                                                 |
| 3a  | Wettelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid bestuurders / 12                                      |
| 3b  | Statutaire vertegenwoordigingsbevoegdheid bestuurders / 13                                      |
| 4   | Vertegenwoordigingsbevoegdheid bestuurders krachtens volmacht / 14                              |
| 4a  | Incidentele volmacht bestuurders / 15                                                           |
| 4b  | Doorlopende volmacht bestuurders / 15                                                           |
| 5   | Samenvatting / 16                                                                               |
| 3.  | INTERNE AANSPRAKELIJKHEID / 17                                                                  |
| 6   | Verantwoordelijkheid voor het gevoerde beleid / 17                                              |
| 6a  | Verantwoordelijkheid collectief bestuur / 17                                                    |
| 6b  | Verantwoordelijkheid individueel bestuurder / 17                                                |
| 7   | Interne aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW / 18                                         |
| 7a  | Explicatie art. 2:9 BW / 18                                                                     |
| 7b  | Criterium ernstig verwijt / 18                                                                  |
| 7c  | Gedragssnorm en toetsingsnorm / 19                                                              |
| 7d  | Disculpatie / 21                                                                                |
| 8   | Interne aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW / 21                                       |
| 9   | Interne aansprakelijkheid op grond van art. 7:661 BW / 21                                       |
| 10  | Interne aansprakelijkheid op grond van wanbeleid / 22                                           |
| 10a | Recht op enquête / 22                                                                           |
| 10b | Convergentie wanbeleid en bestuurdersaansprakelijkheid / 23                                     |
| 11  | Aansprakelijkheid jegens aandeelhouders / 24                                                    |
| 12  | Décharge / 25                                                                                   |
| 12a | Exoneratie / 26                                                                                 |
| 13  | Samenvatting / 26                                                                               |
| 4.  | EXTERNE AANSPRAKELIJKHEID / 28                                                                  |
| 14  | Externe aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW / 28                                       |
| 14a | Beklamel-norm / 29                                                                              |
| 14b | Verhaalsfrustratie / 29                                                                         |
| 14c | Bewijslastverdeling / 30                                                                        |
| 14d | Disculpatie / 31                                                                                |
| 14e | Inkleuring van art. 6:162 BW door het criterium ernstig verwijt / 31                            |
| 15  | Misbruikwetgevingen / 31                                                                        |
| 16  | Externe aansprakelijkheid op grond van Eerste Misbruikwet / 32                                  |
| 17  | Externe aansprakelijkheid op grond van Tweede Misbruikwet / 32                                  |
| 18  | Aansprakelijkheid in geval van faillissement op grond van art. 2:248 BW; Derde Misbruikwet / 33 |
| 18a | Criterium kennelijk onbehoorlijke taakvervulling / 33                                           |
| 18b | Aansprakelijkheid collectief bestuur / 34                                                       |
| 18c | Belangrijke oorzaak van het faillissement / 34                                                  |
| 18d | Bewijslast in geval van art. 2:248 lid 1 BW / 34                                                |
| 18e | Aansprakelijkheid op grond van art. 2:248 lid 2 BW / 34                                         |

|     |                                                                                               |
|-----|-----------------------------------------------------------------------------------------------|
| 18f | Schending administratieplicht / 35                                                            |
| 18g | Schending publicatieplicht / 35                                                               |
| 18h | Disculpatie / 36                                                                              |
| 18i | Matiging / 36                                                                                 |
| 18j | Aansprakelijk voor tekort van het faillissement / 36                                          |
| 18k | Drie jaren voor faillissement / 36                                                            |
| 18l | Paulinana in geval van faillissement / 37                                                     |
| 18m | Décharge / 37                                                                                 |
| 18n | Exoneratie / 37                                                                               |
| 19  | Verschil tussen art. 6:162 BW en art. 2:248 BW / 37                                           |
| 20  | Samenvatting / 38                                                                             |
| 5.  | WETSVOORSTEL BESTUUR EN TOEZICHT / 39                                                         |
| 21  | Wetsvoorstel bestuur en toezicht / 39                                                         |
| 22  | Art. 2:9 BW in wetsvoorstel bestuur en toezicht / 39                                          |
| 23  | Explicatie art. 2:9 lid 1 BW / 40                                                             |
| 24  | Explicatie art. 2:9 lid 2 BW / 40                                                             |
| 25  | Samenvatting / 41                                                                             |
| 6.  | GEMEENSCHAPPELJIKE KARAKTERISTIEKEN DIVERSE GRONDSLAGEN<br>BESTUURDERSAANSPRAKELIJKEHEID / 42 |
| 26  | Objectieve vaststelling van bestuurdersaansprakelijkheid / 42                                 |
| 27  | Omstandigheden van het geval / 43                                                             |
| 28  | Genuanceerde verdeling stelplicht en bewijslast / 43                                          |
| 29  | Criteria ernstig verwijt en kennelijk onbehoorlijk bestuur / 44                               |
| 30  | Samenvatting / 44                                                                             |
| 7.  | CONCLUSIES / 46                                                                               |
|     | EVALUATIE / 51                                                                                |
|     | JURISPRUDENTIELIJST / 52                                                                      |
|     | BRONNENLIJST / 53                                                                             |

## LIJST VAN AFKORTINGEN

|             |                                                                                                |
|-------------|------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>art.</b> | artikel                                                                                        |
| <b>ava</b>  | algemene vergadering van aandeelhouders                                                        |
| <b>BNB</b>  | Beslissingen in Belastingzaken, Nederlandse Belastingrechtspraak, fiscaaljuridisch tijdschrift |
| <b>bv</b>   | besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid                                           |
| <b>BW</b>   | Burgerlijk Wetboek                                                                             |
| <b>e.a.</b> | en andere                                                                                      |
| <b>e.v.</b> | en verder                                                                                      |
| <b>Fw</b>   | Faillissementswet                                                                              |
| <b>HR</b>   | Hoge Raad                                                                                      |
| <b>Hrgb</b> | Handelsregisterbesluit 2008                                                                    |
| <b>Hrgw</b> | Handelsregisterwet 2007                                                                        |
| <b>IW</b>   | Invorderingswet 1990                                                                           |
| <b>Jo.</b>  | Juncto                                                                                         |
| <b>JOR</b>  | Jurisprudentie Onderneming & Recht                                                             |
| <b>MvT</b>  | Memorie van Toelichting                                                                        |
| <b>NJ</b>   | Nederlandse Jurisprudentie                                                                     |
| <b>nv</b>   | naamloze vennootschap                                                                          |
| <b>Ok</b>   | Ondernemingskamer Gerechtshof te Amsterdam                                                     |
| <b>OR</b>   | Ondernemingsraad                                                                               |
| <b>r.o.</b> | rechtsoverweging                                                                               |
| <b>Rv</b>   | Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering                                                        |
| <b>RvC</b>  | Raad van Commissarissen                                                                        |
| <b>Stb.</b> | Staatsblad                                                                                     |
| <b>WBA</b>  | Wet Bestuurdersaansprakelijkheid                                                               |
| <b>WBF</b>  | Wet Bestuurdersaansprakelijkheid in geval van Faillissement                                    |

## SAMENVATTING

"Privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid, onderzoek naar diverse grondslagen van privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid." Zo luidt de titel van deze scriptie. De titel vloeit voort uit de doelstelling van deze scriptie: het doel van dit onderzoek is om Brekelmans Van der Ven Advocaten & Mediators op 11 januari 2011 een scriptie te overhandigen, met enerzijds daarin een uiteenzetting betreffende op welke gronden de rechter toetst of een bestuurder van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, zowel intern als extern, privaatrechtelijk aansprakelijk is voor zijn of haar handelingen verricht namens en/of voor de vennootschap en daarbij te beoordelen of er enige samenhang heerst tussen verschillende vormen van privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid en anderzijds te beschrijven welke juridische verschillen, ten opzichte van het huidige recht, wetsvoorstel bestuur en toezicht (kamernummer 31 763) beschrijft omtrent privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid.

Bestuurdersaansprakelijkheid vormt een kernonderwerp van het ondernemingsrecht ofwel rechtspersonenrecht. Dat blijkt mede door de vele jurisprudentie over bestuurdersaansprakelijkheid uit de afgelopen decennia. Binnen Brekelmans Van der Ven zijn het aantal dossiers, waarin bestuurdersaansprakelijkheid een rol speelt, de afgelopen jaren gestegen. Bestuurdersaansprakelijkheid komt binnen Brekelmans Van der Ven vooral aan bod in faillissementdossiers. Daarbij spelen verschillende vragen een belangrijke rol, bijvoorbeeld of een bestuurder wel deugdelijk namens de vennootschap heeft gehandeld. Zo nee, of er dan eventueel sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid. Brekelmans Van der Ven acht een onderzoek naar "de stand van zaken" omtrent privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid van belang. Zo is het voor Brekelmans Van der Ven van belang om onderzocht te zien op welke gronden de rechter toetst of er sprake is van privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid.

In het wetsvoorstel bestuur en toezicht wordt art. 2:9 BW aangepast. Dit artikel is belangrijk als het gaat om bestuurdersaansprakelijkheid. Een beschrijving van de veranderingen omtrent privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid in het wetsvoorstel bestuur en toezicht zijn daarom niet overbodig voor deze scriptie.

In de jurisprudentie is er sinds het eind van de jaren '80 sprake van een toename van het aantal uitspraken op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid. Dit is mede een gevolg van het in 1987 geïntroduceerde art. 2:248 BW, welk artikel is ingevoerd om misbruik van bv's tegen te gaan.

Een probleem bij het leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid was dat het begrip behoorlijke taakvervulling een open norm was. De HR heeft geprobeerd deze open norm te concretiseren middels het invoeren van het begrip "ernstig verwijt".

Voorts tracht de HR in diverse grondslagen van bestuurdersaansprakelijkheid gemeenschappelijke kenmerken te creëren, te weten een objectieve benadering, een contextuele benadering, genuanceerde benadering en een convergerende benadering.

De vraag is of de rechtspraktijk hiermee voldoende zekerheid heeft dan wel of op onderdelen van bestuurdersaansprakelijkheid een verdere ontwikkeling wenselijk is. Naar mening van onderzoeker is dat het geval en wel onder de volgende aspecten.

- De maatstaf ernstig verwijt verschaft enige duidelijkheid, doch het betreft een betrekkelijke duidelijkheid. Uit dit criterium kan nog geen specifieke gedragsnorm voor bestuurders afgeleid worden. Het is derhalve gewenst dat de rechtspraak hier omtrent concrete gedragsnormen formuleert, zodat bestuurders weten waar ze aan toe zijn.
- Ook is onduidelijk wat een bestuurder die wordt aangesproken met succes tot verweer kan aanvoeren. De formule van de HR, alle omstandigheden van het geval, is vaag. Voor zover onderzoeker bekend zijn hier niet of nauwelijks uitspraken voor handen, hetgeen wel geboden is.

Hieraan blijft behoefte bestaan omdat ook het wetsvoorstel bestuur en toezicht hier helaas niet in voorziet.

## 1. INLEIDING

Bij Brekelmans Van der Ven zijn drie advocaten werkzaam. Zij dragen een grote juridische en maatschappelijke kennis met zich mee. Brekelmans Van der Ven streeft naar een snelle en hoogwaardige dienstverlening. Naast drie advocaten zijn er drie medewerkers werkzaam bij Brekelmans Van der Ven. Zij bieden hulp bij het onderhouden van dossiers. De rechtsgebieden die aan bod komen binnen Brekelmans Van der Ven zijn divers. Arbeidsrecht, insolventierecht, personen- en familierecht en strafrecht staan centraal binnen Brekelmans Van der Ven.

De laatste jaren is in Nederland het aantal faillissementen fors gestegen. Deze stijging is ook voelbaar binnen Brekelmans Van der Ven.

Indien er sprake is van een faillissement van een bv onderzoekt de curator of er eventueel sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid. Daarnaast kan er ook buiten faillissement sprake zijn van bestuurdersaansprakelijkheid.

Bestuurdersaansprakelijkheid komt binnen Brekelmans Van der Ven het meest aan de orde bij faillissementsdossiers. Doordat het aantal faillissementsdossiers de laatste jaren fors is toegenomen, is reeds de vraag ontstaan om het juridische vraagstuk bestuurdersaansprakelijkheid nader onder de loep te nemen. Men wenst vooral onderzocht te zien op welke gronden de rechter toetst of een bestuurder privaatrechtelijk aansprakelijk is voor zijn of haar handelingen verricht namens en/of voor de vennootschap, zowel binnen maar ook buiten faillissement.

Bestuurdersaansprakelijkheid kan voorkomen in verschillende rechtsgebieden, te weten in het fiscaalrecht, privaatrecht en het strafrecht. Aangezien bestuurdersaansprakelijkheid op het gebied van het fiscaalrecht en het strafrecht binnen Brekelmans Van der Ven vrijwel niet voorkomt, is behandeling van deze rechtsgebieden omtrent bestuurdersaansprakelijkheid irrelevant voor deze scriptie en komt dan ook niet of nauwelijks aan de orde.

Bestuurdersaansprakelijkheid binnen het privaatrecht is te onderscheiden in interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid. Binnen deze twee vormen staan art. 2:9 BW, art. 6:162 BW en art. 2:248 BW centraal. Zeker gezien de actuele ontwikkelingen binnen de rechtspraak van de afgelopen jaren en met het oog op het wetsvoorstel bestuur en toezicht, is het voor Brekelmans Van der Ven interessant om een gestructureerd inzicht te krijgen in de ontwikkelingen omtrent privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid.

Doelstelling: Het doel van dit onderzoek is om Brekelmans Van der Ven Advocaten & Mediators, op 11 januari 2011 een scriptie te overhandigen, met enerzijds daarin een uiteenzetting op basis van het huidige recht, op welke gronden de rechter toetst of een bestuurder van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, zowel intern als extern, privaatrechtelijk aansprakelijk is voor zijn of haar handelingen verricht namens en/of voor de vennootschap en daarbij te beoordelen of er enige samenhang heerst tussen verschillende vormen van privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid en anderzijds te beschrijven welke juridische verschillen, ten opzichte van het huidige recht, wetsvoorstel bestuur en toezicht (kamernummer 31 763) beschrijft omtrent privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid.

Centrale vraagstelling: Op welke gronden toetst de rechter of een bestuurder van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, zowel intern als extern, privaatrechtelijk aansprakelijk is voor zijn of haar handelingen verricht namens en/of voor de vennootschap en welke juridische verschillen, ten opzichte van het huidige recht, beschrijft het wetsvoorstel bestuur en toezicht (kamernummer 31 763) omtrent privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid?

De centrale vraagstelling is onder te verdelen in vijf deelvragen. Op iedere deelvraag is een hoofdstuk toegespitst, uitgezonderd dit hoofdstuk en het laatste hoofdstuk. De scriptie heeft de volgende opbouw.

Hoofdstuk 2: Waaraan ontleent een bestuurder zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid?

Een belangrijke taak van het bestuur is om de vennootschap te vertegenwoordigen. Een bestuurder is verantwoordelijk voor zijn verrichte handelingen namens en/of voor de vennootschap. Deze verantwoordelijkheid kan uitmonden in aansprakelijkheid van een bestuurder.

Hoofdstuk 3: Op welke gronden toetst de rechter of een bestuurder privaatrechtelijk aansprakelijk is jegens de vennootschap?

De rechter toetst dit juridische vraagstuk op grondslag van onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:9 BW) en/of onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Daarnaast wordt het recht op enquête en de werknemersaansprakelijkheid (art. 7:661 BW) toegelicht. Vervolgens staat beschreven of een bestuurder zich uit kan sluiten van interne bestuurdersaansprakelijkheid.

Hoofdstuk 4: Op welke gronden toetst de rechter of een bestuurder privaatrechtelijk aansprakelijk is jegens derden?

Externe aansprakelijkheid kan worden gestoeld op een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) en/of (art. 2:248 BW).

Externe bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad is te onderscheiden in twee deelaspecten. Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling vloeit voort uit de Derde Misbruikwet. De Eerste en de Tweede Misbruikwet komen niet uitgebreid aan bod. De reden hiervoor is dat Brekermans Van der Ven weinig procedures voert op grond van deze vormen van bestuurdersaansprakelijkheid. De Derde Misbruikwet (art. 2:248 BW) komt uitgebreid aan bod.

Hoofdstuk 5: Welke juridische verschillen ten opzichte van het huidige recht beschrijft het wetsvoorstel bestuur en toezicht omtrent privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid?

Door de invoering van het wetsvoorstel wordt het huidige art. 2:9 BW aangepast. De aanpassingen omtrent art. 2:9 BW staan in dit hoofdstuk beschreven.

Hoofdstuk 6: Welke gemeenschappelijke karakteristieken van diverse grondslagen omtrent privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid zijn er te constateren?

Aanvankelijk was het niet voorzien om aan dit onderwerp een hoofdstuk te wijden. Tijdens deze scriptie is de onderzoeker tot de conclusie gekomen dat diverse grondslagen om privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid aan te tonen convergeren. Om deze reden is de onderzoeker van mening dat een beschrijving hiervan niet achterwege kan blijven, hetgeen een extra lading geeft aan deze scriptie.

In hoofdstuk 7 staan de conclusies beschreven die de centrale vraagstelling en bijbehorende deelvragen van deze scriptie beantwoorden.

Verder staat in ieder hoofdstuk, op dit hoofdstuk na, een korte inleiding weergegeven met daarin de deelvraag van dat hoofdstuk en een korte beschrijving van hetgeen dat wordt beschreven. Ieder hoofdstuk eindigt ten slotte met een samenvatting. Hierin wordt teruggekoppeld op de deelvraag van het hoofdstuk en worden de belangrijkste punten van het hoofdstuk geformuleerd.

Na de conclusies volgt er een evaluatie van het onderzoek. Knelpunten en verantwoording van de opbouw van deze scriptie komen hierin naar voren.

In de jurisprudentielijst staan alle uitspraken en arresten weergegeven welke in deze scriptie worden behandeld. In de hoofdstukken staan regelmatig arresten kort beschreven om zo een beeld te schetsen van de praktijk.

De bronnenlijst geeft een overzichtelijk beeld van de bronnen welke zijn geraadpleegd om tot voltooiing van deze scriptie te komen.

Deze scriptie is aan te merken als een kwalitatief beschrijvend onderzoek. Een beschrijvend onderzoek beperkt zich tot de feiten zoals weergegeven in literatuur, de wet, jurisprudentie en wetsvoorstellen. Het kan voorkomen dat auteurs van de geraadpleegde bronnen van mening verschillen omtrent een onderwerp. Deze verschillen worden weergegeven, waardoor de onderzoeker een zo breed mogelijk inzicht probeert te scheppen in de verschillende interpretaties. Daarnaast heeft de onderzoeker de mogelijkheid om zijn

eigen interpretatie te verwerken binnen deze scriptie. Voor dit onderzoek zijn er geen interviews en/of enquêtes gehouden.

De hoofddoelgroep voor deze scriptie is de opdrachtgever, Brekelmans Van der Ven. Zij fungeren als curator dan wel behartigen zij de belangen van cliënten om bestuurdersaansprakelijkheid aan te tonen of te ontlopen.

Daarnaast is denkbaar dat de advocatuur in zijn algemeenheid gebaat is bij deze scriptie.

## 2. HET BESTUUR

Waaraan ontleent een bestuurder zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid? Deze vraag staat centraal in dit hoofdstuk.

Iedere bestuurder is verantwoordelijk voor zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid van de vennootschap. Verantwoordelijkheid kan vervolgens uitmonden in bestuurdersaansprakelijkheid. Voordat de aansprakelijkheid van bestuurders aan bod komt, is het van belang om te beschrijven waarop hun bevoegdheid is gebaseerd.

Allereerst wordt kort beschreven wat de taak is van het bestuur om vervolgens de vertegenwoordigingsbevoegdheden van bestuurders te behandelen. Hoofdstuk twee eindigt met een samenvatting van hetgeen dat is beschreven in dit hoofdstuk.

### 1 Taak van het bestuur

De juridische grondslag betreffende de taak van het bestuur is terug te vinden in art. 2:239 BW: het bestuur is belast met het besturen van de vennootschap behoudens beperkingen zoals weergegeven in de statuten van de vennootschap. Het bestuur kan bestaan uit één of meerdere personen. Deze personen kunnen zowel natuurlijke personen als rechtspersonen zijn.

De wet definieert niet expliciet wat besturen feitelijk inhoudt. Van Dale geeft aan de definitie van besturen dan wel bestuur de volgende uitleg: *“besturen 1. in een bepaalde richting laten gaan, 2. de leiding van iets hebben. bestuur 1 het leiden; bewind 2. college dat de leiding heeft.”*<sup>2</sup>

Voor deze scriptie is het van belang om het begrip besturen in de juridische context van de vennootschap te plaatsen. De formulering van Van Dale en de wet (art. 2:239 BW) geven enig houvast, maar is nog te abstract. Van Schilfgaarde concretiseert het begrip besturen nader: besturen betreft niet alleen leiding geven aan de dagelijkse gang van zaken, maar ook dat er geordende plannen, beleid en strategie worden gemaakt voor de toekomst.<sup>3</sup> Asser e.a. omschrijven besturen als volgt: het bestuur omvat alle interne en externe handelingen die vallen onder de statutaire doelomschrijving, het omvat meer dan de dagelijkse leiding.<sup>4</sup>

Het begrip besturen is zeer ruimomvattend en is per vennootschap verschillend. Denk aan het doel en de aard van de vennootschap en hetgeen in statuten is vastgelegd.

Alle andere bevoegdheden om de vennootschap te vertegenwoordigen die niet aan het bestuur toekomen, komen toe aan de ava conform art. 2:217 lid 1 BW, binnen de door de wet en statuten gestelde grenzen.

De RvC is bevoegd tot vertegenwoordiging van de vennootschap in geval van tegenstrijdig belang (art. 2:256 BW). Binnen de grenzen van de wet en de statuten is het bestuur autonoom. Indien het bestuur binnen de gestelde grenzen blijft is men niet gebonden aan instructies van de ava dan wel de RvC (Forumbank-arrest<sup>5</sup>). Een uitgebreide behandeling van de taken en bevoegdheden van ava en de RvC is voor deze scriptie irrelevant. Daar waar nodig maken deze organen deel uit van de beschouwingen.

De bestuurstaak komt in beginsel aan het bestuur als collectief toe, waarvoor iedere bestuurder verantwoordelijkheid draagt.

Het is echter mogelijk om via statuten, een bestuursreglement of interne afspraken een zekere taakverdeling te creëren, hetgeen zijn grondslag vindt in art. 2:9 BW. Dit artikel gaat ervan uit dat sommige aangelegenheden wel en andere niet tot de werkring van bepaalde bestuurders behoren. De taakverdeling kan echter nooit zover strekken dat een bepaalde aangelegenheid geheel aan de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur wordt onttrokken. Iedere bestuurder zal altijd kunnen vorderen dat over een kwestie, die in

<sup>2</sup> Van Dale, *gratis onlinewoordenboek*, <www.vandale.nl>, 23 september 2010.

<sup>3</sup> Van Schilfgaarde 2009, p. 150.

<sup>4</sup> Asser e.a. 2009 (2-II\*), nr. 390.

<sup>5</sup> HR 21 januari 1955, NJ 1959, 43.

beginsel tot de portefeuille van een andere bestuurder behoort, door het bestuur als zodanig wordt beslist, aldus Van Schilfgaarde.<sup>6</sup>

Iedere bestuurder is tegenover de vennootschap gehouden, conform art. 2:9 BW, om de aan hem opgedragen taak behoorlijk te vervullen. Indien hier geen sprake van is, kan de rechter oordelen dat er sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid. Hier wordt in de komende hoofdstukken nader op ingegaan.

Een primaire taak van het bestuur is om te handelen naar het doel van de vennootschap zoals weergegeven in de statuten. Statuten vormen het fundament van de vennootschap.

Een secundaire taak is om te handelen naar de norm van redelijkheid en billijkheid voortvloeiende uit het statutaire doel (art. 2:7 BW).

Een tertiaire taak is dat het bestuur zorg draagt voor de solvabiliteit en liquiditeit van de vennootschap, kortom het beheer van het vermogen.

Het bestuur dient de vennootschap te vertegenwoordigen in het belang van de vennootschap ofwel het vennootschappelijk belang. Er zijn bepaalde grenzen die het bestuur niet dient te overschrijden. Het handelen van het bestuur mag niet in strijd zijn met de wet, de statuten, de doelomschrijving, een reglement, de goede zeden of de openbare orde.<sup>7</sup> Verder dienen bestuurshandelingen genomen te worden zonder dat deze in strijd zijn met de gedragsregel redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW).

## **2 Vertegenwoordiging vennootschap**

Een rechtspersoon kan zelf geen rechtshandelingen verrichten. Voor handelingen verricht namens en of voor een vennootschap moet er sprake zijn van één of meerdere natuurlijke personen die de vennootschap binden. Verrichtte rechtshandelingen van de natuurlijke persoon worden vervolgens toegerekend aan de vennootschap, hetgeen impliceert dat een vennootschap bezitter is van rechtspersoonlijkheid, drager van rechten en plichten. Daaruit volgt dat de vennootschap in beginsel aansprakelijk is voor desbetreffende rechtshandelingen.

Overigens is het relevant om te vermelden dat bepalingen weergegeven in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek dwingendrechtelijke betekenis hebben (art. 2:25 BW). Alleen indien de wet dit expliciet vermeld, kan van deze regeling worden afgeweken.

## **3 Vertegenwoordigingsbevoegdheid bestuurders**

Zojuist vermelde natuurlijke personen, bestuurders in deze, ontlenu hun vertegenwoordigingsbevoegdheid aan verschillende bronnen, te weten uit de wet, de statuten van een vennootschap, interne afspraken binnen de vennootschap, de arbeidsovereenkomst en of een volmacht, hetgeen hierna nader wordt toegelicht.

Verantwoordelijkheid is de opmaat naar bestuurdersaansprakelijkheid. Derhalve is het voor deze scriptie van belang om te beschrijven waarop de verantwoordelijkheid om de vennootschap rechtens te vertegenwoordigen is gestoeld.

Naast bestuurders kunnen ook niet-bestuurders de vennootschap binden. De vertegenwoordigingsbevoegdheid van niet-bestuurders blijft buiten beschouwing, aangezien deze scriptie enkel betrekking heeft op bestuurders van de vennootschap.

### **3a Wettelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid bestuurders**

De vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders is wettelijk vastgelegd (art. 2:240 BW). Dit artikel vloeit voort uit hetgeen is weergegeven in de eerste Europese richtlijn<sup>8</sup> op het gebied van het vennootschapsrecht.

In art. 2:240 lid 1 BW staat beschreven dat het bestuur de vennootschap vertegenwoordigt, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit. Dit artikel impliceert dat er sprake is van een collectief dan wel collegiaal bestuur en dat de bevoegdheid van besturen van een vennootschap toebehoort aan het bestuur in zijn algemeen. Deze bevoegdheid kan,

---

<sup>6</sup> Van Schilfgaarde 2009, p. 150.

<sup>7</sup> Asser e.a. 2009 (2-II\*), nr. 394.

<sup>8</sup> Richtlijn nr. 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968 (*PbEG* 1968, L 65/8).

gezien tweede zinsnede van art. 240 lid 1 BW, alleen wettelijk worden beperkt dan wel aangepast.

Het bestuur als collectief zal veelal de vennootschap vertegenwoordigen door middel van een bestuursbesluit. Onder het bestuur als collectief verstaat men niet alle bestuurders gezamenlijk, maar het bestuur als college. In art. 2:16 lid 2 BW staat weergegeven dat een besluit een tot een wederpartij gerichte rechtshandeling kan zijn. Denk bij dit soort besluiten aan het verstrekken van een volmacht, het benoemen of ontslaan van een functionaris en dergelijke.

Gezien art. 2:240 lid 2 BW komt iedere bestuurder individueel de bevoegdheid toe om de vennootschap te vertegenwoordigen. Het bestuur als geheel en de afzonderlijke bestuurders zijn bevoegd om de vennootschap te vertegenwoordigen. Statuten kunnen echter bepalen dat vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders wordt beperkt, in geval van ontneming of koppeling van vertegenwoordigingsbevoegdheden (zie paragraaf 3b).

De bevoegdheid van bestuurders tot vertegenwoordiging van de vennootschap is 'onbeperkt en onvoorwaardelijk', tenzij uit de wet anders voortvloeit (art. 2:240 lid 3 BW). Een voorbeeld van een wettelijke beperking staat beschreven in art. 2:256 BW: indien er sprake is van tegenstrijdig belang tussen de vennootschap en één of meerdere bestuurders, is de RvC bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen.

Een beroep op een wettelijk toegelaten of voorgeschreven beperking dan wel voorwaarde voor de bevoegdheid tot vertegenwoordiging kan slechts door de vennootschap worden ingeroepen.

De vennootschap is dan in beginsel niet gebonden aan de rechtshandeling en deze is in zoverre ten opzichte van de vennootschap nietig. De rechtshandeling is niet vernietigbaar en verjaring van een rechtsvordering (art. 3:52 e.v. BW) is niet van toepassing, aldus Van Schilfgaarde<sup>9</sup> en het arrest Nieuwe Steen<sup>10</sup>.

De wederpartij kan in tegenstelling tot de vennootschap geen beroep doen op de onbevoegdheid van de bestuurder. De wederpartij is eenzijdig gebonden.

Voor een geldig beroep dient de vennootschap de bevoegdheidsbeperking correct in te schrijven in het handelsregister (art. 2:6 lid 2 BW). Wel kan de wederpartij op grond van art. 3:78 BW jo. art. 3:69 lid 4 BW een redelijke termijn stellen voor bekrachtiging van de onbevoegd verrichte rechtshandeling. Indien geen reactie van de rechtspersoon, is de wederpartij niet gebonden aan de gesloten rechtshandeling.

Indien een beperking niet dan wel onjuist is ingeschreven in het handelsregister, kan de vennootschap zich niet beroepen op de onbevoegdheid van een bestuurder (art. 2:6 lid 3 BW). Indien een derde schade lijdt ten gevolge van het handelen van een onbevoegde bestuurder, is deze bestuurder persoonlijk aansprakelijk jegens desbetreffende derde (art. 3:78 BW jo. art. 3:70 BW). Onbevoegd verrichte rechtshandelingen kunnen ook door de vennootschap worden bekrachtigd, zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend (art. 3:69 BW).

De bestuurder van een vennootschap zal veelal in contractuele verbinding staan met de vennootschap. Net zoals de werknemers van een vennootschap is de bestuurder ook aan te merken als werknemer van een vennootschap indien er sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen bestuurder en vennootschap (7:610 BW). In een arbeidsovereenkomst staat veelal omschreven welke bevoegdheden en verantwoordelijkheden toekomen aan de betreffende bestuurder/werknemer.

Daarnaast kan het bestuur onderlinge afspraken maken over de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Deze contracten hebben geen externe werking, maar daarentegen wel interne werking.

### **3b Statutaire vertegenwoordigingsbevoegdheid bestuurders**

Statuten kunnen de bevoegdheden van het bestuur uitbreiden of beperken, echter dienen dwingendrechtelijke bepalingen van de wet zich daartegen niet te verzetten (art. 2:25 BW).

---

<sup>9</sup> Van Schilfgaarde 2009, p. 190.

<sup>10</sup> HR 21 maart 2008, *JOR* 2008, 124.

Art. 2:240 lid 2 BW leert dat statuten kunnen bepalen dat bevoegdheden aan één of meerdere bestuurders toekomen. Dit brengt met zich mee dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders kan worden gekoppeld, maar ook kan worden ontnomen.

Als er in statuten wordt bepaald dat van de drie bestuurders alleen bestuurder A en B bevoegd zijn om de vennootschap in bepaalde gevallen te vertegenwoordigen, brengt dat tegelijkertijd met zich mee dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurder C wordt ontnomen. Een dergelijke regeling wordt ook wel omschreven als een 'tweehandtekeningenclausule'. De vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurder A en B wordt gekoppeld.

Uit de statuten dient ondubbelzinnig te blijken welke bestuurder(s) bevoegd zijn om de vennootschap te vertegenwoordigen. Het is niet vereist dat een uitdrukkelijke ontneming van de vertegenwoordigingsbevoegdheid uit de statuten blijkt. Wel dient de ontneming uit de statuten te volgen.

Zoals vermeld laat de wet deze beperkingen, koppeling en ontneming, toe. Gevolg hiervan is dat koppeling en ontneming externe werking schept. Toch kan de vennootschap zich hier alleen op beroepen jegens derden, indien de bepalingen correct zijn ingeschreven in het handelsregister (art. 2:6 lid 2 BW jo. art. 18 Hrgw).

Conform art. 2:240 lid 3 BW, is de bevoegdheid tot vertegenwoordiging van een vennootschap 'onbeperkt en onvoorwaardelijk'. Dit heeft tot gevolg dat enerzijds de vertegenwoordigingsbevoegdheid niet aan goedkeuring of machtiging van anderen kan worden gebonden en anderzijds dat beperkingen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid tot een bepaald geldbedrag of voor bepaalde transacties geen externe werking hebben. Bepaalde regelingen dient men op te nemen in de statuten of in interne afspraken van een vennootschap. Dit betreft een niet wettelijk toegestane statutaire beperking. Let wel, deze beperking, indien overtreden door bestuurder, biedt geen bescherming voor de vennootschap. Ook als de bepaling is ingeschreven in het handelsregister (art. 2:6 lid 2 BW jo. art. 18 Hrgw).

Het beperken van vertegenwoordigingsbevoegdheden brengt geen externe werking met zich mee. Daarentegen kunnen er wel interne rechtsgevolgen uit voortvloeien, denk aan interne bestuurdersaansprakelijkheid, zie hoofdstuk 3. In het arrest Sluis<sup>11</sup>, is de problematiek zoals hierboven uiteengezet, aan bod gekomen. In dit arrest ging een bestuurder voorbij aan het feit dat een verweerschrift dient te worden ingediend nadat daar een bestuursbesluit aan ten grondslag ligt. De bestuurder heeft in strijd met de interne afspraken gehandeld, maar het schept wel externe werking. In het arrest Bibolini<sup>12</sup>, werd dit bevestigd en aan toegevoegd dat het niet uitmaakt indien de derde op de hoogte was van de interne afspraken. Echter voegde de HR er nog aan toe dat, gelet op de omstandigheden van het geval degene die met de vennootschap handelde, zich in strijd met de goede trouw (art. 3:11 BW) zou gedragen door de vennootschap aan de gesloten overeenkomst te houden, indien hij ondanks de hem bekende interne bevoegdheidsbeperking toch deze overeenkomst aanging, aldus Kroeze<sup>13</sup>. Een omstandigheid kan bijvoorbeeld zijn dat een derde wist, dat de schending van de interne afspraak tot nadelige gevolgen voor de vennootschap zou lijden.

Uit de laatste zin van art. 2:240 lid 2 BW blijkt dat er ook 'anderen' bevoegd zijn om samen met een bestuurder de vennootschap te vertegenwoordigen. Onder 'anderen' kan bijvoorbeeld een hooggeplaatste boekhouder van de vennootschap of een procuratiehouder vallen. Nadere uitwerkingen van vertegenwoordigingsbevoegdheid van niet-bestuurders is gezien het onderwerp van deze scriptie irrelevant.

#### **4 Vertegenwoordigingsbevoegdheid bestuurders krachtens volmacht**

Een volmacht is een rechtsmiddel om aan een gevolmachtigde een bevoegdheid te verlenen om op naam van de volmachtgever rechtshandelingen te verrichten.

<sup>11</sup> HR 9 juli 1990, NJ 1991, 51.

<sup>12</sup> HR 17 december 1982, NJ 1983, 480.

<sup>13</sup> Kroeze 2005, p. 108.

Een volmacht brengt evenwel niet met zich mee dat de volmachtgever zijn bevoegdheid tot het verrichten van deze rechtshandelingen verliest.

Het verlenen van een volmacht betreft een eenzijdige rechtshandeling. Voor de totstandkoming dient de gevolmachtigde geen handeling te verrichten. Daardoor kan het verlenen van een volmacht uitdrukkelijk of stilzwijgend geschieden (art. 3:61 BW).

Een volmacht kan van algemene of bijzondere strekking zijn (art. 3:62 BW).

Een algemene volmacht bevat de inhoud dat de gevolmachtigde alle zaken van de volmachtgever mag behartigen.

Een bijzondere volmacht beperkt zich tot het behartigen van één of een aantal wel omschreven handelingen.

Volmachten kan men in een vennootschap verstrekken aan bestuurders en aan niet-bestuurders. Behandeling van volmachten aan niet-bestuurders is overbodig voor deze scriptie. Volmachten van bestuurders zijn te onderscheiden in incidentele en doorlopende volmachten.

#### **4a Incidentele volmacht bestuurders**

Een bestuurder kan aan een andere bestuurder van de vennootschap een incidentele volmacht verstrekken. Een incidentele volmacht wordt verleend voor een bepaald doel of een bepaalde handeling, die overigens mag worden beperkt in tegenstelling tot de statutaire beperking. Een incidentele volmacht hoeft het bestuur niet in te schrijven in het handelsregister. Wel dient men deze volmacht aan de contractpartij te overhandigen, zodat deze kennis neemt van de volmacht.

#### **4b Doorlopende volmacht bestuurders**

Een bestuurder kan aan een andere bestuurder van de vennootschap een doorlopende volmacht verstrekken. Een doorlopende volmacht bevat de inhoud dat de gevolmachtigde alle zaken van de volmachtgever mag behartigen.

Rond doorlopende volmachten van bestuurders heerst in de literatuur een verschil van opvatting omtrent de interpretatie daarvan. Een doorlopende volmacht kan worden ingeschreven in het handelsregister (art. 12 lid 2 Hrgb). Indien er sprake is van een inschrijving, schept de volmacht externe werking en geeft de vennootschap zodoende bescherming tegenover derden (art. 18 hrgw).

Hiervoor is beschreven dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van een bestuurder onbeperkt en onvoorwaardelijk is. Stel dat aan een bestuurder een volmacht wordt verstrekt voor het handelen tot een bepaald bedrag, hetgeen een beperking betreft van de wettelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid. Indien deze doorlopende beperkte volmacht juist is ingeschreven in het handelsregister en een bestuurder overschrijdt deze beperking, kan de vennootschap zich beroepen op externe werking. Als een doorlopende volmacht beperkingen bevat is dat in strijd met de wet, zoals weergegeven in de eerste Europese richtlijn<sup>14</sup> waarop de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders berust, aldus Van Schilfgaarde.<sup>15</sup> In deze discussie zijn er ook partijen die een andere mening delen. Zij zijn van mening dat juist wel aan een bestuurder een doorlopende beperkte volmacht kan worden verstrekt. De onderbouwing in deze is dat een bestuurder dan handelt krachtens de volmacht en niet uit hoofde van de aan zijn functie verbonden vertegenwoordigingsbevoegdheid, aldus Asser e.a..<sup>16</sup>

Van Schilfgaarde stelt in deze de bescherming van de wederpartij ter discussie. Onderzoeker deelt deze mening gezien het feit de wetgever tracht de wederpartij te beschermen. Daarnaast is onderzoeker van mening dat deze constructie in strijd is met art. 2:240 lid 3 BW en de daarbij behorende eerste Europese richtlijn<sup>17</sup>. Daarin is bepaald dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van een bestuurder onbeperkt en onvoorwaardelijk dient te zijn.

<sup>14</sup> Richtlijn nr. 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968 (*PbEG* 1968, L 65/8).

<sup>15</sup> Van Schilfgaarde 2009, p. 192.

<sup>16</sup> Asser e.a. 2009 (2-II\*), nr. 396.

<sup>17</sup> Richtlijn nr. 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968 (*PbEG* 1968, L 65/8).

## **5 Samenvatting**

Bestuurders ontleen hun bevoegdheden om de vennootschap te vertegenwoordigen uit de wet, statuten, interne afspraken, arbeidsovereenkomst en/of een volmacht.

Gezien de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders zijn er een drietal punten te onderscheiden.

Ten eerste dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur onbeperkt en onvoorwaardelijk is.

Ten tweede dat er uitzonderingen bestaan omtrent de onbeperktetheit en onvoorwaardelijkheid, maar dat deze uitzonderingen alleen gelden tegenover derden indien deze uit de wet voortvloeien.

Het derde kenmerk is dat slechts de vennootschap en niet een derde een beroep kan doen op deze wettelijke uitzondering. Inschrijving in het handelsregister is een vereiste voor de vennootschap om zich te beroepen op onbevoegdheid van de bestuurder.

Het doel van de wetgever is om derden zoveel mogelijk rechtszekerheid te bieden in geval een bestuurder rechtshandelingen verricht namens de vennootschap.

### 3. INTERNE AANSPRAKELIJKHEID

Op welke gronden toetst de rechter of een bestuurder privaatrechtelijk aansprakelijk is jegens de vennootschap? Deze vraag staat centraal in dit hoofdstuk.

Eerst wordt het verschil beschreven tussen collectieve en individuele verantwoordelijkheid. Vervolgens worden verschillende gronden en de daarbij behorende maatstaven om bestuurdersaansprakelijkheid aan te tonen beschreven. De mogelijkheid voor bestuurders om zich te disculperen komt mede aan bod. Wanbeleid kan worden aangetoond door middel van een enquêteprocedure. Deze procedure kan worden ingesteld door de aandeelhouders van de vennootschap. Aandeelhouders vormen in deze scriptie een intern orgaan, mede omdat aandeelhouders invloed hebben op het te voeren beleid van de vennootschap. Om die reden is aansprakelijkheid jegens aandeelhouders in dit hoofdstuk geplaatst. Ten slotte is er een samenvatting van dit hoofdstuk, met daarin een beantwoording van de deelvraag.

#### 6 Verantwoordelijkheid voor het gevoerde beleid

Het bestuur is voor het gevoerde beleid verantwoordelijk tegenover de ava (art. 2:217 lid 2 BW), de RvC (art. 2:251 lid 1 BW) en de OR (art. 23 WOR). Deze algemene verantwoordingsplicht rust in beginsel als zodanig op het bestuur als collectief.

Daaropvolgend is iedere bestuurder afzonderlijk verantwoordelijk voor het door zijn gevoerde beleid.

Men dient verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid te onderscheiden van elkaar. Het is echter zo dat aan verantwoordelijkheid onder bepaalde omstandigheden aansprakelijkheid kan worden gebonden. Daarbij dient de kanttekening te worden gemaakt dat niet ieder tekort in verantwoordelijkheid leidt tot aansprakelijkheid van het bestuur dan wel een bestuurder.

Verantwoordelijkheid is te verwoorden als ‘tot verantwoording verplicht zijn’, terwijl aansprakelijkheid uitsluitend wordt gebruikt voor ‘in rechte gehouden zijn tot een bepaalde prestatie, of een bepaalde mate van zorgvuldigheid’.<sup>18</sup>

#### 6a Verantwoordelijkheid collectief bestuur

Verantwoordelijkheid voor het gevoerde beleid rust in beginsel bij het bestuur als collectief. Zij draagt immers verantwoording voor de dagelijkse gang van zaken van de vennootschap. Dit beginsel is niet expliciet in de wet vastgelegd, maar is te destilleren uit bepaalde wetsartikelen.

Zo is het bestuur verplicht een jaarrekening en een jaarverslag op te stellen (art. 2:210 BW). De jaarrekening en het jaarverslag wordt vastgesteld door de ava. Daarnaast is het bestuur verplicht om aan de ava alle nodige informatie te verschaffen (art. 2:217 lid 2 BW).

Collectieve verantwoordelijkheid kan uitmonden in hoofdelijke aansprakelijkheid voor degenen die deel uitmaken van het bestuur van een vennootschap. Deze aansprakelijkheid kan zowel in interne als externe gevallen voorkomen.

#### 6b Verantwoordelijkheid individueel bestuurder

Binnen het beginsel van collectief bestuur is iedere bestuurder afzonderlijk verantwoordelijk en verantwoording verschuldigd voor zijn aandeel in het gevoerde beleid. In eerste plaats jegens het bestuur maar daarnaast ook tegenover de ava (arrest Mast Holding<sup>19</sup>).

Verantwoordelijkheid van een individuele bestuurder is functioneel bepaald: men is verantwoordelijk voor de aan hem opgedragen bestuursfunctie. Deze verantwoordelijkheid, indien niet bevredigend, kan uitmonden in interne aansprakelijkheid. Aansprakelijkheid kan op verschillende grondslagen worden gebaseerd. Daarnaast is er nog een middel om wanbeleid van het bestuur of een bestuurder aan te tonen, dit door middel van een enquêteprocedure (art. 2:344 e.v. BW).

---

<sup>18</sup> De Groot 2003, p. XL.

<sup>19</sup> HR 4 december 1992, NJ 1993, 271.

## 7 Interne aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW

Aansprakelijkheid van bestuurders jegens de vennootschap is uiteengezet in art 2:9 BW, ook wel te duiden als contractuele aansprakelijkheid van bestuurders ten opzichte van de vennootschap. Het betreft een toerekenbare tekortkoming en is aan te merken als wanprestatie (art. 6:74 BW). Gezien het belang van art. 2:9 BW, is dit artikel hierna nader beschreven.

De wet regelt niet wie bevoegd is tot het instellen van een art. 2:9 BW-procedure. Veelal zal deze procedure worden ingesteld door de vennootschap of de curator van de failliete vennootschap (zie paragraaf 18k).

### 7a Explicatie art. 2:9 BW

*“Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Indien het een aangelegenheid betreft die tot de werkkring van twee of meer bestuurders behoort, is ieder van hen voor het geheel aansprakelijk terzake van een tekortkoming, tenzij deze niet aan hem is te wijten en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.”* (art. 2:9 BW).

In de eerste zin van art. 2:9 BW is te lezen dat iedere bestuurder is belast met een behoorlijke vervulling van de aan hem opgedragen taak, inhoudende dat iedere bestuurder handelingen verricht die elk redelijk handelend bestuurder in dezelfde omstandigheden zou hebben verricht.

In de tweede zin spreekt de wetgever over het feit dat iedere bestuurder, tot wie de betreffende aangelegenheden behoort, aansprakelijk is terzake een tekortkoming, hetgeen hoofdelijke aansprakelijkheid als gevolg heeft. In de laatste zinsnede is te lezen dat iedere bestuurder de mogelijkheid heeft tot disculpatie. Niet aansprakelijk is een bestuurder die aantoonbaar dat de tekortkoming niet aan hem te wijten is en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

De wetgever spreekt over de werkkring en niet over collectieve aansprakelijkheid. Daaruit valt te concluderen dat een bestuurder, die niet tot desbetreffende werkkring behoort, niet hoeft te vrezen voor persoonlijke aansprakelijkheid. Dat terwijl de wetgever uitgaat van collectief bestuur.

Deze leemte heeft de HR in het arrest Gispén/Coeberg<sup>20</sup> weggenomen. In dit arrest heeft de HR geconcludeerd dat de wetgever uitgaat van collectief bestuur en dat een zekere taakverdeling wat betreft de uitoefening van de bestuurstaak erop zichzelf niet toe kan leiden dat een aangelegenheid daarom niet tot de werkzaamheid van een bestuurder behoort, zodat van zijn aansprakelijkheid geen sprake zou zijn. Deze formulering zorgt ervoor dat de onduidelijkheid omtrent het begrip werkkring is weggenomen.

Een behoorlijke vervulling van de aan hem, bestuurder, opgedragen taak betreft een inspanningsverbintenis. Men is niet gebonden aan een bepaald resultaat, maar aan de verplichting zich in te spannen voor een behoorlijke vervulling van zijn taak in naam van de vennootschap. Indien een bestuurder tekort is geschoten in zijn inspanningsverplichting om de vennootschap deugdelijk te vertegenwoordigen of onverantwoord heeft vertegenwoordigd, kan er sprake zijn van onbehoorlijke taakvervulling en kan aan de bestuurder een ernstig verwijt worden gemaakt. De term behoorlijk houdt in dat aan iedere bestuurder de eis wordt gesteld dat de bestuurder beschikt over het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult (zie paragraaf 7b).

### 7b Criterium ernstig verwijt

Ten grondslag aan een beroep op art. 2:9 BW, ligt het criterium ernstige verwijtbaarheid. Dit criterium is voor het eerst geformuleerd in het arrest Staleman/Van de Ven<sup>21</sup>, het kernarrest betreffende de toetsingsgrond voor interne bestuurdersaansprakelijkheid.

<sup>20</sup> Rb. Rotterdam 17 juni 1999, JOR 1999, 244.

<sup>21</sup> HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360.

De vraag die men dient te beantwoorden is of een bestuurder die een natuurlijke persoon is en zijn taak vervult, zozeer in een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak is tekortgeschoten dat hij op grond van art. 2:9 BW jegens de vennootschap aansprakelijk is voor de schade die de vennootschap als gevolg van de tekortkoming lijdt.<sup>22</sup> Voor een geslaagd beroep dient er sprake te zijn van een ernstig verwijt dat toe te rekenen is aan een bestuurder.

Ernstige verwijtbaarheid toetst de rechter in samenhang met de omstandigheden van het geval. In arrest *Staleman/Van de Ven*<sup>23</sup>, somt de HR een aantal omstandigheden op, te weten: "De aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen en het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult."<sup>24</sup> De laatstgenoemde norm is aan te merken als een altijd geldende norm in het rechtspersonenrecht, die is te destilleren uit de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW). De mate van algemene zorgvuldigheid naast de algemene loyaliteit, goede trouw (art. 3:11 BW), dient een bestuur hoog in het vaandel te dragen.

Uit jurisprudentie, onder meer het arrest *Kuipers/Wentink*<sup>25</sup>, is af te leiden dat de norm ernstig verwijt enigszins is aangepast door er het woord 'voldoende' voor te plaatsen. De toevoeging dat aan bestuurder 'voldoende ernstig verwijt' kan worden gemaakt, maakt duidelijk dat de rechter bij het hanteren van de toetsingsnorm niet te lichtvaardig met de aansprakelijkheid van bestuurders dient om te gaan, aldus Asser e.a..<sup>26</sup> Naast het woord voldoende voor het criterium ernstig verwijt te plaatsen, spreekt de HR af en toe van "persoonlijk" ernstig verwijt<sup>27</sup>. Deze reden hiervoor is dat de HR hiermee aangeeft dat indien er sprake is van een meerhoofdig bestuur het bestuur niet als collectief aansprakelijk is, maar dat enkel een bestuurder aansprakelijk is.

Hierna wordt er kort ingegaan op een tweetal arresten waarin interne bestuurdersaansprakelijkheid centraal staat. In het eerste arrest oordeelde de HR dat er geen sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid en in het tweede arrest oordeelde de HR dat er wel sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid.

#### *Arrest Dooren/ Hendriks*<sup>28</sup>

De bestuurder van de vennootschap brengt schade toe aan een auto van de vennootschap. Vervolgens stelt de bestuurder geen schadevergoeding in naam van de vennootschap jegens zichzelf in privé. HR oordeelde dat bestuurder niet naar behoren heeft gehandeld, maar dat door de omstandigheden van het geval hem geen ernstig verwijt kan worden aangerekend.

#### *Arrest Schwandt/Berghuizer papierfabriek*<sup>29</sup>

Een zwaarwegende omstandigheid is onder andere in strijd met een statutaire bepaling handelen. In de casus was het zo dat een bestuurder handelde zonder het vereiste statutaire goedkeuringsrecht van de RvC. Volgens de HR zijn statutaire bepalingen er om de vennootschap te beschermen. Het negeren brengt een zwaarwegende omstandigheid met zich mee, die in beginsel bestuurdersaansprakelijkheid vestigt. Voor bestuurder is er de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren dat hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt.

### **7c Art. 2:9 BW gedragsnorm en toetsingsnorm**

Uit het voorgaande valt te concluderen dat de HR de grondslag ernstig verwijt hanteert in samenhang met alle omstandigheden van het geval.

<sup>22</sup> HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360, r.o. 3.3.1.

<sup>23</sup> HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360, r.o. 3.3.1.

<sup>24</sup> Van Schilfgaarde 2009, p. 168.

<sup>25</sup> HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 563.

<sup>26</sup> Asser e.a. 2009 (2-II\*), nr. 469.

<sup>27</sup> HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659, r.o. 3.5.

<sup>28</sup> HR 11 juni 1999, *NJ* 1999, 586.

<sup>29</sup> HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 455.

Daarnaast is art. 2:9 BW enerzijds te onderscheiden in een gedragsnorm (behoorlijke taakvervulling) en anderzijds in een toetsingsnorm (ernstige verwijtbaarheid), aldus Asser e.a.<sup>30</sup>. Onderzoeker is van mening dat er inhoudelijk vrijwel geen verschil heerst tussen beide definities. Men dient deze begrippen niet te zien als twee afzonderlijke pijlers. In het arrest Van Dooren/Hendriks<sup>31</sup> was dat (nog) niet het geval. Hierin werd onbehoorlijke taakvervulling aangetoond, maar was er echter geen sprake van een ernstig verwijt. Aannemelijk is dat een ernstig verwijt, mede oordelende naar de omstandigheden van het geval, resulteert in een onbehoorlijke taakvervulling (zie het arrest Schwandt/Berghuizer papierfabriek<sup>32</sup>). In dit arrest werd bepaald dat de bestuurder ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en daarmee zijn taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld. Er kan dus geen sprake zijn van onbehoorlijke taakvervulling zonder dat aan bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

In het arrest Nutsbedrijf Westland/Schieke<sup>33</sup> werd deze benadering nogmaals benadrukt: 'Een schending van onbehoorlijke taakvervulling bestaat slechts indien aan bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt'. Mede door de benadering in de arresten Schwandt/Berghuizer papierfabriek<sup>34</sup> en Nutsbedrijf Westland/Schieke<sup>35</sup> is onderzoeker van mening dat de begrippen ernstig verwijt en onbehoorlijke taakvervulling onafscheidelijk van elkaar zijn.

Het criterium ernstig verwijt ziet op de normschending van een bestuurder, onbehoorlijke taakvervulling, en op de toerekening daarvan aan de bestuurder op basis van schuld, aansprakelijkheidsnorm. Het betreft een integrale benadering van het criterium ernstig verwijt.

Uit de aansprakelijkheidsprocedure van art. 2:9 BW is af te leiden dat deze grondslag niet werkt met heldere maar met open normen. De omstandigheden van het geval spelen hierbij een belangrijke rol, hetgeen voor bestuurders vaak onzekerheid schept of men wel deugdelijk handelt namens de vennootschap.

Door deze onzekerheid is er in de literatuur steeds meer de vraag om in Nederland de 'business judgment rule' in te voeren, zoals men hanteert in de Amerikaanse staat Delaware. Dit model geeft meer sturing aan de toetsingsnorm van art. 2:9 BW. Bij toepassing van de 'business judgment rule' toetst de rechter of het bestuurlijk gedrag wel of geen zakelijk doel heeft en wordt de rechter gedwongen zijn oordeel diepgaand te motiveren zonder in te gaan op de inhoudelijke aspecten van de gemaakte zakelijke beleidsafweging. Binnen de 'business judgment rule' staan twee vragen centraal, waaraan de rechter toetst of er sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid. Bij de eerste vraag toetst de rechter of bij de voorbereiding van een beleidsafweging de bestuurders grof nalatig zijn geweest bij het vergaren van informatie die voorhanden was. Bij de tweede vraag toetst de rechter of de beleidsafweging een zodanig andere strekking heeft dan het behartigen van de belangen van de vennootschap. De bewijslast ligt bij de eisende partij.<sup>36</sup>

De gedachte achter deze 'business judgment rule' is dat ondernemen risico's met zich meebrengt en de rechter geen ondernemer is. Dat brengt mee dat de rechter in het huidige systeem de beoordeling van het ondernemingsbeleid altijd achteraf toetst, wanneer de gevolgen van een verkeerde ondernemingsbeslissing al kenbaar zijn. De 'business judgment rule' staat voor een gedifferentieerde aanpak waarbij de rechter terughoudend dient te toetsen en meer rekening dient te houden met de eigen aard van ondernemingsbeslissingen.

Daarentegen dient voor de gedragsnorm van art. 2:9 BW te gelden dat de bestuurder loyaal is aan de vennootschap en zijn taak naar behoren en zorgvuldig uitvoert. Deze zorgvuldigheidsplicht brengt met zich mee dat een bestuurder bij behandeling van

<sup>30</sup> Asser e.a. 2009 (2-II\*), nr. 448.

<sup>31</sup> HR 11 juni 1999, *NJ* 1999, 586, r.o. 3.5.

<sup>32</sup> HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 455, r.o. 3.4.3.

<sup>33</sup> HR 2 maart 2007, *NJ* 2007, 240, r.o. 3.4.4.

<sup>34</sup> HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 455, r.o. 3.4.3.

<sup>35</sup> HR 2 maart 2007, *NJ* 2007, 240, r.o. 3.4.4.

<sup>36</sup> *Journal Ondernemingsrecht* 2010, nr. 49.

belangrijke beslissingen op geïnformeerde grondslag handelt en daarbij de belangen van de vennootschap niet uit het oog verliest, aldus Asser e.a..<sup>37</sup>

### **7d Disculpatie**

De wetgever gaat uit van collectief bestuur en daarmee samenhangende collectieve verantwoordelijkheid. Iedere bestuurder is, indien er sprake is van onbehoorlijke taakvervulling, hoofdelijk aansprakelijk.

Zoals in paragraaf 7a staat weergegeven heeft iedere bestuurder de mogelijkheid om zich te disculperen. Daartoe dient de bestuurder te stellen dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem te wijten is en dat de bestuurder pogingen heeft ondernomen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling af te wenden. Wanneer een bestuurder waarneemt dat een medebestuurder zijn taken niet naar behoren vervult en dat door deze handeling onbehoorlijk bestuur dreigt, zal desbetreffende bestuurder moeten ingrijpen om zijn beroep op disculpatie te waarborgen. De tekst bevat enige leemte omtrent de vraag of een bestuurder die kan aantonen dat de aangelegenheid niet behoorde tot zijn werkkring bevrijd is, waarna de vraag of hij maatregelen daarvoor heeft getroffen om deze aangelegenheid af te wenden niet meer aan de orde is. Er is duidelijk een tenzij-constructie zichtbaar.

De rechter toetst uiteindelijk of er sprake is van een rechtvaardige disculpatie (arrest Schwandt/Berghuizer papierfabriek<sup>38</sup>). Een denkbare situatie is dat de onbehoorlijke taakvervulling tot stand is gekomen terwijl één van de bestuurders wegens ziekte of vakantie afwezig was. De bewijslast ligt bij de betreffende bestuurder die zich beroept op disculpatie.

### **8 Interne aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW**

Uit art. 2:9 BW en het arrest Staleman/Van de Ven<sup>39</sup>, blijkt dat voor een beroep op interne aansprakelijkheid het criterium ernstig verwijt als grondslag dient. Het betreft een strenge normering om bestuurdersaansprakelijkheid aan te tonen.

Art. 6:162 BW, onrechtmatige daad, betreft een algemene norm om gewone schuld aan te tonen. Een beroep op onrechtmatige daad zal gezien de strenge norm van art. 2:9 BW en art. 7:661 BW (zie paragraaf 9) meer kans van slagen hebben. Uit jurisprudentie valt te destilleren dat bij de grondslag onrechtmatige daad het criterium ernstig verwijt wordt toegepast. Er is sprake van een convergerende benadering. Eén en ander is beschreven in het arrest Nutsbedrijf Westland/Schieke.

#### *Arrest Nutsbedrijf Westland/Schieke<sup>40</sup>*

De vennootschap had een bestuurder van de vennootschap aansprakelijk gesteld op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Uit feiten en omstandigheden bleek dat een vordering op grond van art. 2:9 BW op zijn plaats was. Het betreft een juridische handigheid om zo de strenge normering van art. 2:9 BW te ontlopen. De HR oordeelde dat er eerst dient te worden bezien of er sprake is van een onrechtmatige daad en vervolgens men dient te beoordelen hoe de maatstaf van art. 2:9 BW, ernstig verwijt, wordt ingepast. Uit dit arrest kan worden geconcludeerd dat de maatstaf van art. 2:9 BW de toerekeningsmaatstaf van art. 6:162 lid 3 BW inkleurt. Het hof van Amsterdam<sup>41</sup> heeft, naar verwijzing van de HR, het oordeel van de HR gehandhaafd. Als eerste wordt geoordeeld of er sprake is van onrechtmatige daad en vervolgens oordeelt men of het criterium ernstig verwijt kan worden toegepast.

Uit dit arrest is op te maken dat de grondslagen van art. 2:9 BW en art. 6:162 BW om interne bestuurdersaansprakelijkheid aan te tonen convergeren. Zie voor een bredere uitleg over de inkleuring van art. 6:162 BW door het criterium ernstig verwijt van art. 2:9 BW paragraaf 14e.

<sup>37</sup> Asser e.a. 2009 (2-II\*), nr. 448.

<sup>38</sup> HR 29 november 2002, NJ 2003, 455, r.o. 3.4.6.

<sup>39</sup> HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360.

<sup>40</sup> HR 2 maart 2007, NJ 2007, 240, r.o. 3.2.3.

<sup>41</sup> Hof Amsterdam 17 november 2009, JOR 2010, 89.

## **9 Interne aansprakelijkheid op grond van art. 7:661 BW**

Art. 7:661 BW bepaalt dat de werkgever in beginsel aansprakelijk is voor de schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden aan de werkgever toebrengt. Een bestuurder kan eveneens werknemer van de vennootschap zijn en staat daarmee in contractuele verhouding tot de vennootschap (art. 7:610 BW). De bestuurder dient zich daarom tevens als goed werknemer te gedragen (art. 7:611 BW). Voor een beroep op aansprakelijkheid van een werknemer van de vennootschap dient er sprake te zijn van schade die het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid, veroorzaakt door de bestuurder in hoedanigheid van werknemer. Dat blijkt ondermeer uit het arrest Moonen/Prickartz<sup>42</sup>.

Volgens Van Schilfgaarde moet echter uit het arrest worden afgeleid dat de HR deze opvatting niet volgt en dat de uitdrukking opzet of bewuste roekeloosheid iets scherpere contouren bevat dan het criterium ernstig verwijt. De zwaardere aansprakelijkheidsnorm van art. 7:661 BW blijft dan gereserveerd voor fouten gepleegd in hoedanigheid van werknemer en kunnen dus niet worden gekarakteriseerd als bestuursfouten.<sup>43</sup>

Asser e.a. oordeelt juist dat er geen verschil zou moeten zijn in de beoordeling van de aansprakelijkheid op grond van het feit dat de bestuurder al of niet werknemer is. Bovendien draagt de bovengenoemde redenering zoals verwoord door Van Schilfgaarde het risico in zich dat op te lichte gronden aansprakelijkheid van bestuurders wordt aangenomen.<sup>44</sup>

In het arrest Nutsbedrijf Westland/Schieke<sup>45</sup> heeft de HR uitgemaakt dat indien een onrechtmatige daad is begaan bij de vervulling van de bestuurstaak of bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, de beperking van aansprakelijkheid die art. 2:9 BW en art. 7:661 BW impliceren van toepassing zijn. De HR heeft de zaak verwezen naar het hof van Amsterdam<sup>46</sup>, waarin werd geoordeeld dat de bestuurder aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad en daarmee sprake is van een ernstig verwijt en opzet of bewuste roekeloosheid. Het hof gaat voorbij aan de beantwoording tussen de samenhang van het criterium ernstig verwijt en opzet of bewuste roekeloosheid.

Zo is niet geheel duidelijk in welke samenhang beide criteria tot elkaar staan. Onderzoeker is van mening dat er geen verschil dient te zijn in de reikwijdte van aansprakelijkheid in geval van bestuurder (art. 2:9 BW) dan wel werknemer (art. 7:661 BW). Gevolg is dat het niet uitmaakt of een partij zich beroept op art. 2:9 BW of op art. 7:661 BW. De criteria ernstig verwijt en opzet of bewuste roekeloosheid dient men gelijk aan elkaar te oordelen; de ene maatstaf weegt niet zwaarder dan de andere (Van Strien/Traffic Service Van Strien<sup>47</sup>). Onlangs dat beide criteria dezelfde reikwijdte bevatten, is onderzoeker van mening dat het criterium ernstig verwijt een beter handvat is. Zo is het voor één ieder duidelijk waar de rechter aan toetst en er is sprake van een objectieve benadering (zie paragraaf 26).

## **10 Interne aansprakelijkheid op grond van wanbeleid**

Wanbeleid kan worden vastgesteld door middel van een enquêteprocedure, ingesteld bij de Ondernemingskamer gerechtshof te Amsterdam, hierna Ok (art. 2:344 e.v. BW). Eventueel aangetoond wanbeleid kan een aanzet vormen voor aandeelhouders om bestuurdersaansprakelijkheid op grond van een art. 2:9 BW-procedure aan te tonen.

### **10a Recht op enquête**

Het recht op enquête kan louter worden ingezet wanneer er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen (art. 2:350 lid 1 BW). Denk hierbij bijvoorbeeld aan belangenverstrengeling tussen het bestuur en de aandeelhouders van de vennootschap. Het recht op enquête betreft een verzoekschriftprocedure en daarbij is uitsluitend de Ok bevoegd

<sup>42</sup> HR 10 december 1999, NJ 2000, 6, r.o. 3.2.

<sup>43</sup> Van Schilfgaarde 2009, p. 169.

<sup>44</sup> Asser e.a. 2009 (2-II\*), nr. 446.

<sup>45</sup> HR 2 maart 2007, NJ 2007, 240, r.o. 3.2.3.

<sup>46</sup> Hof Amsterdam 17 november 2009, JOR 2010, 89.

<sup>47</sup> Rb. Arnhem 17 februari 2010, JOR 2010, 149, m.nt. M. Holtzer.

tot behandeling (art. 2:345 BW). Tegen de beschikking van de Ok staat geen hoger beroep open. Wel kan men cassatieberoep instellen bij de HR (art. 2:359 BW).

Tot het indienen van een enquêteverzoek bij de Ok zijn bevoegd:

- De advocaat-generaal bij het gerechtshof te Amsterdam om redenen van openbaar belang (art. 2:345 lid 2 BW);
- Één of meer houders van aandelen of van certificaten van aandelen, die alleen of gezamenlijk ten minste een tiende gedeelte van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen of rechthebbenden zijn op een bedrag van aandelen of certificaten daarvan tot een nominale waarde van €225.000,- of zoveel minder als de statuten bepalen (art. 2:346 sub b BW);
- Degenen, aan wie daartoe bij de statuten of bij overeenkomst met de rechtspersoon de bevoegdheid is toegekend (art. 2:346 sub c BW);
- Een vereniging van werknemers die in de onderneming van de rechtspersoon werkzame personen onder haar leden telt en ten minste twee jaar volledige rechtsbevoegdheid bezit (art. 2:347 BW).<sup>48</sup>

De resultaten van een enquêteprocedure worden gepubliceerd in een eindverslag (art. 2:353 BW). Uit dit eindverslag en de daarop volgende declaratoire uitspraak van de Ok kan blijken dat er sprake is van wanbeleid van het bestuur (art. 2:355 BW). De vraag in deze is in hoeverre aangetoond wanbeleid overeenkomt met bestuurdersaansprakelijkheid (zie paragraaf 10b).

Recht op enquête wordt in dit hoofdstuk beschreven, om de reden dat aandeelhouders met regelmaat gebruik maken van het recht op enquête. Aandeelhouders worden in deze scriptie beschouwd als intern orgaan van de vennootschap, mede omdat zij invloed hebben op het te voeren beleid van de vennootschap. Denk hierbij aan het uitbrengen van een stem op de algemene vergadering van aandeelhouders (art. 2:228 BW) (zie paragraaf 11).

### **10b Convergentie wanbeleid en bestuurdersaansprakelijkheid**

Wanbeleid wordt omschreven als onzorgvuldig dan wel laakbaar handelen van een bestuurder (arrest Ogem<sup>49</sup>). Indien hiervan sprake is, kijkt de Ok of deze onzorgvuldigheid dan wel laakbaarheid zo een ernstig karakter heeft dat er sprake is van strijd met de elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap, aldus Van Schilfgaarde.<sup>50</sup>

In het arrest Ogem<sup>51</sup> had de Ok overwogen dat vaststelling door de Ok van wanbeleid, behoudens cassatie, bindend is (ook in andere procedures) voor diegenen die in de tweede fase van de enquête zijn verschenen en ofwel tot toewijzing van hetgeen is verzocht c.q. gevorderd hebben geconcludeerd ofwel daartegen verweer hebben gevoerd, zonder dat daarmee tevens is vastgesteld of en in hoeverre dit wanbeleid aan iedere individuele verweerder kan worden verweten en deze daarvoor aansprakelijk kan worden gesteld.

Met het onderscheid tussen in eerste en tweede fase wordt bedoeld, dat het wettelijke stelsel van het enquêterecht twee afzonderlijke procedures kent, die ook wel worden aangeduid als fasen. In de eerste fase dient de Ok te beoordelen of er sprake is van gegronde redenen om aan een juist beeld te twijfelen (art. 2:350 lid 1 BW) die het gelasten van een enquêteprocedure rechtvaardigen. In de tweede fase kan de Ok voorzieningen treffen op grond van art. 2:356 BW.

Door het arrest Ogem<sup>52</sup> kan de indruk ontstaan dat in een aansprakelijkheidsprocedure de vraag of er sprake is van aansprakelijkheid van het bestuur als collectief in wezen al een gepasseerd station is en dat een individueel bestuurder zich alleen via disculpatie kan onttrekken van aansprakelijkheid.

<sup>48</sup> Van Schilfgaarde 2009, p. 354.

<sup>49</sup> HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466, r.o. 5.

<sup>50</sup> Van Schilfgaarde 2009, p. 368.

<sup>51</sup> HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466.

<sup>52</sup> HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466.

In de arresten Skipper Club Charter/Jaarsma<sup>53</sup> en Laurus<sup>54</sup>, is overwogen dat enquêtebeschikkingen waarin wanbeleid van de vennootschap (art. 2:355 lid 1 BW) en verantwoordelijkheid van de bestuurder voor onjuist beeld (art. 2:354 BW) is vastgesteld, niet tevens bindend doen vaststaan dat de verantwoordelijke bestuurder jegens de vennootschap aansprakelijk is op grond van art. 2:9 BW.

Indien personen deel uitmaken van de organen van de vennootschap door derden, die als gevolg van wanbeleid schade hebben geleden, aansprakelijk worden gesteld in een afzonderlijke procedure (art. 2:9 BW, art. 6:162 BW en/of art. 2:248 BW), is de vaststelling van de Ok dat van wanbeleid van de onderzochte rechtspersoon sprake is, behoudens cassatie, weliswaar bindend voor diegenen die in de tweede fase van de enquête zijn verschenen en ofwel tot toewijzing van hetgeen verzocht en/of gevorderd is hebben geconcludeerd ofwel daartegen verweer hebben gevoerd, maar dit impliceert niet de persoonlijke aansprakelijkheid van de leden van de organen van de rechtspersoon voor dat wanbeleid. De door de Ok vastgestelde feiten staan in een aansprakelijkheidsprocedure ook niet op voorhand vast, zelfs niet behoudens tegenbewijs.<sup>55</sup>

Hieruit valt op te maken dat in een vervolprocedure eventueel aangetoond wanbeleid vaststaat en dat over de feiten en omstandigheden een debat heeft plaatsgevonden. Het is dan vervolgens aan de rechterlijke macht om te oordelen of het gegeven wanbeleid tevens zover strekt dat er sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid. Onderzoeker is van mening dat het goed is dat de enquêteprocedure en de aansprakelijkheidsprocedure los van elkaar staan. Zeker gezien het feit dat de belangen in een aansprakelijkheidsprocedure aanzienlijk groter zijn. Overigens is het voor aandeelhouders van een vennootschap interessant om eerst een enquêteprocedure te starten en eventueel daarna, als wanbeleid is aangetoond, nog een aansprakelijkheidsprocedure te voeren. Hoewel de kracht van een enquêteprocedure in de jurisprudentie is afgezwakt kan het toch een opstap vormen om vervolgens een aansprakelijkheidsprocedure uit te lokken.

## **11 Aansprakelijkheid jegens aandeelhouders**

Deze paragraaf is geplaatst in dit hoofdstuk omdat aandeelhouders een belangrijke functie innemen binnen een vennootschap. Het betreft een orgaan van een vennootschap en is daarom niet aan te merken als een derde.

Indien een bestuurder zijn taak onbehoorlijk vervult op grond van art. 2:9 BW, brengt dat in beginsel geen aansprakelijkheid met zich mee tegenover de aandeelhouders. In de eerste zin van art. 2:9 BW staat immers beschreven "tegenover de rechtspersoon" en niet tegenover de aandeelhouders. Maar zoals reeds vermeld hebben aandeelhouders een belangrijke positie binnen een vennootschap. Voor deze scriptie is het van belang om te beschrijven op welke gronden een bestuurder jegens een aandeelhouder aansprakelijk is.

In het arrest Poot/ABP<sup>56</sup> is vastgesteld dat een aandeelhouder alleen een derde aan kan spreken op grond van onrechtmatige daad, indien jegens hem door de betreffende derde een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschaad. Bij deze specifieke zorgvuldigheidsnorm is het van belang dat er bijkomende omstandigheden zijn, kortom de omstandigheden van het geval. In geval van schade kan er sprake zijn van niet-afgeleide schade, ook wel rechtstreekse schade, of om afgeleide schade. Dat is schade die de aandeelhouder lijdt als gevolg van waardevermindering van aandelen die hij bezit in een vennootschap, door wanprestatie of onrechtmatige daad. Uit jurisprudentie op het gebied van interne bestuurdersaansprakelijkheid ex art 2:9 BW blijkt dat de daarvoor noodzakelijke ernstige verwijtbaarheid van de bestuurder jegens de vennootschap de onrechtmatigheid jegens de aandeelhouder kan inkleuren.<sup>57</sup> In het arrest Tuin Beheer/Houthoff<sup>58</sup> heeft de HR geoordeeld

<sup>53</sup> HR 4 april 2003, NJ 2003, 538, r.o. 3.4.

<sup>54</sup> HR 8 april 2005, NJ 2006, 443, r.o. 3.7-3.8.

<sup>55</sup> HR 8 april 2005, NJ 2006, 443, r.o. 3.8.

<sup>56</sup> HR 2 december 1994, NJ 1995, 288.

<sup>57</sup> Asser e.a. 2009 (2-II\*), nr. 216.

<sup>58</sup> HR 16 februari 2007, NJ 2007, 256.

dat de specifieke zorgvuldigheidsnorm die nodig is als bewijs, beter kan worden verwoord als onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur.

In het arrest Willemsen/NOM<sup>59</sup> heeft de HR geoordeeld dat de norm voor interne aansprakelijkheid conform art. 2:9 BW overeenkomstig heeft te gelden in het geval een individuele aandeelhouder een bestuurder aansprakelijk stelt voor de wijze waarop deze zijn bestuurstaak heeft uitgeoefend. Gezien de zelfgekozen betrokkenheid van individuele aandeelhouders bij de gang van zaken binnen de vennootschap, brengen de in art. 2:8 lid 1 BW bedoelde maatstaven van redelijkheid en billijkheid mee dat de hoge drempel van art. 2:9 BW overeenkomstig van toepassing is bij een door een individuele aandeelhouder tegen een bestuurder aanhangig gemaakte aansprakelijkheidsprocedure.

De norm van art. 2:9 BW die eigenlijk voor is geschreven voor de verhouding tussen bestuurder en vennootschap is van overeenkomstige toepassing verklaard op de verhouding aandeelhouder jegens bestuurder door middel van art. 2:8 BW, redelijkheid en billijkheid. Jurisprudentie kleurt op deze wijze de norm van art. 2:9 BW verder in. Door de zwaarwegende norm van art. 2:9 BW tegenover aandeelhouders kan risicomijdend gedrag van bestuurders worden teruggedrongen.

## 12 Décharge

Décharge is ook wel te verwoorden als kwijting, ontheffing of ontslag van bestuurders voor het gevoerde beleid met bijbehorende aansprakelijkheid. Deze regeling is niet expliciet in de wet geregeld, maar is veelal in statuten van een vennootschap geregeld. Wel spreekt de wetgever in art. 2:210 lid 3 BW (interne aansprakelijkheid) en in art. 2:248 lid 6 BW (externe aansprakelijkheid) van kwijting. Bij décharge is het van belang dat de ava weet heeft van de feiten en omstandigheden waarover décharge wordt verleend.

Indien décharge wordt verleend schept het alleen interne werking (tegenover de vennootschap). Vaak werd bij vaststelling van de jaarrekening door de ava tegelijkertijd ingestemd met het verlenen van décharge aan bestuurders voor het desbetreffende boekjaar. Sinds de invoering van art. 2:210 lid 3 BW<sup>60</sup>, is deze opzet uitgesloten. Naast de vaststelling van de jaarrekening dient er apart een besluit te zijn ten aanzien van décharge.

De reikwijdte van décharge is echter beperkt. Décharge strekt niet verder tot hetgeen uit de (jaar)stukken blijkt (arrest Deen/Perlak<sup>61</sup>). In het arrest Truffino/De Kanter q.q.<sup>62</sup>, oordeelde de HR dat de goede trouw meebrengt dat een bestuurder zich niet kan beroepen op de verleende décharge, indien desbetreffende handelingen niet uit de stukken blijken en dat de bestuurder deze heeft verzwegen tegenover de ava.

Voor zover kan worden aangenomen dat de ava wel deugdelijk is geïnformeerd over de handelingen waarop het te verlenen ontslag van aansprakelijkheid ziet, kan dat ontslag ook zien op handelingen als gevolg waarvan de bestuurder opzettelijk dan wel onzorgvuldig nadeel heeft toegebracht aan de vennootschap (arrest Ellem Beheer/De Bruin<sup>63</sup>). In dit soort situaties kan een dilemma schuilen. Indien een bestuurder de ava niet tijdig, volledig en/of juist informeert over bepaalde dubieuze handelingen, vallen deze handelingen per definitie niet onder ontslag van aansprakelijkheid. Doet de bestuurder dat wel, dan is de kans groot dat de ava weigert décharge te verlenen en bestaat er de kans dat de vennootschap overweegt om rechtsmaatregelen in te stellen tegen de bestuurder, zie hieronder.

*Arrest De Rouw/Dingemans q.q.*<sup>64</sup>

Dit arrest plaatst de bestuurder die de vennootschap opzettelijk schade heeft toegebracht voor een dilemma. Zwijgt de bestuurder, dan is zijn opzettelijk handelen niet door de décharge gedekt. Maakt hij expliciet en ondubbelzinnig kenbaar waar hij over de schreef is gegaan, dan is zijn handelen niet door décharge gedekt. In dat geval liggen de harde feiten op tafel en heeft de bestuurder geen volledige zekerheid dat de vennootschap in een later

<sup>59</sup> HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21, r.o. 5.3.

<sup>60</sup> Stb. 2001, 467.

<sup>61</sup> HR 17 juni 1921, NJ 1921, 737.

<sup>62</sup> HR 20 juni 1924, NJ 1924, 1107.

<sup>63</sup> HR 20 oktober 1989, NJ 1990, 308, r.o. 3.3.

<sup>64</sup> HR 25 juni 2010, JOR 2010, 227.

stadium niet op de décharge kan terugkomen, bijvoorbeeld door een beroep op art. 2:8 lid 2 BW of na vernietiging van het déchargebesluit in een enquêteprocedure. De bestuurder zal met dit dilemma, dat aan hem zelf is te wijten, moeten leven.

In het arrest *Staleman/Van de Ven*<sup>65</sup>, hanteert de HR een strakke visie omtrent de reikwijdte van décharge. Zo aanvaardt de HR niet dat een ontslag van aansprakelijkheid zich ook uitstrekt tot informatie waarover een individuele aandeelhouder uit anderen hoofde, buiten de ava om, de beschikking heeft verkregen of tot gegevens die niet uit de jaarrekening blijken of niet anderszins aan de algemene vergadering zijn bekend gemaakt. Een ruimere werking van décharge, in de zin dat zij zich in beginsel ook zou uitstrekken tot hetgeen aandeelhouders redelijkerwijze konden weten dan wel tot hetgeen waarop zij, mede gelet op de hun verstrekte informatie, bedacht konden zijn, wordt door de HR in het arrest *Staleman/Van de Ven* niet aanvaard.<sup>66</sup>

Denkbaar is dat een besluit tot décharge kan worden vernietigd (art. 2:15 BW) omdat deze in strijd is met de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW). Een voorbeeld is dat een bestuurder de ava heeft misleid.

### 12a Exoneratie

Een bestuurder van een vennootschap kan zich niet beroepen op een exoneratiebeding. Een exoneratiebeding beoogt aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover de vennootschap bij voorbaat uit te sluiten. Dit beding strookt niet met de regel van redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW).

De ongeldigheid van een exoneratiebeding volgt uit de strekking van art. 2:9 BW. De omstandigheid dat er sprake moet zijn van een onmiskenbare tekortkoming waarbij van ernstige verwijtbaarheid sprake is en dat de bestuurder loyaal dient te zijn aan de vennootschap, aldus Asser e.a..<sup>67</sup>

### 13 Samenvatting

Voor een beroep op interne bestuurdersaansprakelijkheid vormt art. 2:9 BW het uitgangspunt. Een bestuurder van een vennootschap is op grond van dit artikel tegenover de vennootschap gehouden tot een behoorlijke taakvervulling van de aan hem opgedragen taak inhoudende dat iedere bestuurder handelingen verricht die elk redelijk denkend bestuurder in dezelfde omstandigheden zou hebben verricht. Het criterium ernstig verwijt, met bijbehorende omstandigheden van het geval, staat centraal in een art. 2:9 BW-procedure. In het arrest *Staleman/Van de Ven* somt de HR een aantal omstandigheden op, te weten: "De aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen en het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult."<sup>68</sup>

Indien men op grond van art. 6:162 BW, onrechtmatige daad, interne bestuurdersaansprakelijkheid tracht aan te tonen, is het criterium ernstig verwijt van overeenkomstige toepassing. Zo kleurt het criterium ernstig verwijt van art. 2:9 BW, de toerekeningsmaatstaf van art. 6:162 lid 3 BW.

Voor een beroep op interne bestuurdersaansprakelijkheid kan men zich tevens beroepen op art. 7:661 BW, ook wel aan te merken als aansprakelijkheid van een werknemer. Het criterium voor een beroep op art. 7:661 BW is opzet of bewuste roekeloosheid. Onderzoeker is van mening dat het criterium ernstig verwijt dient te prevaleren, indien een bestuurder wordt aangesproken op grond van art. 7:661 BW. Zo hanteert de rechter steeds hetzelfde criterium en het past beter bij de objectieve vaststelling

<sup>65</sup> HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360, r.o. 3.4.1.

<sup>66</sup> Asser e.a. 2009 (2-II\*), nr. 480.

<sup>67</sup> Asser e.a. 2009 (2-II\*), nr. 482.

<sup>68</sup> HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360.

van bestuurdersaansprakelijkheid. Zo kleurt de norm van art. 2:9 BW, ernstig verwijt, de toerekeningsmaatstaf van art. 7:661 BW.

Hieruit valt te concluderen dat het criterium ernstig verwijt een centrale rol speelt om interne bestuurdersaansprakelijkheid aan te tonen. De verschillende gronden van interne bestuurdersaansprakelijkheid convergeren.

Aangetoond wanbeleid kan in een vervolgprocedure op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid enig bewijsrechtelijk gevolg met zich voort brengen. Een enquêteprocedure wordt ook wel gezien als opmaat om bestuurdersaansprakelijkheid aan te tonen.

#### 4. EXTERNE AANSPRAKELIJKHEID

Op welke gronden toetst de rechter of een bestuurder privaatrechtelijk aansprakelijk is jegens derden?

Naast de zojuist beschreven interne aansprakelijkheid kan er sprake zijn van externe aansprakelijkheid. In deze scriptie worden drie grondslagen van externe aansprakelijkheid besproken.

Allereerst wordt er ingegaan op de aansprakelijkheid van bestuurders in geval van een onrechtmatige daad. Daarna wordt de misbruikwetgeving beschreven. Ten slotte wordt ingegaan op aansprakelijkheid in geval van faillissement. Onder externe aansprakelijkheid valt namelijk tevens aansprakelijkheid in geval van faillissement. De curator van een vennootschap is een derde en staat daarom los van de vennootschap.

In dit hoofdstuk wordt vervolgens beschreven of een bestuurder zich kan uitsluiten van bestuurdersaansprakelijkheid. Voorts wordt beschreven of er enige convergentie heerst tussen aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad en aansprakelijkheid in geval van een faillissement van de vennootschap.

Ten slotte wordt er een samenvatting beschreven van dit hoofdstuk.

##### **14 Externe aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW**

Bestuurdersaansprakelijkheid jegens derden wordt ingesteld op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). De norm ernstig verwijt (art. 2:9 BW) kleurt net zoals bij interne aansprakelijkheid, de onrechtmatige daad in geval van externe aansprakelijkheid.

Een bestuurder kan jegens derden handelen in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer aanvaardbaar is, door met opzet te verhinderen dat de vennootschap verplichtingen tegenover desbetreffende derden niet nakomt (arrest Van Dullemen/Sala<sup>69</sup>). Hierbij dient echter sprake te zijn van persoonlijke verwijtbaarheid van een bestuurder (arrest De Leeuw/Wijnen<sup>70</sup>). In het geval een bestuurder niet betrokken is bij de totstandkoming van een overeenkomst, treft hem geen persoonlijk verwijt en is hij niet aansprakelijk. Echter, deze regel gaat niet op als desbetreffende bestuurder op een andere wijze betrokken is bij de gesloten overeenkomst (arrest Pelco/Sturkenboom<sup>71</sup>). In de zojuist genoemde arresten is er nog geen duidelijke systematiek zichtbaar in de gevallen dat een bestuurder op grond van onrechtmatige daad persoonlijk aansprakelijk wordt gesteld.

Sinds het arrest New Holland Belgium/Oosterhof<sup>72</sup> onderscheidt de HR twee vormen van onrechtmatige daad in geval van externe aansprakelijkheid. Enerzijds zijn er de 'Beklamel-norm' gevallen, uit het arrest Beklamel<sup>73</sup>, en anderzijds zijn er de gevallen van 'verhaalsfrustratie'.

In een later gewezen arrest (Ontvanger/Roelofsen<sup>74</sup>) zet de HR uiteen op welke gronden beoordeeld dient te worden of een bestuurder van een vennootschap aansprakelijk is indien een schuldeiser van de vennootschap wordt benadeeld door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van zijn of haar vordering tegenover de vennootschap.

Uit deze twee laatstgenoemde arresten zijn er twee typen van gevallen te destilleren waarin een bestuurder op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk kan worden gesteld. In beide gevallen mag worden aangenomen dat een bestuurder van een vennootschap jegens een derde onrechtmatig heeft gehandeld en dat daarbij, mede gelet op de verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening (art. 2:9 BW), hem een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Beide vormen kennen als verbindende factor dat de vordering aanhangig wordt gemaakt door een crediteur van de vennootschap, aan wie niet wordt betaald door en die geen verhaal vindt bij de vennootschap.

<sup>69</sup> HR 31 januari 1958, NJ 1958, 251.

<sup>70</sup> HR 13 juni 1986, NJ 1986, 825.

<sup>71</sup> HR 8 januari 1999, NJ 1999, 318.

<sup>72</sup> HR 18 februari 2000, NJ 2000, 295.

<sup>73</sup> HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286.

<sup>74</sup> HR 8 december 2006, NJ 2006, 659.

#### 14a Beklamel-norm

Indien een bestuurder heeft gehandeld namens de vennootschap en de bestuurder daarbij wist of redelijker wijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap haar verplichtingen niet of niet binnen een redelijke termijn zou kunnen nakomen (onvoldoende liquiditeit) en geen verhaal zou bieden (onvoldoende solvabiliteit), kan de bestuurder een persoonlijk verwijt worden gemaakt met bijbehorende aansprakelijkheid. De onrechtmatige daad, en daarbij behorende aansprakelijkheid, is dan in beginsel gegeven.

De betreffende bestuurder kan overigens verweer voeren tegen gestelde feiten door zich te beroepen op gerechtvaardigde of verontschuldigde omstandigheden<sup>75</sup>. Hierdoor is bij de beslissing omtrent externe bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad belangrijk om te kijken naar de omstandigheden van het geval.

Een wettelijke verankering van deze norm is er niet. Wel is deze normering geformuleerd in art. 2:203 lid 3 BW. Let wel dat het in deze gaat om handelingen namens een op te richten vennootschap. Overigens laat de HR in de gewezen arresten niet blijken dat de Beklamel-norm hiervan is afgeleid.

Waar het in de Beklamel-norm in de kern om draait is de schijn die een bestuurder wekt bij een derde dat de vennootschap kredietwaardig is. Deze gewekte schijn van kredietwaardigheid heeft de HR in een recent arrest uitgewerkt.

##### *Arrest Kloosterbrink/Eurocommerce*<sup>76</sup>

De vennootschappen Kloosterbrink en Eurocommerce zijn ieder voor 50% aandeelhouder van de vennootschap Vista. Door uitbreiding van Vista heeft deze vennootschap behoefte aan financiering van de Fortis. Kloosterbrink en Eurocommerce geven een zogenaamde kapitaalinstandhoudingsverklaring (KIV) af aan Fortis. Kloosterbrink is voor deze KIV wel afhankelijk van financiering van één van de vennoten van Kloosterbrink. Deze gaat akkoord indien Vista zich zou ontwikkelen in overeenstemming met een bepaalde prognose. Deze prognose wordt niet gerealiseerd en Vista gaat failliet. Fortis spreekt vervolgens Eurocommerce aan voor de volledig verstrekte financiering op grond van de KIV. Eurocommerce spreekt hierop volgend mede aandeelhouder Kloosterbrink en haar bestuurder aan tot vergoeding van het betaalde bedrag aan Fortis. De rechtbank wijst de vordering af, maar het Hof en de HR komen tot een ander oordeel. De HR oordeelt dat Kloosterbrink onrechtmatig heeft gehandeld dan wel toerekenbaar tekort is geschoten jegens Eurocommerce.

Uit het laatstgenoemde arrest blijkt dat de Beklamel-norm vrij ruim moet worden opgevat. Het betreft geen strakke normering om bestuurdersaansprakelijkheid aan te tonen.

#### 14b Verhaalsfrustratie

Indien een bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt en dat daardoor de wederpartij schade lijdt, is er sprake van persoonlijke aansprakelijkheid.

Bij verhaalsfrustratie gaat het in feite om het creëren van betalingsonmacht bij de vennootschap met voorzienbare benadeling van haar crediteuren als gevolg. Denkbare voorbeelden zijn gelden onttrekken uit de vennootschap en/of crediteuren selectief betalen. Als er sprake is van zojuist genoemde handelswijzen, dan is deze zodanig onzorgvuldig dat de onrechtmatigheid daarvan en bijbehorende aansprakelijkheid van het bestuur van een vennootschap is gegeven.

Sinds het arrest *Ontvanger/Roelofsen*<sup>77</sup> is regel dat de onrechtmatigheid gegeven is indien de bestuurder weet of redelijkerwijs behoort te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg heeft dat deze haar verplichtingen niet zal nakomen en geen verhaal zal bieden voor de als gevolg daarvan opgetreden schade.

Deze omstandigheid, ook te verwoorden als objectieve voorzienbaarheid van daadwerkelijke benadeling, dient aanwezig te zijn om tot aansprakelijkheid van bestuurder te

<sup>75</sup> HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286, r.o. 3.2.

<sup>76</sup> HR 26 juni 2009, NJ 2009, 418.

<sup>77</sup> HR 8 december 2006, NJ 2006, 659, r.o.3.5.

kunnen concluderen. Is er sprake van een uitzondering op de hoofdregel, zoals hierboven weergegeven, dan dient de rechter deze deugdelijk te motiveren (arrest Romme/Bakker<sup>78</sup>). Een uitzondering kan selectieve betaling zijn van een bestuurder aan zichzelf of groepsgenoten in geval een faillissement niet meer kan worden ontlopen (arrest Coral Navigation Company/Stalt Holding<sup>79</sup>).

Bij verhaalsfrustratie is er in veel gevallen sprake van betalingsonwil in plaats van betalingsonmacht. Ter verduidelijking wordt er kort een recent arrest van de HR beschreven, waarin er sprake is van verhaalsfrustratie.

#### *Arrest Zandvliet/ING Bank*<sup>80</sup>

In dit arrest werd aan de bestuurder van de vennootschap een ernstig verwijt ten laste gelegd, doordat hij heeft bewerkstelligd dat de vennootschap haar contractuele verplichtingen jegens de ING Bank tot aflossing van de kredieten niet nakwam, terwijl de bestuurder wist dat de vennootschap niet over andere inkomstenbronnen beschikte en hem duidelijk was of behoorde te zijn dat de vennootschap geen verhaal zou bieden. De bestuurder had een nadere overeenkomst gesloten met de ING Bank, dat indien de vennootschap gelden binnen krijgt, deze geleidelijk zou aflossen. Een bestuurder mag afwegingen maken om te bepalen welke schuldeisers van de vennootschap in gegeven omstandigheden voor zullen gaan, maar het niet nakomen van de betalingsverplichting uit hoofde van een nadere overeenkomst komt voort uit betalingsonwil van de bestuurder. Het feit dat de ING Bank een pandrecht heeft op de vordering laat onverlet het instellen van een onrechtmatige daad jegens de bestuurder van de vennootschap. De HR oordeelde dat het gegeven pandrecht een recht is van de ING Bank en niet van Zandvliet.<sup>81</sup>

### **14c Bewijslastverdeling**

Beweisrechtelijk brengen deze aansprakelijkheidsnormen enige frictie met zich mee. Immers de hoofdregel is: "wie stelt moet bewijzen" (art. 150 Rv). Voor de wederpartij is het lastig om te bewijzen dat een bestuurder wist of op redelijke wijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap desbetreffende verplichtingen niet na zou kunnen komen en geen verhaal meer zou bieden.

Er zijn omstandigheden denkbaar waarin de rechter afwijkt van de wettelijke hoofdregel (arrest Romme/ Bakker<sup>82</sup>). In dit arrest oordeelde de HR dat er zich gevallen kunnen voordoen waarin uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat de bewijslast wordt toegerekend aan de bestuurder. Hierbij is belangrijk dat de bestuurder ten tijde van het aangaan van de niet nagekomen overeenkomst niet wist en ook niet behoorde te weten dat de vennootschap niet zou kunnen nakomen en evenmin verhaal zou bieden, aldus Kroeze.<sup>83</sup>

Een andere denkbare situatie is dat de bestuurder een zwaardere motiveringsplicht wordt opgelegd (arrest Wijsmuller<sup>84</sup>). In deze gevallen betreft het wel een bestuurder die de volledige zeggenschap over de vennootschap heeft.

Naast de bewijslastverdeling is het overigens lastig vast te stellen op welk moment de bestuurder wist of behoorde te weten dat de vennootschap niet binnen een redelijke termijn zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden tegenover de crediteur(en). Dit moment is ook wel aan te duiden als een peildatum of omslagmoment.

In het arrest Kloosterbrink/Eurocommerce<sup>85</sup> heeft de HR bij de beoordeling een peildatum gehanteerd. Welke criteria de HR voor het vaststellen van een peildatum hanteert is niet geheel duidelijk. Wel valt te concluderen dat deze peildatum het moment aangeeft waarop het handelen van de bestuurder als onrechtmatig kan worden aangemerkt.

<sup>78</sup> HR 10 juni 1994, *NJ* 1994, 766, r.o. 3.4.

<sup>79</sup> HR 12 juni 1998, *NJ* 1998, 727.

<sup>80</sup> HR 26 maart 2010, *NJ* 2010, 189.

<sup>81</sup> HR 26 maart 2010, *NJ* 2010, 189, r.o. 4.2.2.

<sup>82</sup> HR 10 juni 1994, *NJ* 1994, 766, r.o. 3.5.

<sup>83</sup> Kroeze 2005, p. 143.

<sup>84</sup> HR 20 november 1998, *NJ* 1999, 684.

<sup>85</sup> HR 26 juni 2009, *NJ* 2009, 418, r.o. 4.3.

#### **14d Disculpatie**

In art. 2:9 BW is er de mogelijkheid tot disculpatie, mede omdat de wetgever uitgaat van collectief bestuur (zie paragraaf 7d). Indien een beroep wordt gedaan op onrechtmatige daad en er is sprake van een meerhoofdig bestuur dan is er geen sprake van collectieve aansprakelijkheid, met de mogelijkheid tot disculpatie. De crediteur van de vennootschap zal per aangesproken bestuurder moeten aantonen, dat de betreffende bestuurder persoonlijk jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld (arrest Pelco/Sturkenboom<sup>86</sup>).

#### **14e Inkleuring van art. 6:162 BW door het criterium ernstig verwijt**

In deze paragraaf worden arresten betreffende interne en externe aansprakelijkheid gebruikt. De reden hiervoor is dat er op die manier een duidelijker beeld ontstaat over de inkleuring van het criterium ernstig verwijt in art. 6:162 BW.

In art. 6:162 lid 1 BW schuilen vier elementen die van belang zijn om een onrechtmatige daad aan te tonen, te weten: onrechtmatige daad, toerekening, schade en het causale verband. In het kader omtrent de inkleuring van art. 6:162 BW door het criterium ernstig verwijt zijn enkel de onrechtmatigheid en de toerekening van art. 6:162 lid 1 BW van belang.

De onrechtmatigheid ziet op de laakbaarheid van de daad. Vervolgens wordt gekeken of de onrechtmatige gedraging kan worden toegerekend aan de bestuurder van een vennootschap. Toerekening kan krachtens schuld, op grond van de wet of de in het verkeer geldende opvattingen (art. 6:162 lid 3 BW). De vraag die van belang is of het criterium ernstig verwijt de onrechtmatigheid of de toerekenbaarheid inkleurt.<sup>87</sup>

In het arrest Ontvanger/Roelofsen<sup>88</sup>, is geoordeeld dat een bestuurder jegens een derde op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk kan worden gesteld onder de norm van art. 2:9 BW. In dit arrest plaatst de HR het criterium ernstig verwijt binnen de onrechtmatigheid.

In een later gewezen arrest Nutsbedrijf Westland/Schieke<sup>89</sup>, is het criterium ernstig verwijt juist getoetst op de toerekenbaarheid van art. 6:162 lid 3 BW en niet op de onrechtmatigheid. In het arrest Willemsen/NOM<sup>90</sup>, verwees de HR de zaak terug naar het hof om te beoordelen, mede gelet op de aangevoerde omstandigheden of, het feit dat zij in strijd met de statuten handelden geen ernstig verwijt treft. De HR oordeelde niet binnen welk bestanddeel van art. 6:162 BW dit oordeel van belang is.

Uit deze arresten valt te concluderen dat de HR streeft naar één vaste norm, te weten ernstig verwijt, mede gelet op de verplichting tot behoorlijke taakvervulling, om te oordelen of bestuurders aansprakelijk zijn. Overigens valt er uit deze arresten niet op te maken in welk juridisch kader de rechter het begrip ernstig verwijt toetst, te weten in de onrechtmatigheid of in de toerekenbaarheid. Onderzoeker concludeert dat het criterium ernstig verwijt integraal wordt getoetst aan de onrechtmatigheid en aan de toerekenbaarheidnorm. Enige verduidelijking van de HR is wenselijk omtrent de inkleuring van het criterium ernstig verwijt in art. 6:162 BW.

#### **15 Misbruikwetgevingen**

De Nederlandse wetgeving kent drie zogehete Misbruikwetgevingen.

De Eerste Misbruikwet wordt kort toegelicht, omdat het betrekking heeft op fiscaalrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders.

De Tweede Misbruikwet is zowel aan te merken als fiscaalrechtelijke en privaatrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders. In deze scriptie wordt een korte beschrijving gegeven van de Tweede Misbruikwet.

De Derde Misbruikwet (art. 2:248 BW) is van groot belang voor deze scriptie. Deze vorm van aansprakelijkheid wordt vaak toegepast in geval van een faillissement van een

<sup>86</sup> HR 8 januari 1999, NJ 1999, 318, r.o. 3.6. e.v.

<sup>87</sup> *Journaal Ondernemingsrecht* 2009, nr. 156.

<sup>88</sup> HR 8 december 2006, NJ 2006, 659.

<sup>89</sup> HR 2 maart 2007, NJ 2007, 240.

<sup>90</sup> HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21.

vennootschap. De Derde Misbruikwet is aan te merken als een privaatrechtelijke aansprakelijkheid.

### **16 Externe aansprakelijkheid op grond van Eerste Misbruikwet**

De Eerste Misbruikwet, ook wel Wet Ketenaansprakelijkheid, heeft betrekking op het ontlopen van premies welke betrekking hebben op het afdragen van sociale verzekeringswetten en belasting uit hoofde van de loon- en omzetbelasting, hetgeen veelal gevallen betreft die voorkomen in de bouwsector. Denk hierbij aan koppelbazen en onderaannemers.

Door de Wet Ketenaansprakelijkheid is de hoofdaannemer aansprakelijk voor schulden aan de fiscus indien een onderaannemer zijn verplichtingen niet nakomt jegens de fiscus. De hoofdaannemer is niet alleen aansprakelijk voor de schulden van de onderaannemer, maar ook voor schulden aan diegene waar de onderaannemer zijn werk heeft uitbesteed; vandaar de naam ketenaansprakelijkheid. Betreffende gevallen zijn eerder te plaatsen onder de noemer risicoaansprakelijkheid in plaats van bestuurdersaansprakelijkheid. Een uitgebreide behandeling strekt niet tot het doel van deze scriptie.

### **17 Externe aansprakelijkheid op grond van Tweede Misbruikwet**

De Tweede Misbruikwet speelt zowel binnen als buiten faillissement een rol. Deze regeling is mede geïmplementeerd in de Invorderingswet 1990 en vormt zodoende geen op zichzelf staande wet.

De Tweede Misbruikwet ofwel Wet Bestuurdersaansprakelijkheid (WBA), is op 1 januari 1987 inwerking getreden<sup>91</sup>. Deze regeling ziet erop toe dat de bestuurders van een vennootschap onder bepaalde omstandigheden hoofdelijk aansprakelijk zijn te stellen voor schulden van de rechtspersoon aan bedrijfsverenigingen, verplichte bedrijfspensioenfondsen en de fiscus, alle hierna te noemen ontvanger.<sup>92</sup>

Het nalaten van betalingen aan zojuist genoemde instanties schept een vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur, indien er niet, niet-tijdig en/of onjuist aan de meldingsplicht van betalingsonmacht is voldaan.

Door de Tweede Misbruikwet heeft de ontvanger een bevoorrechte positie ten opzichte van andere schuldeisers van de vennootschap. De betreffende schulden aan de ontvanger zijn aan te merken als afdrachtschulden. Het gaat om gelden die de vennootschap van derden heeft ontvangen, maar waar de vennootschap niet werkelijk rechthebbende van is. Een vennootschap is een doorgeefluik van belastinggelden.

In de WBA staat de (tijdige) meldingsplicht van het bestuur van de vennootschap centraal. In deze melding staat vermeldt dat de vennootschap onmachtig is tot het afdragen van gelden aan de ontvanger. Indien de vennootschap betaling van verschuldigde belasting dan wel premies niet tijdig kan voldoen, dient het bestuur of een bestuurder binnen veertien dagen na de dag waarop de verschuldigde betaling behoorde te zijn afgedragen onverwijld een melding te maken van betalingsonmacht aan desbetreffende instanties (art. 7 van het Uitvoeringsbesluit Invorderingswet 1990). Indien de ontvanger dit verlangt is de vennootschap verplicht nadere inlichtingen te verstrekken en stukken over te leggen aan de ontvanger (art. 36 lid 2 IW).

De ontvanger kan met behulp van de verstrekte gegevens een duidelijk beeld schetsen van de oorzaken van de betalingsonmacht en kan zo beslissen om over te gaan de vordering direct te innen, het treffen van een betalingsregeling of een uitstel van betaling te geven aan de vennootschap.

---

<sup>91</sup> Stb. 1986, 276.

<sup>92</sup> Asser e.a. 2009 (2-II\*), nr. 474.

## **18 Aansprakelijkheid in geval van faillissement op grond van art. 2:248 BW; Derde Misbruikwet**

De Derde Misbruikwet, ook wel Wet Bestuurdersaansprakelijkheid in geval van Faillissement (WBF), is op 1 januari 1987 in werking getreden. De WBF is net zoals de WBA geen op zichzelf staande wet, maar is geïmplementeerd in art. 2:248 BW.

Het doel van de WBF is om de curator in faillissement van een vennootschap een sterkere positie te geven ten aanzien van het aansprakelijk stellen van bestuurders van deze vennootschap, indien er door het bestuur sprake is geweest van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Deze bepaling correspondeert met de oude bepaling van art. 49a WvK. De curator diende aan te tonen dat de toestand van de vennootschap geheel of gedeeltelijk te wijten was aan de grove schuld of nalatigheid van de bestuurder. Daarbij diende de curator tevens de omvang van de schade aan te tonen die daardoor was veroorzaakt.<sup>93</sup>

De WBF is geïntroduceerd met het oogmerk om misbruik van rechtspersonen tegen te gaan.

### **18a Criterium kennelijk onbehoorlijke taakvervulling**

In geval van faillissement van de vennootschap is iedere bestuurder tegenover de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement (art. 2:248 lid 1 BW).

In het arrest *Ontvanger/Van Burgeler*<sup>94</sup> werd geoordeeld dat de rechter dient te oordelen op grond van de totaliteit en de samenhang van de aan hem voorgelegde omstandigheden of er sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling uit zich steeds in ernstige onverantwoordelijkheid, verwijtbare nalatigheid, onbezonnenheid, roekeloosheid of schrijnende onbekwaamheid, in duidelijk anders handelen dan van verstandige bestuurder in een vergelijkbare situatie mag worden verwacht (arrest *Panmo*<sup>95</sup>).

Van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling (in de zin van art. 36 lid 3 IW en art. 2:248 BW) is slechts sprake indien geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus gehandeld zou hebben (arrest *Van Zoolingen*<sup>96</sup> en arrest *Panmo*<sup>97</sup>). Van misbruik is sprake wanneer onverantwoordelijk is gehandeld met de objectief te bepalen wetenschap van benadeling van de schuldeisers.

De taakvervulling van bestuurders dient, zo blijkt uit hetgeen hierboven beschreven, kennelijk onbehoorlijk te zijn. Het woord "kennelijk" biedt ondernemers enige ruimte om risico's te nemen. Het nemen van zo'n risico kan verkeerd uitpakken indien markten zijn weggefallen dan wel van karakter zijn veranderd. Bij risico's die bestuurders af en toe moeten nemen is het nodig dat zij een ruime beoordelingsmarge wordt gegund bij het maken van beleidsafwegingen. Het onbehoorlijke van de taakvervulling moet buiten kijf staan, kortom het dient onmiskenbaar te zijn.<sup>98</sup>

Naast het element onmiskenbaar hanteert de HR in gevallen van art. 2:248 BW het begrip ernstig verwijt (zie paragraaf 7b). In het arrest *Panmo*<sup>99</sup> is geoordeeld dat aan bestuurders een ernstig verwijt kan worden gemaakt indien er sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Het hanteren van het begrip geeft weer dat er enige convergentie schuilt tussen de hanterende normen van art. 2:9 BW, art. 6:162 BW en art. 2:248 BW.

<sup>93</sup> Asser e.a. 2009 (2-II\*), nr. 453.

<sup>94</sup> HR 14 oktober 2005, *NJ* 2006, 30.

<sup>95</sup> HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 454, r.o. 3.7.

<sup>96</sup> HR 7 juni 1996, *NJ* 1996, 695, r.o. 5.3.

<sup>97</sup> HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 454, r.o. 3.7.

<sup>98</sup> Asser e.a. 2009 (2-II\*), nr. 457.

<sup>99</sup> HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 454, r.o. 3.7.

### **18b Aansprakelijkheid collectief bestuur**

In art. 2:9 BW staat weergegeven dat een onbehoorlijke taakvervulling van een bestuurder tot hoofdelijke aansprakelijkheid leidt indien de aangelegenheid tot een gezamenlijke werkkring behoort. In paragraaf 7a heeft onderzoeker zijn bedenkingen weergegeven omtrent de keuze van het woord werkkring. Daarentegen is de formulering van de wetgever in art. 2:248 lid 1 BW beter. Hierin spreekt men van hoofdelijke aansprakelijkheid van iedere bestuurder, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft uitgeoefend. Men spreekt het bestuur als collectief aan. Voor bestuurders individueel is er de mogelijkheid om zich te disculperen (art. 2:248 lid 3 BW).

### **18c Belangrijke oorzaak van het faillissement**

In de laatste zin van art. 2:248 lid 1 BW staat weergegeven dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement dient te zijn. De kennelijk onbehoorlijke taakvervulling hoeft niet de belangrijkste oorzaak van het faillissement te zijn. Het is dus van belang om alle omstandigheden van het geval mee te nemen in de toetsing of het bestuur aansprakelijk is in geval van faillissement van de vennootschap.

### **18d Bewijslast in geval van art. 2:248 lid 1 BW**

Indien de curator een beroep doet op art. 2:248 lid 1 BW, dient de curator te bewijzen dat het bestuur haar taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. De curator hoeft niet aan te tonen welke bestuurder debet is aan de onbehoorlijke taakvervulling. Niet iedere bestuurder hoeft individueel te worden gedagvaard.

Naast het aantonen van kennelijk onbehoorlijk bestuur dient de curator aannemelijk te maken dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de vennootschap. Doordat de wetgever het woord aannemelijk noemt, hoeft de curator niet strikt te bewijzen dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

### **18e Aansprakelijkheid op grond van art. 2:248 lid 2 BW**

Indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit art. 2:10 BW (administratieplicht) en/of art. 2:394 BW (publicatieplicht jaarrekening) dan treedt een dubbel wettelijk vermoeden in.<sup>100</sup>

Als eerst is er sprake van een onweerlegbaar vermoeden, indien het bestuur niet heeft voldaan aan de verplichtingen voortvloeiende uit art. 2:10 BW of art. 2:394 BW. Is hier sprake van, dan is de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur gegeven, ook voor de overige handelingen verricht namens de vennootschap.

Het tweede vermoeden houdt in dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement dient te zijn. Dit vermoeden is, in tegenstelling tot het eerste vermoeden, wel weerlegbaar. Een bestuurder kan aansprakelijkheid dan alleen nog ontlopen, indien hij dit weerlegbare bewijsvermoeden weet te ontzenuwen. Het bestuur dient aannemelijk te maken dat andere feiten en omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Daarbij spelen bijkomende omstandigheden van buitenaf een belangrijke rol, bijvoorbeeld brand (arrest *Bleu Tomato*<sup>101</sup>). Slaagt het bestuur in het ontzenuwen van het vermoeden, dan ligt voor de curator nog de weg open om het bestuur aan te spreken op grond van art. 2:248 lid 1 BW (arrest *Van Schilt*<sup>102</sup>).

Deze regeling leidt ertoe dat in de praktijk de curator veelal kan volstaan met het aantonen van schending van de administratieplicht en/of de publicatieplicht. De HR heeft deze bepalingen als ingrijpend aangemerkt, met dien verstande dat de rechtvaardiging ervan bestaat uit het belang dat crediteuren van de vennootschap hebben bij naleving van de boekhoudplicht en de administratieplicht (arrest *Brens q.q./Sarper*<sup>103</sup>).

<sup>100</sup> Van Schilfgaarde 2009, p. 174.

<sup>101</sup> HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 91, r.o. 3.4.

<sup>102</sup> HR 20 oktober 2006, *NJ* 2007, 2, r.o. 4.5.2.

<sup>103</sup> HR 11 juni 1993, *NJ* 1993, 713, r.o. 3.3.

In de laatste zin van art. 2:248 lid 2 BW staat beschreven dat een onbelangrijk verzuim ten aanzien van de publicatieplicht en/of administratieplicht niet in aanmerking wordt genomen. Bij een onbelangrijk verzuim kan men denken aan het te laat publiceren van de jaarrekening, maar dat deze te late publicatie zo gering is dat hetgeen als een onbelangrijk verzuim kan worden aangemerkt (arrest Brens q.q./Sarper<sup>104</sup>).

De curator is in beginsel belast met het bewijs dat het bestuur niet heeft voldaan aan de administratieplicht en/of boekhoudplicht. Een redelijke bewijslastverdeling zal echter meebrengen dat de aangesproken bestuurder tegenover de curator die geen boekhouding of geen openbaar gemaakte jaarrekening heeft aangetroffen, moet aantonen dat de stukken er wel zijn. Een bestuurder kan zich niet verschuilen achter het feit dat de boekhouder nalatig heeft gehandeld, aldus Asser e.a..<sup>105</sup>

### **18f Schending administratieplicht**

Het bestuur is conform art. 2:10 BW verplicht op een zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op een zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en plichten van de vennootschap kunnen worden gekend.

De vraag is wanneer er sprake is van een deugdelijke boekhouding. In het arrest Brens q.q./Sarper<sup>106</sup> heeft de HR overwogen dat hiervan sprake is wanneer een zodanige administratie wordt gevoerd dat men op enig moment snel inzicht kan krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie en dat deze posities en stand van de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie.

In het arrest Van Schilt<sup>107</sup> heeft de HR overwogen dat schending van de administratieplicht (art. 2:10 BW) van een andere orde en ernstiger is dan schending van de publicatieplicht (art. 2:394 BW). Het heeft tot gevolg dat een individueel bestuur van de vennootschap zich minder gemakkelijk kan disculperen indien er sprake is van schending van de administratieplicht.

### **18g Schending publicatieplicht**

In art. 2:248 lid 2 BW wordt naast art. 2:10 BW (administratieplicht) verwezen naar art. 2:394 BW (publicatieplicht jaarrekening). In dit artikel schuilen verschillende verplichtingen die het bestuur dient na te leven. Of een schending van deze verplichtingen als een onbelangrijk verzuim kan worden gezien, hangt af van de aard van het overtreden voorschrift en de omstandigheden van het geval. Deze omstandigheden van het geval dient de bestuurder aan te voeren en indien noodzakelijk te bewijzen.

Indien er een accountantsverklaring ontbreekt, geldt dat niet zonder meer als een onbelangrijk verzuim, indien er wel een jaarrekening is gepubliceerd en vaststaat dat de gepubliceerde gegevens correct zijn. Het ontbreken van een accountantsverklaring is aan te merken als een omstandigheid die dient te gelden als een onbelangrijk verzuim (arrest Van Schilt<sup>108</sup>).

Zoals juist beschreven in paragraaf 18e, is een verwaarloosbare overschrijding van de in art. 2:394 lid 1 BW jo. art. 2:394 lid 3 BW geldende publicatietermijn, uiterlijk binnen dertien maanden na afloop van het boekjaar, met enkele dagen een onbelangrijk verzuim. Hierbij zijn de omstandigheden van het geval en in het bijzonder de aangegeven redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid van belang. Hoe langer de vennootschap wacht met het publiceren van de jaarrekening des te zwaarder de eisen zijn om aan te tonen dat de overschrijding is aan te merken als een onbelangrijk verzuim. De aangesproken bestuurder van de vennootschap is belast met de stelplicht en bewijslast op het gebied van de

<sup>104</sup> HR 11 juni 1993, NJ 1993, 713, r.o. 3.3.

<sup>105</sup> Asser e.a. 2009 (2-II\*), nr. 459.

<sup>106</sup> HR 11 juni 1993, NJ 1993, 713, r.o. 3.5.

<sup>107</sup> HR 20 oktober 2006, NJ 2007, 2, r.o. 4.3.1.

<sup>108</sup> HR 20 oktober 2006, NJ 2007, 2, r.o. 4.3.2-4.4.4.

onbelangrijkheid van het verzuim en de daarvoor aan te voeren relevante omstandigheden (arrest Pfennings/Niederer q.q.<sup>109</sup>).

### **18h Aansprakelijkheid voor tekort van het faillissement**

Bestuurders van een vennootschap zijn aansprakelijk voor het tekort van het faillissement. In art. 2:248 lid 1 BW stelt de wetgever dat de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan. Onder deze schulden valt tevens het salaris van de curator.

Het kan voorkomen dat de precieze omvang van het tekort van het faillissement niet bekend is. In art. 2:248 lid 5 BW staat beschreven dat de rechter, als de omvang van het tekort nog niet bekend is en al dan niet met toepassing van matiging, kan bepalen dat van het tekort waartoe hij de bestuurders veroordeelt, een staat wordt opgemaakt overeenkomstig art. 612 e.v. Rv. Het betreft een zogeheten schadestaatprocedure. Een verdere behandeling van een schadestaatprocedure is gezien het onderwerp van deze scriptie irrelevant.

### **18i Disculpatie**

In art. 2:248 lid 3 BW schuilt een mogelijkheid tot disculpatie voor iedere bestuurder van de vennootschap. Niet aansprakelijk is de bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem is te wijten en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden (art. 2:248 lid 3 BW). Deze formulering komt overeen met de disculpatiemogelijkheid zoals weergegeven in art. 2:9 BW (zie paragraaf 7d).

Uit deze formulering zijn twee vereisten te ontlezen. Enerzijds dat de bestuurder dient aan te tonen dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem is te wijten en anderzijds dat de bestuurder niet heeft stilgezeten tot het nemen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.<sup>110</sup>

### **18j Matiging**

De rechter kan het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, de andere oorzaken van het faillissement alsmede de wijze waarop dit is afgewikkeld (art. 2:248 lid 4 BW).

Het biedt bestuurders van de vennootschap de mogelijkheid om hun aandeel van de aansprakelijkheid voor het tekort van het faillissement te beperken.

Zoals uit deze regeling blijkt zijn de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur van belang. Zo is het denkbaar dat de rechter matiging toepast voor bestuurders indien de sector waarbinnen de rechtspersoon opereert in een diepe malaise verkeert.<sup>111</sup>

Naast deze collectieve matigingsgrond, kan er sprake zijn van een individueel matigingsrecht. Zo kan de rechter het bedrag van de aansprakelijkheid van een afzonderlijke bestuurder verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de tijd gedurende welke die bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaats vond (art. 2:248 lid 4 BW). Alleen op deze grond kan er sprake zijn van individuele matiging. Een beroep op individuele matiging zal veelal alleen slagen indien een nieuwe bestuurder overtuigende omstandigheden aangeeft, waaruit blijkt dat de bestuurder recht heeft tot matiging (Samson/Koppejan<sup>112</sup>).

### **18k Drie jaren voor faillissement**

Een curator kan alleen een art. 2:248 BW-procedure instellen indien de vordering gebaseerd op kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in de periode drie jaren voorafgaande aan het

<sup>109</sup> HR 2 februari 1996, NJ 1996, 406, r.o. 3.2.

<sup>110</sup> Rb. Rotterdam 17 juni 1999, JOR 1999, 175.

<sup>111</sup> Rb. Roermond 2 juli 1998, JOR 1998, 120.

<sup>112</sup> Rb. Arnhem 27 november 1997, JOR 1998, 27.

faillissement heeft plaatsgevonden (art. 2:248 lid 6 BW). Indien voorafgaand het faillissement er sprake was van surseance van betaling, begint de termijn van drie jaren te lopen vanaf de aanvang van de surseance van betaling (art. 249 lid 1 sub 1 FW). Indien de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling eerder heeft plaatsgevonden, staat de curator vrij om een vordering op grond van art. 2:9 BW in te stellen (art. 2:248 lid 8 BW).

### **18l Pauliana in geval van faillissement**

De curator kan de door een bestuurder onverplicht verrichte rechtshandeling waardoor de mogelijkheid tot verhaal op hem is verminderd, ten behoeve van de boedel door een buitengerechterlijke verklaring vernietigen, indien aannemelijk is dat deze geheel of nagenoeg geheel met het oogmerk van vermindering van dat verhaal zijn verricht (art. 2:248 lid 9 BW).

Art. 2:248 lid 9 BW is aanverwant aan art. 3:45 BW jo. art. 42 e.v. FW. Toch is de regeling van art. 2:248 lid 9 BW makkelijker te hanteren dan de regeling van art. 3:45 BW. De curator dient slechts aannemelijk te maken dat de bewust onverplicht verrichte rechtshandelingen door de bestuurders zijn verricht, in tegenstelling tot art. 3:45 BW. Dit artikel verlangt dat de curator in deze bewijst dat zowel de bestuurder als degene met wie hij handelde de wetenschap bezat, wist of behoorde te weten dat de schuldeiser door hun overeenkomst zou worden benadeeld.<sup>113</sup> Daarnaast is bewijs van wetenschap van benadeling bij de bestuurder en diens wederpartij niet vereist.<sup>114</sup>

### **18m Décharge**

Een aan de bestuurder verleende kwijting, ofwel décharge, staat aan het instellen van de vordering op grond van art. 2:248 BW niet in de weg. In paragraaf 12 staat beschreven dat décharge enkel interne werking heeft. Aangezien art. 2:248 BW een externe aangelegenheid betreft, komt een eventueel verleend déchargebesluit niet ten bate van het bestuur. De curator hoeft dus geen rekening te houden met een eventueel verleende kwijting aan bestuurders van de failliete vennootschap.

### **18n Exoneratie**

Paragraaf 12a acht de onderzoeker van overeenkomstige toepassing in geval er sprake is van externe aansprakelijkheid. In paragraaf 12a gaf onderzoeker aan dat een exoneratiebeding in strijd is met de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW).

### **19 Verschil tussen art. 6:162 BW en art. 2:248 BW<sup>115</sup>**

Art 2:248 BW geldt indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Deze formulering treft in twee opzichten een zwaardere verscherping van de aansprakelijkheid van bestuurders ten opzichte van een beroep op onrechtmatige daad (art. 6:162 BW).

Ten eerste zijn bestuurders aansprakelijk voor het tekort dat is ontstaan door het faillissement, behoudens disculpatie en matiging, en niet alleen voor de onbehoorlijke taakvervulling veroorzaakte schade (paragraaf 18a).

Ten tweede geldt voor de curator een lichtere bewijslast. De curator hoeft alleen aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de vennootschap (paragraaf 18d). Daarnaast schept art. 2:248 lid 2 BW een tweetal bewijsvermoedens.

De reden voor deze aanscherping is om het misbruik van rechtspersonen tegen te gaan. Crediteuren die handelen met een rechtspersoon dienen een sterkere bescherming te krijgen indien natuurlijke personen achter de rechtspersoon trachten de rechtspersoon te misbruiken. Deze regeling schept hiermee een preventief effect. Bestuurders zullen geen rechtspersoon besturen met het kenmerk om deze te misbruiken, gezien de grote kans van aansprakelijkheid.

---

<sup>113</sup> De Groot 2003, p. 75.

<sup>114</sup> Asser e.a. 2009 (2-II\*), nr. 466.

<sup>115</sup> Asser e.a. 2009 (2-II\*), nr. 454.

Naast een beroep op art. 2:248 BW kan de curator een beroep doen op onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). De bevoegdheid om een beroep te doen op onrechtmatige daad komt tevens toe aan de schuldeisers van een vennootschap. De curator is niet exclusief bevoegd tot het instellen van een vordering op grond van onrechtmatige daad.

## **20 Samenvatting**

Externe bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad is onder te verdelen in twee vormen, te weten: de Beklamel-norm en verhaalsfrustratie.

Deze eerste vorm is redelijk vastomlijnd in tegenstelling tot verhaalsfrustratie. Waar het in het eerste geval om draait is de gewekte schijn van kredietwaardigheid tegenover de schuldeiser. In het tweede geval gaat het om het bewerkstelligen of toelaten door de bestuurder dat de vennootschap haar betalingsverplichting tegenover een crediteur niet nakomt en geen verhaal biedt.

In beide aansprakelijkheidsnormen zal de bestuurder naast de vennootschap aansprakelijk zijn tegenover de crediteur(en) van de vennootschap. De vennootschap wordt aansprakelijk gesteld op grond van de wet (art. 6:162 BW) of een overeenkomst. De bestuurder van een vennootschap op grond van de wet (art. 6:162 BW), indien een contractuele overeenkomst tussen de bestuurder en de crediteur ontbreekt.

De Misbruikwetgevingen zijn ingevoerd met het doel om misbruik van de vennootschap tegen te gaan.

De Eerste Misbruikwet, ook wel Wet Ketenaansprakelijkheid genoemd, heeft betrekking op het ontlopen van premies welke betrekking hebben op het afdragen van sociale verzekeringswetten en belasting uit hoofde van de loon- en omzetbelasting, hetgeen veelal gevallen betreft die voorkomen in de bouwsector.

De Tweede Misbruikwet ziet erop toe dat de bestuurders van een vennootschap onder bepaalde omstandigheden hoofdelijk aansprakelijk zijn te stellen voor schulden van de rechtspersoon aan bedrijfsverenigingen, verplichte bedrijfspensioenfondsen en de fiscus. Indien de vennootschap deze schulden niet meer kan afdragen is het de taak voor de bestuurders om hiervan melding te maken aan de fiscus, zo ontlopen de bestuurders aansprakelijkheid.

De Derde Misbruikwet (art. 2:248 BW), vormt een belangrijke rol binnen aansprakelijkheid van bestuurders in geval van faillissement. Een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling dient een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn (art. 2:248 lid 1 BW). De bestuurder van een vennootschap heeft de mogelijkheid tot disculpatie (art. 2:248 lid 3 BW). De betreffende bestuurder dient aan te tonen dat de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem te wijten is en dat de bestuurder maatregelen heeft getroffen om de gevolgen daarvan af te wenden.

Een curator zal in eerste instantie een beroep op art. 2:248 lid 2 BW prefereren boven een beroep op art. 2:248 lid 1 BW. Omdat de curator dan enkel dient aan te tonen dat het bestuur niet heeft voldaan aan de verplichtingen voortvloeiende uit art. 2:10 BW en art. 2:394 BW. Doet de curator een beroep op art. 2:248 lid 1 BW, dan dient de curator aan te tonen dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur als geen redelijk denkend bestuurder, onder dezelfde omstandigheden, aldus gehandeld zou hebben en dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

## 5. WETSVOORSTEL BESTUUR EN TOEZICHT

Welke juridische verschillen ten opzichte van het huidige recht beschrijft wetsvoorstel bestuur en toezicht omtrent privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid? Deze vraag staat centraal in dit hoofdstuk.

De belangrijkste wijziging in het wetsvoorstel betreft de aanpassing van art. 2:9 BW. In het wetsvoorstel is art. 2:9 BW te onderscheiden in een tweetal leden. Een beschrijving van deze twee leden komt in dit hoofdstuk aan bod. Dit hoofdstuk begint met een globale toelichting op het wetsvoorstel. Vervolgens wordt het nieuwe art. 2:9 BW toegelicht. Ten slotte is er een samenvatting van dit hoofdstuk.

### 21 Wetsvoorstel bestuur en toezicht

Nederland dient rekening te houden met een vergrote concurrentie van rechtsvormen in het buitenland. Het doel van de invoering van het wetsvoorstel is om de bruikbaarheid van de rechtsvormen bv en nv in nationale en internationale ondernemingsverhoudingen te vergroten. Door het wetsvoorstel behoort het ondernemen in Nederland aantrekkelijker te worden.<sup>116</sup>

Het wetsvoorstel is op 8 december 2009 met algemene stemmen aangenomen door de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het wetsvoorstel is thans in behandeling bij de Eerste Kamer der Staten-Generaal. Na de val van het kabinet-Balkenende IV, 20 februari 2010, is enkel nog op 12 maart 2010 het voorlopige verslag uitgebracht door de Eerste Kamer. Dit is de laatste handeling omtrent het wetsvoorstel. Een beoogde invoeringsdatum van het wetsvoorstel is niet bekend.

De kern van het wetsvoorstel schuilt in het nieuw voorgestelde art. 2:239a BW. Door de invoering van deze regeling maakt de wetgever het mogelijk dat vennootschappen voor een zogenoemd monistisch bestuursmodel kunnen kiezen, ook wel one-tier board genoemd. In een dergelijk model zijn zowel uitvoerende als niet-uitvoerende bestuurders verenigd in één orgaan. In een monistisch bestuursstelsel vervalt de functie van commissaris en worden de desbetreffende taken vervuld door personen die bestuursverantwoordelijkheid dragen.

De voordelen hiervan zijn dat bestuurders eerder en meer informatie krijgen dan commissarissen, dat bestuurders meer betrokken zijn bij de gang van zaken binnen de vennootschap en dat een monistisch bestuur slagvaardiger zou kunnen optreden.

In het huidige recht is er sprake van een dualistisch stelsel. Uitvoerende bestuurders en niet-uitvoerende bestuurders vormen beiden een apart orgaan. Niet-uitvoerende bestuurders zijn in een dualistisch stelsel verenigd in een RvC. Het voordeel hiervan is dat derden duidelijker een scheiding tussen uitvoering en toezicht zien.<sup>117</sup>

Zoals weergegeven in deze scriptie behoort art. 2:9 BW tot één van de kernartikelen om bestuurdersaansprakelijkheid aan te tonen. Een nadere behandeling is daarom gerechtvaardigd.

### 22 Art. 2:9 BW in wetsvoorstel bestuur en toezicht

De aanpassing van art. 2:9 BW is tweeledig. Om een goed overzicht te schetsen staan hieronder het huidige art. 2:9 BW en het nieuwe art. 2:9 BW beschreven.

Art. 2:9 BW:

*“Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Indien het een aangelegenheid betreft die tot de werkkring van twee of meer bestuurders behoort, is ieder van hen voor het geheel aansprakelijk terzake van een tekortkoming, tenzij deze niet aan hem is te wijten en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.”*

<sup>116</sup> kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p.1 (MvT).

<sup>117</sup> kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p.1 (MvT).

Art. 2:9 BW in het wetsvoorstel:

1: *“Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Tot de taak van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.”*

2: *“Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Hij is voor het geheel aansprakelijk ter zake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden”.*<sup>118</sup>

In paragraaf 7c is beschreven dat het huidige art. 2:9 BW een onderscheiding kent tussen een gedragsnorm (behoorlijke taakvervulling) en een aansprakelijkheidsnorm (ernstig verwijt). De wetgever blijft in het wetsvoorstel deze twee normen hanteren. Enerzijds is art. 2:9 lid 1 BW aan te merken als een gedragsnorm en anderzijds is art. 2:9 lid 2 BW aan te merken als een aansprakelijkheidsnorm. Daarbij geven de woorden ‘elke bestuurder’ aan, dat deze twee normen voor zowel uitvoerende als niet-uitvoerende bestuurders van toepassing zijn.

### **23 Explicatie art. 2:9 lid 1 BW**

In de huidige formulering van art. 2:9 BW is een mogelijkheid weergegeven om binnen het bestuur van de vennootschap over te gaan op een zekere werkverdeling. Dat komt mede tot uiting doordat de wetgever gebruik heeft gemaakt van het woord “werkkring”. Mede gelet op het gebruik van het woord werkkring is niet steeds duidelijk geweest hoever een verdeling mag reiken, of deze zover mag reiken dat bestuurstaken aan één bestuurder worden toebedeeld en wat de precieze gevolgen zijn van een taakverdeling voor besluitvorming, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid.<sup>119</sup>

De strakkere formulering van het nieuwe art. 2:9 lid 1 BW schept hierover meer duidelijkheid. Hierin staat namelijk beschreven dat tot de taken van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet aan een andere bestuurder zijn toebedeeld. In tegenstelling tot de oude formulering is deze negatief geformuleerd. Hiervoor is gekozen om meer duidelijkheid te scheppen wat het takenpakket van iedere bestuurder is. Indien er taken zijn die niet zijn toebedeeld, dan is er sprake van collegiaal bestuur en rust deze taak op alle bestuurders.

Door de invoering van de mogelijkheid om een taakverdeling te maken is het begrip werkkring overbodig (paragraaf 7a). De termen “taak” en “taakverdeling” passen ook beter bij de hedendaagse opvattingen over inrichting en beheer van rechtspersonen. Door opnemning van het begrip “krachtens” wordt aangegeven dat een dergelijke taakverdeling ook bij reglement tot stand mag komen.<sup>120</sup> Het voordeel hiervan is dat er geen statutenwijziging nodig is, maar dat het opstellen van een reglement ook volstaat, hetgeen financieel voordelig en praktisch is voor een vennootschap.

### **24 Explicatie art. 2:9 lid 2 BW**

Een zekere mogelijkheid tot taakverdeling maakt geen verschil gezien de gezamenlijke verantwoordelijkheid. Alle bestuurders van een vennootschap blijven ieder verantwoordelijk voor de taakuitoefening van het bestuur. Bestuurders die niet met de dagelijkse gang van zaken zijn belast, nemen evenzeer deel aan besluitvorming over onderwerpen die de dagelijkse gang van zaken betreffen. Deze benadering komt mede tot uitdrukking in art. 2:9 lid 2 BW.

Net zoals het huidige art. 2:9 BW is er de mogelijkheid voor bestuurders om zich te disculperen. Disculpatie is mogelijk wanneer een bestuurder, mede gelet op de taakverdeling, geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij daarnaast niet nalatig is

<sup>118</sup> Kamerstukken I 2009/10, 31 763, nr. A, p. 1.

<sup>119</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p.7 (MvT).

<sup>120</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p.8 (MvT).

geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.<sup>121</sup>

Deze grond verschilt niet met de huidige norm die geldt om disculpatie aan te tonen. Wel geeft het nieuwe art. 2:9 lid 2 BW een strakke formulering dan het huidige art. 2:9 BW. In de nieuwe tekst verzekert het woord 'en' in het tweede lid dat de taakverdeling én de eventuele nalatigheid van de bestuurder om maatregelen te treffen, beiden worden getoetst.<sup>122</sup> Zo verlaat de wetgever de tenzij-constructie zoals beschreven in paragraaf 7d.

In tegenstelling tot het huidige art. 2:9 BW heeft de wetgever in het nieuwe art. 2:9 lid 2 BW het criterium ernstig verwijt gecodificeerd. Zoals vermeld in deze scriptie kwam het criterium ernstig verwijt voor het eerst aan het licht in het arrest Staleman/Van de Ven. Sindsdien is het criterium een continu terugkerend begrip en toetst de rechter deze altijd in samenhang met alle omstandigheden van het geval. Voorop moet blijven staan dat de vraag of er sprake is van onbehoorlijk bestuur moet worden beoordeeld op het moment waarop de handelingen werden verricht.<sup>123</sup>

Ondernemen is en blijft risico nemen. Volgens de wetgever moet er ruimte blijven voor creativiteit, vernuft en durf. Daarnaast is de samenleving niet gebaat bij ondernemers die risicomidend handelen in het rechtsverkeer.<sup>124</sup>

## 25 Samenvatting

Met de invoering van het wetsvoorstel tracht de wetgever het ondernemen in Nederland toegankelijker te maken. De belangrijkste verschillen die het wetsvoorstel beschrijft staan hieronder kort samengevat.

De wetgever verlaat in art. 2:9 lid 1 BW het woord werkkring. Het woord werkkring geeft niet duidelijk weer hoever een verdeling mag reiken en wat de precieze gevolgen van een verdeling zijn voor de besluitvorming, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid.

De wetgever kiest in het wetsvoorstel voor het woord taakverdeling. Dat past volgens de wetgever beter bij de hedendaagse opvattingen over inrichting en beheer van een rechtspersoon.

Het nieuwe art. 2:9 lid 1 BW is in tegenstelling tot het huidige art. 2:9 BW negatief geformuleerd. Zo is er meer duidelijkheid omtrent het takenpakket van een bestuurder.

Op het gebied van disculpatie van een bestuurder, verlaat de wetgever de tenzij-constructie. In het nieuwe art. 2:9 lid 2 BW verzekert het woord 'en' dat de taakverdeling én de eventuele nalatigheid van de bestuurder om maatregelen te treffen, beide worden getoetst.

Eén van de belangrijkste aspecten, zo niet het belangrijkste aspect, is dat het criterium ernstig verwijt wordt gecodificeerd in art. 2:9 lid 2 BW. De wetgever volgt hiermee de HR. Voor het eerst kwam het criterium ernstig verwijt aan het licht in het arrest Staleman/Van de Ven<sup>125</sup> en is vervolgens herhaaldelijk gebruikt door de rechter.

---

<sup>121</sup> *kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p.8 (MvT).

<sup>122</sup> *kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p.9 (MvT).

<sup>123</sup> HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360.

<sup>124</sup> *kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p.9 (MvT).

<sup>125</sup> HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360.

## **6. GEMEENSCHAPPELIJKE KARAKTERESTIEKEN DIVERSE GRONDSLAGEN BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID**

Welke gemeenschappelijke karakteristieken van diverse grondslagen omtrent privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid zijn er te constateren? Gaandeweg deze scriptie heeft onderzoeker geconstateerd dat er veel convergentie schuilt in verschillende grondslagen betreffende privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid. Veel kenmerken tussen de verschillende grondslagen komen overeen met elkaar. Dit hoofdstuk is toegevoegd om hieromtrent een duidelijk overzicht te geven. Dit hoofdstuk eindigt met een korte samenvatting.

### **26 Objectieve vaststelling van bestuurdersaansprakelijkheid**

Tussen de verschillende grondslagen van bestuurdersaansprakelijkheid, specifiek gezien art. 2:9 BW, art. 6:162 BW en art. 2:248 BW, is er sprake van een objectieve benadering<sup>126</sup>.

Objectieve benadering is te verwoorden als: hetgeen redelijkerwijs van een bestuurder verwacht kan worden die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Bij deze objectieve benadering dient er geen sprake te zijn van subjectieve kwade trouw. Dat is wel het geval in art. 7:661 BW. Daar dient sprake te zijn van opzet of bewuste roekeloosheid. Daarnaast dient men bij een objectieve benadering geen rekening te houden met de persoonlijke kwaliteiten van een bestuurder, in tegenstelling tot een subjectieve benadering.

Het belang van een objectieve benadering ligt vooral in het feit dat een bestuurder zich dwingt om bij de aanvaarding van zijn functie zich af te vragen of hij wel competent genoeg is om deze functie adequaat te vervullen. Daarnaast kan de rechter op grond van een objectieve benadering toetsen en dient men zich niet in te leven in de functie van de bestuurder. Wel dient de rechter alle omstandigheden van het geval mee te wegen in de beoordeling (zie paragraaf 7b).

Ten aanzien van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW blijkt deze objectieve benadering uit het feit dat een bestuurder beschikt over een goed inzicht en over zorgvuldigheid. In arrest Staleman/Van de Ven<sup>127</sup>, komt deze benadering duidelijk naar voren: "Het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult".

Indien een bestuurder aansprakelijk wordt gesteld op grond van art. 7:661 BW, is niet geheel duidelijk of het criterium ernstig verwijt overeenkomstig van toepassing is. Onderzoeker is van mening dat hiervan wel sprake is, mede gezien het arrest Moonen/Prickartz<sup>128</sup>. Hierdoor blijft de HR bij deze vorm van bestuurdersaansprakelijkheid toch bij de objectieve benadering.

Bij bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW is er ook sprake van een objectieve benadering. Hierbij is de vereiste omstandigheid dat de bestuurder wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat er benadeling van een derde plaats zal vinden.

In het arrest Kloosterbrink/Eurocommerce<sup>129</sup> (zie paragraaf 14a), komt duidelijk naar voren dat de objectieve benadering voorop staat. De vraag in deze is of de bestuurder namens de vennootschap een verbintenis is aangegaan met een derde waaruit een betalingsverplichting voor de vennootschap is voortgevloeid, terwijl de bestuurder wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de vennootschap haar betalingsverplichting niet zou nakomen en vervolgens geen verhaal meer zou bieden aan de crediteur. De subjectieve beleving van de bestuurder is in deze irrelevant. Belangrijk is om objectief de inhoud van de betalingsverplichting te bepalen.

Voor een beroep op art. 2:248 lid 1 BW wordt tevens een objectieve benadering gehanteerd. Er is sprake van een ernstig verwijt indien de bestuurder van een vennootschap zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Van kennelijk onbehoorlijk bestuur is slechts

<sup>126</sup> De Groot 2003, p. 60.

<sup>127</sup> HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360, r.o. 3.3.1.

<sup>128</sup> HR 10 december 1999, NJ 2000, 6, r.o. 3.2.

<sup>129</sup> HR 26 juni 2009, NJ 2009, 418, r.o. 4.6.

sprake indien geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zou hebben gehandeld (arrest Panmo<sup>130</sup> en arrest Van Zoolingen<sup>131</sup>).

Bij een beroep op art. 2:248 lid 2 BW, dient er sprake te zijn van schending van de administratieplicht (art. 2:10 BW) en/of publicatieplicht (art. 2:394 BW), hetgeen leidt tot een onweerlegbaar vermoeden van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Voor een schending van art. 2:248 lid 2 BW is subjectieve kwader trouw geen vereiste.

## **27 Omstandigheden van het geval**

Bij een beroep op art. 2:9 BW, art. 6:162 BW en art. 2:248 BW dient de rechter de aansprakelijkheidsvraag te beantwoorden met inachtneming van alle omstandigheden van het geval, contextuele benadering.

In het arrest Staleman/Van de Ven<sup>132</sup> (art. 2:9 BW) somt de HR een aantal omstandigheden op, te weten: 'De aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen en het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult'.

In het arrest Willemsem/NOM<sup>133</sup>, is het omstreden arrest van het hof vernietigd, omdat het hof onvoldoende rekening heeft gehouden met de omstandigheden van het geval. Door dit arrest heeft de HR nadrukkelijk vermeld dat bij een beroep op aansprakelijkheid aan alle omstandigheden van het geval moeten worden getoetst.

## **28 Genuanceerde verdeling stelplicht en bewijslast**

Aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW, art. 6:162 BW en art. 2:248 BW, brengen een genuanceerde verdeling van de stelplicht en bewijslast, genuanceerde benadering.

De hoofdregel is art. 150 Rv, "wie stelt moet bewijzen", en dat geldt voor de vennootschap (art. 2:9 BW), de curator (art. 2:9 BW, art. 6:162 BW en art. 2:248 BW), en een derde en/of aandeelhouder van de vennootschap (art. 6:162 BW).

Indien een bestuurder in strijd heeft gehandeld met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, schept dat in beginsel een zwaarwegende omstandigheid die de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt. Dit is aan te merken als een weerlegbaar bewijsvermoeden (arrest Schwandt/Berghuizer papierfabriek<sup>134</sup>).

Bij een beroep op art. 2:248 lid 2 BW, is er sprake van een tweetal bewijsvermoedens (paragraaf 18e). Indien het onweerlegbare vermoeden is gegeven, kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door niet te voldoen aan de verplichtingen van art. 2:10 BW of art. 2:294 BW, kan de bestuurder de aansprakelijkheid alleen nog ontlopen door het weerlegbare vermoeden, dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement, te ontzenuwen. Slaagt de bestuurder hierin dan ligt voor de curator een beroep op art. 2:248 lid 1 BW voor de hand om aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de vennootschap (arrest Van Schilt<sup>135</sup>).

Net zoals bij art. 2:9 BW geldt voor een beroep op art. 6:162 BW dat indien een bestuurder in strijd heeft gehandeld met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, dit als een zwaarwegende omstandigheid dient te gelden dat in beginsel de aansprakelijkheid jegens de aandeelhouders vestigt. Het betreft in zo'n situatie een weerlegbaar bewijsvermoeden. De bestuurder kan feiten en omstandigheden aanvoeren die kunnen aantonen dat aan hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt (arrest Willemsem/NOM<sup>136</sup>).

<sup>130</sup> HR 8 juni 2001, NJ 2001, 454, r.o. 3.7.

<sup>131</sup> HR 7 juni 1996, NJ 1996, 695, r.o. 5.3.

<sup>132</sup> HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360, r.o. 3.3.1.

<sup>133</sup> HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21, r.o. 5.1.

<sup>134</sup> HR 29 november 2002, NJ 2003, 455, r.o. 3.4.5.

<sup>135</sup> HR 20 oktober 2006, NJ 2007, 2, r.o. 4.5.2.

<sup>136</sup> HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21, r.o. 5.4.

Indien de bestuurder namens de vennootschap een verbintenis is aangegaan met een derde waaruit een betalingsverplichting voor de vennootschap is voortgevloeid terwijl de bestuurder op dat moment wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet haar betalingsverplichting zou kunnen nakomen en aan haar crediteur geen verhaal zou bieden, is de bestuurder in beginsel aansprakelijk tegenover de crediteur op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Ook deze vorm van bestuurdersaansprakelijkheid kan gezien worden als een weerlegbaar bewijsvermoeden.

Er kunnen zich op grond van art. 6:162 BW gevallen voordoen, waaruit voortvloeit dat het zozeer voor de hand ligt dat de bewijslast berust bij de bestuurder die volledige zeggenschap bezit over de vennootschap. Het ligt dan voor de hand dat de bestuurder van de vennootschap aannemelijk dient te maken dat op moment van de totstandkoming van de overeenkomst de vennootschap zelf niet of niet in voldoende mate over financiële middelen beschikte om aan haar verplichtingen uit de overeenkomst te voldoen (arrest Romme/Bakker<sup>137</sup>). Ook in deze formulering schuilt een weerlegbaar bewijsvermoeden.

## **29 Criteria ernstig verwijt en kennelijk onbehoorlijk bestuur**

Het criterium ernstig verwijt wordt toegepast bij een aansprakelijkheidsanalyse op grond van art. 2:9 BW. Daarnaast vormt het criterium ernstig verwijt een maatstaf, tevens inspiratiebron, voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW.

Indien de curator een beroep doet op art. 2:248 BW staat het criterium kennelijk onbehoorlijk bestuur centraal.

In het arrest Panmo<sup>138</sup> is het criterium ernstig verwijt aangehaald in een procedure omtrent art. 2:248 BW. Kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:248 BW impliceert dat aan bestuurders een ernstig verwijt gemaakt kan worden terzake onverantwoordelijk handelen met de wetenschap, objectief te bepalen, dat schuldeisers daarvan de dupe zouden worden<sup>139</sup>.

Onderzoeker is van mening dat er tussen het criterium ernstig verwijt en het criterium kennelijk onbehoorlijk bestuur geen wezenlijk verschil schuilt. Het is aan de HR om deze twee begrippen, waarop bestuurdersaansprakelijkheid mede is gebaseerd, nader op elkaar af te stemmen. Onderzoeker acht dit ten behoeve van de rechtszekerheid gewenst.

## **30 Samenvatting**

Tussen de grondslagen van art. 2:9 BW, art. 6:162 BW en art. 2:248 BW is sprake van een objectieve benadering. Bij objectieve benadering dient er geen sprake te zijn van subjectieve kwade trouw. Bij de grondslag van art. 7:661 BW is dat wel het geval. Indien een bestuurder aansprakelijk wordt gesteld op grond van art. 7:661 BW, is niet geheel duidelijk of het criterium ernstig verwijt overeenkomstig van toepassing is. Door het criterium ernstig verwijt te hanteren blijkt de HR bij deze vorm van bestuurdersaansprakelijkheid toch bij de objectieve benadering.

In geval een beroep op art. 2:9 BW, art. 6:162 BW en art. 2:248 BW dient de rechter de aansprakelijkheidsvraag te beantwoorden met inachtneming van alle omstandigheden van het geval.

De hoofdregel om bestuurdersaansprakelijkheid aan te tonen is de regeling van wie stelt dient te bewijzen (art. 150 Rv). Echter zijn er situaties denkbaar waarin de rechter afwijkt van de hoofdregel. Een beroep op art. 2:248 lid 2 BW is een voorbeeld van een dergelijke situatie. Er treden dan twee bewijsvermoedens in, waarvan de ene weerlegbaar is en de andere onweerlegbaar. De bestuurder dient hetgeen dat wordt gesteld te ontkrachten.

Tussen de criteria ernstig verwijt (art. 2:9 BW en art. 6:162 BW) en kennelijk onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:248 BW), bestaat weinig verschil. Indien er wel een verschil tussen beide begrippen bestaat, kan het voor de hand liggen dat een wederpartij eerder een beroep doet op de ene vorm dan op de andere vorm van

---

<sup>137</sup> HR 10 juni 1994, *NJ* 1994, 766, r.o. 3.6.2.

<sup>138</sup> HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 454.

<sup>139</sup> HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 454, r.o. 3.7.

bestuurdersaansprakelijkheid. De onderzoeker acht uniformiteit ten behoeve van de rechtszekerheid gewenst.

## 7. CONCLUSIES

In het laatste hoofdstuk staan de conclusies weergegeven welke zijn af te leiden uit deze scriptie. Alle conclusies dragen bij aan de beantwoording van de centrale vraagstelling en de daarbij behorende deelvragen van deze scriptie. Ten slotte staat er een algemene conclusie weergegeven.

Centrale vraagstelling: Op welke gronden toetst de rechter of een bestuurder van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, zowel intern als extern, privaatrechtelijk aansprakelijk is voor zijn of haar handelingen verricht namens en/of voor de vennootschap en welke juridische verschillen, ten opzichte van het huidige recht, beschrijft het wetsvoorstel bestuur en toezicht (kamernummer 31 763) omtrent privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid?

Deelvragen:

- 1: Waaraan ontleent een bestuurder zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid?
- 2: Op welke gronden toetst de rechter of een bestuurder privaatrechtelijk aansprakelijk is jegens de vennootschap?
- 3: Op welke gronden toetst de rechter of een bestuurder privaatrechtelijk aansprakelijk is jegens derden?
- 4: Welke juridische verschillen ten opzichte van het huidige recht beschrijft wetsvoorstel bestuur en toezicht omtrent privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid?
- 5: Welke gemeenschappelijke karakteristieken van diverse grondslagen omtrent privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid zijn er te constateren?

Ad 1 Waaraan ontleent een bestuurder zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid?  
De uit de bestuurstaak voortvloeiende bestuursbevoegdheid omvat de bevoegdheid om de vennootschap te vertegenwoordigen. Deze bevoegdheid komt in beginsel toe aan het bestuur als collectief en aan een bestuurder individueel. De vertegenwoordigingsbevoegdheid ontleent het bestuur respectievelijk de bestuurder aan de wet, statuten, interne afspraken en/of een volmacht.  
Uit de wet blijkt dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid onbeperkt en onvoorwaardelijk is.  
Statuten van een vennootschap kunnen bepalen dat vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders kan worden gekoppeld (bijvoorbeeld bij een tweehandtekeningenclausule) of ontnomen. Een vennootschap kan zich beroepen op een koppeling of ontneming indien deze bepaling juist in het handelsregister is ingeschreven.  
Een bestuurder kan tevens handelen krachtens een incidentele of doorlopende volmacht.  
Daarnaast kan het bestuur onderlinge afspraken maken over de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Deze afspraken hebben geen externe werking, daarentegen wel interne werking.

Ad 2 Op welke gronden toetst de rechter of een bestuurder privaatrechtelijk aansprakelijk is jegens de vennootschap?  
- De belangrijkste grondslag voor interne aansprakelijkheid is art. 2:9 BW.  
Een bestuurder van een vennootschap is op grond van dit artikel tegenover de vennootschap gehouden tot een behoorlijke taakvervulling van de aan hem opgedragen taak in de zin dat iedere bestuurder geacht wordt handelingen te verrichten die elk redelijk denkend bestuurder in dezelfde omstandigheden zou hebben verricht.  
Uit het arrest Staleman/Van de Ven blijkt dat de term “behoorlijk” waarborgt dat aan iedere bestuurder de eis wordt gesteld dat hij beschikt over het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.

Uit dit arrest vloeit tevens voort dat de behoorlijke vervulling van de taak, ook wel aan te merken als gedragsnorm, in samenhang wordt getoetst met het criterium ernstig verwijt, ook wel aan te merken als toetsingsnorm.

Daarnaast dient de rechter rekening te houden met alle omstandigheden van het geval. In het arrest Staleman/Van de Ven, somt de HR een aantal omstandigheden op, te weten:

- De aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten.
- De in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's.
- De taakverdeling binnen het bestuur.
- De eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen.
- De gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen.
- Het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.

Het criterium ernstig verwijt ziet op de normschending (gedragsnorm) van een bestuurder, onbehoorlijke taakvervulling, en op de toerekening daarvan aan de bestuurder op basis van schuld, aansprakelijkheidsnorm. Het betreft een integrale benadering van het criterium ernstig verwijt.

- Een grondslag voor interne aansprakelijkheid kan zijn art. 6:162 BW, de onrechtmatige daad.

De onrechtmatige daad is opgebouwd uit vier elementen, te weten:

- onrechtmatige daad;
- toerekening;
- schade;
- causale verband.

De onrechtmatigheid ziet op de laakbaarheid van de daad, rekening houdend met een eventuele rechtvaardigingsgrond. Toerekening kan krachtens schuld, op grond van de wet of de in het verkeer geldende opvattingen.

De HR streeft naar één vaste norm, te weten ernstig verwijt, mede gelet op de verplichtingen tot behoorlijke taakvervulling, om te oordelen of bestuurders aansprakelijk zijn. Overigens valt er uit de jurisprudentie niet op te maken in welk juridisch kader de rechter het begrip ernstig verwijt toetst, te weten in de onrechtmatigheid of in de toerekenbaarheid.

Onderzoeker concludeert dat het criterium ernstig verwijt integraal wordt getoetst aan de onrechtmatigheid en aan de toerekenbaarheidnorm. Enige verduidelijking van de HR is wenselijk omtrent de inkleuring van het criterium ernstig verwijt in art. 6:162 BW.

Anders dan bij art. 2:9 BW en art. 2:248 BW, is bij art. 6:162 BW in geval van een meerhoofdig bestuur geen sprake van in beginsel collectieve aansprakelijkheid, met de mogelijkheid tot individuele disculpatie. De crediteur van de vennootschap zal per aangesproken bestuurder moeten aantonen, dat de betreffende bestuurder persoonlijk tegenover hem onrechtmatig heeft gehandeld.

- Een andere grondslag voor interne aansprakelijkheid kan art. 7:661 BW zijn, ook wel aan te merken als aansprakelijkheid van een werknemer.

Het criterium voor een beroep op art. 7:661 BW is opzet of bewuste roekeloosheid. Anders dan bij art. 2:9 BW, art. 6:162 BW en art. 2:248 BW, waar sprake is van een objectieve benadering, is er bij art. 7:661 BW sprake van een subjectieve benadering. Onderzoeker is van mening dat het criterium ernstig verwijt dient te prevaleren boven het criterium opzet of bewuste roekeloosheid, indien een bestuurder betreffende handelingen verricht welke zijn aan te merken als bestuurdershandelingen. Zo hanteert de rechter steeds hetzelfde criterium en het past beter bij de objectieve vaststelling van bestuurdersaansprakelijkheid. Zo kleurt de norm van art. 2:9 BW, ernstig verwijt, de toerekeningmaatstaf van art. 7:661 BW.

- Wanbeleid kan worden vastgesteld in een enquêteprocedure en is te omschrijven als onzorgvuldig dan wel laakbaar handelen van een bestuurder. Het belang van vaststelling van wanbeleid in een aansprakelijkheidsprocedure is de afgelopen jaren afgenomen. Uit het arrest Laurus blijkt dat er sprake kan zijn van wanbeleid, maar dat daarmee nog niet de aansprakelijkheid van bestuurders in een aansprakelijkheidsprocedure vaststaat. Enkel staat vast dat er eventueel sprake is van wanbeleid en dat er een debat is gevoerd over de feiten en omstandigheden die zich hebben afgespeeld. Wel vormt een enquêteprocedure vaak een opmaat naar een aansprakelijkheidsprocedure.

- Een bestuurder kan zich disculperen van interne (of externe) bestuurdersaansprakelijkheid indien de bestuurder aantoont dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem te wijten valt en dat de bestuurder pogingen heeft ondernomen om de gevolgen van de onbehoorlijke taakvervulling af te wenden.

- Décharge is ook wel te verwoorden als kwijting of ontslag van bestuurder voor het gevoerde beleid met bijbehorende aansprakelijkheid. De ava besluit over het wel of niet verlenen van décharge. Décharge is rechtsgeldig indien de ava deugdelijk is geïnformeerd over de handelingen waarop het te verlenen ontslag van aansprakelijkheid is gebaseerd.

Ad 3 Op welke gronden toetst de rechter of een bestuurder privaatrechtelijk aansprakelijk is jegens derden?

- Grondslag voor een beroep op externe aansprakelijkheid kan art. 6:162 BW zijn, de onrechtmatige daad. Binnen deze vorm van externe aansprakelijkheid zijn twee vormen te onderscheiden, te weten:

- de Beklamel-norm;
- verhaalsfrustratie.

Van de Beklamel-norm is sprake indien een bestuurder heeft gehandeld namens de vennootschap en de bestuurder daarbij wist of redelijker wijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap haar verplichtingen niet of niet binnen een redelijke termijn zou kunnen nakomen (onvoldoende liquiditeit) en geen verhaal zou bieden (onvoldoende solvabiliteit).

Van verhaalsfrustratie spreekt men indien een bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt en dat daardoor de wederpartij schade lijdt.

Anders dan bij art. 2:9 BW en art. 2:248 BW, is bij art. 6:162 BW in geval van een meerhoofdig bestuur geen sprake van collectieve aansprakelijkheid met de mogelijkheid tot individuele disculpatie. De crediteur van de vennootschap zal per aangesproken bestuurder moeten aantonen, dat de betreffende bestuurder persoonlijk tegenover hem onrechtmatig heeft gehandeld.

- Indien het bestuur in geval van faillissement aansprakelijk wordt gesteld, is art. 2:248 BW veelal de grondslag.

In geval van faillissement van de vennootschap is iedere bestuurder tegenover de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort in het faillissement (art. 2:248 lid 1 BW). Art. 2:248 lid 1 BW bestaat uit twee elementen, te weten:

- Het bestuur heeft zijn taak kennelijk onbehoorlijk vervuld.
- Aannemelijk is dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Indien geen redelijk denkend bestuurder, onder dezelfde omstandigheden, zou hebben gehandeld, is er sprake van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. De bewijslast ligt bij de curator van de failliete vennootschap.

Uit art. 2:248 lid 2 BW vloeit voort dat, indien het bestuur niet heeft voldaan aan de verplichtingen uit art. 2:10 BW (administratieplicht) en/of art. 2:394 BW (publicatieplicht jaarrekening) er een dubbel bewijsvermoeden intreedt, te weten:

- Dat indien het bestuur niet heeft voldaan aan de verplichtingen uit art. 2:10 BW en/of art. 2:394 BW er sprake is van een onweerlegbaar bewijsvermoeden; de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling is gegeven.
- Dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement, hetgeen een weerlegbaar bewijsvermoeden is.

Het bestuur kan aansprakelijkheid derhalve alleen ontlopen indien zij aangeeft dat andere feiten en omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.

Een curator zal in eerste instantie een beroep op art. 2:248 lid 2 BW prefereren boven een beroep op art. 2:248 lid 1 BW. Een curator dient in dat geval alleen aan te tonen dat het bestuur niet heeft voldaan aan de verplichtingen voortvloeiende uit art. 2:10 BW en/of art. 2:394 BW.

- Iedere bestuurder is hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort van het faillissement. Een curator spreekt het bestuur als geheel aan. Daarnaast heeft iedere bestuurder de mogelijkheid om zich te disculperen (art. 2:248 lid 3 BW). Niet aansprakelijk is de bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem is te wijten en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

Ad 4 Welke juridische verschillen ten opzichte van het huidige recht beschrijft wetsvoorstel bestuur en toezicht omtrent privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid?

- In het wetsvoorstel bestuur en toezicht wordt het criterium ernstig verwijt gecodificeerd in art. 2:9 BW.

- In het huidige recht is er de mogelijkheid voor een bestuurder om zich te disculperen van aansprakelijkheid. In het wetsvoorstel bestuur en toezicht blijft deze mogelijkheid bestaan, maar wijkt de wetgever af van de tenzij-constructie zoals in het huidige recht is geformuleerd.

De huidige wettekst laat enige twijfel toe over de vraag of een bestuurder die kan aantonen dat een aangelegenheid niet tot zijn werkkring behoorde, bevrijd is, waarna men niet meer toekomt aan de vraag of hij maatregelen had moeten treffen om het onheil af te wenden.

In het nieuwe art. 2:9 lid 2 BW verzekert het woord “en” dat de taakverdeling en de eventuele nalatigheid van de bestuurder om maatregelen te treffen, beiden worden getoetst.

Ad 5 Welke gemeenschappelijke karakteristieken van diverse grondslagen omtrent privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid zijn er te constateren?

- Binnen verschillende vormen van bestuurdersaansprakelijkheid, zowel intern als extern (art. 2:9 BW, art. 6:162 BW en art. 2:248 BW), is er sprake van een objectieve benadering.

Objectieve benadering is te verwoorden als hetgeen redelijkerwijs van een bestuurder verwacht kan worden die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Men gaat niet uit van subjectieve kwader trouw. Dat is overigens wel het geval bij opzet of bewuste roekeloosheid (art. 7:661 BW).

- Binnen verschillende vormen van bestuurdersaansprakelijkheid, zowel intern als extern (art. 2:9 BW, art. 6:162 BW en art. 2:248 BW), toetst de rechter aan alle omstandigheden van het geval. Dit kan worden gekwalificeerd als een contextuele benadering.

- Binnen verschillende vormen van bestuurdersaansprakelijkheid, zowel intern als extern (art. 2:9 BW, art. 6:162 BW en art. 2:248 BW), is er sprake van een genuanceerde verdeling van de stelplicht en bewijslast. De hoofdregel "wie stelt moet bewijzen" (art. 150 Rv), geldt voor de vennootschap (art. 2:9 BW), de curator (art. 2:9 BW, art. 6:162 BW en art. 2:248 BW), en een derde en/of aandeelhouder (art. 6:162 BW).

- Het criterium ernstig verwijt vormt de basis in de aansprakelijkheidsanalyse (art. 2:9 BW, art. 6:162 BW en art. 7:661 BW). Doordat het criterium ernstig verwijt in meerdere aansprakelijkheidprocedures van toepassing is valt er te concluderen dat er sprake is van een convergerende benadering.

Ten slotte,

In de jurisprudentie is er sinds het eind van de jaren '80 sprake van een toename van het aantal uitspraken op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid. Dit is mede een gevolg van het in 1987 geïntroduceerde art. 2:248 BW, welk artikel is ingevoerd om misbruik van bv's tegen te gaan.

Een probleem bij het leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid was dat het begrip behoorlijke taakvervulling een open norm was. De HR heeft geprobeerd deze open norm te concretiseren middels het invoeren van het begrip "ernstig verwijt".

Voorts tracht de HR in diverse grondslagen van bestuurdersaansprakelijkheid gemeenschappelijke kenmerken te creëren middels een objectieve benadering, een contextuele benadering, genuanceerde benadering en een convergerende benadering.

De vraag is of de rechtspraktijk hiermee voldoende zekerheid heeft dan wel of op onderdelen van bestuurdersaansprakelijkheid een verdere ontwikkeling wenselijk is.

Naar mening van onderzoeker is dat het geval en wel ten aanzien van de volgende aspecten.

- De maatstaf ernstig verwijt verschaft enige duidelijkheid, doch het betreft een betrekkelijke duidelijkheid. Uit dit criterium kan nog geen specifieke gedragsnorm voor bestuurders worden afgeleid. Het is derhalve gewenst dat de rechtspraak hier omtrent een concrete gedragsnormen formuleert, zodat bestuurders weten waar ze aan toe zijn.
- Ook is onduidelijk wat een bestuurder die wordt aangesproken met succes tot verweer kan aanvoeren. De formule van de HR "alle omstandigheden van het geval" is vaag. Voor zover onderzoeker bekend is, zijn hier niet of nauwelijks uitspraken voor handen, hetgeen wel geboden is.

Hieraan blijft behoefte bestaan omdat ook het wetsvoorstel hier helaas niet in voorziet.

## EVALUATIE

Zoals onderzoeker in het voorwoord van deze scriptie heeft weergegeven, is onderzoeker tijdens zijn opleiding zeer geïnteresseerd geraakt in het ondernemingsrecht. Na het schrijven van deze scriptie is deze interesse alsmaar toegenomen.

Ondanks het feit dat het schrijven van deze scriptie als zeer prettig is aan te merken, heeft onderzoeker verschillende knelpunten ondervonden. Veel van deze knelpunten vloeiden voort uit de centrale vraagstelling en de doelstelling zoals deze aan het begin van de afstudeerperiode zijn geformuleerd.

Een knelpunt was het afbakenen van de centrale vraagstelling en de doelstelling van deze scriptie. Met mevrouw mr. J.A. Pop heeft onderzoeker voortdurend, veelal via de e-mail, de centrale vraagstelling en doelstelling bijgesteld, met als doel deze steeds scherper te formuleren. In de loop van deze afstudeerperiode is onderzoeker erachter gekomen dat bestuurdersaansprakelijkheid ook in strafrechtelijke en fiscaalrechtelijke sferen kan voorkomen. Het is de bedoeling geweest van Brekelmans Van der Ven om enkel de privaatrechtelijke kant van bestuurdersaansprakelijkheid te beschrijven. Door in de loop van de afstudeerperiode het woord privaatrechtelijk toe te voegen aan de centrale vraagstelling en de doelstelling is deze scriptie meer geconcretiseerd.

In de loop van het afstudeertraject is onderzoeker tot de conclusie gekomen dat verschillende grondslagen van privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid convergeren, er is sprake van een convergerende benadering. Om die reden is hoofdstuk zes 'gemeenschappelijke karakteristieken diverse grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid', aan deze scriptie toegevoegd.

Uit de centrale vraagstelling en de doelstelling van deze scriptie blijkt dat onderzoeker mede onderzoek heeft verricht naar het wetsvoorstel bestuur en toezicht, specifiek gezien welke verschillen ten opzichte van het huidige recht, het wetsvoorstel bestuur en toezicht beschrijft omtrent privaatrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid. Onderzoeker acht gelet op de stand van zaken betreffende de invoering van het wetsvoorstel van belang dat deze toekomstige ontwikkeling, mede gelet op de importantie van art. 2:9 BW, in deze scriptie aan de orde diende te worden gesteld. Om die reden is het wetsvoorstel bestuur en toezicht in de centrale vraagstelling en de doelstelling geplaatst. Achteraf blijkt de hoeveelheid informatie, enkel de wijziging van art. 2:9 BW, beperkt en betreft het hoofdstuk slechts drie pagina's. De informatie is echter van belang voor deze scriptie, gezien de verankering van het criterium ernstig verwijt in art. 2:9 BW.

Over bestuurdersaansprakelijkheid is veel geschreven in de literatuur. In deze scriptie vormen de geraadpleegde werken, Van de BV en de NV (Van Schilfgaarde 2009) en De naamloze en besloten vennootschap (Asser e.a. 2009), de basis. De reden hiervoor is dat deze boeken recentelijk zijn uitgebracht dan wel bijgewerkt. Daarnaast zijn andere literaire werken gebruikt als naslagwerk. Naast deze literaire werken vormt jurisprudentie een belangrijke informatiebron. Vooral arresten van de HR zijn gebruikt als informatiebron voor deze scriptie.

Onderzoeker heeft geprobeerd een overzichtelijk beeld te scheppen, mede aan de hand van de conclusies, op welke gronden een bestuurder privaatrechtelijk aansprakelijk is voor zijn handelingen verricht namens en/of voor de vennootschap.

## JURISPRUDENTIELIJST

### Hoge Raad

HR 17 juni 1921, *NJ* 1921, 737.  
HR 20 juni 1924, *NJ* 1924, 1107.  
HR 21 januari 1955, *NJ* 1959, 43.  
HR 31 januari 1958, *NJ* 1958, 251.  
HR 17 december 1982, *NJ* 1983, 480.  
HR 13 juni 1986, *NJ* 1986, 825.  
HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286.  
HR 20 oktober 1989, *NJ* 1990, 308.  
HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466.  
HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 51.  
HR 3 april 1992, *NJ* 1992, 411.  
HR 4 december 1992, *NJ* 1993, 271.  
HR 11 juni 1993, *NJ* 1993, 713.  
HR 10 juni 1994, *NJ* 1994, 766.  
HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 288.  
HR 2 februari 1996, *NJ* 1996, 406.  
HR 7 juni 1996, *NJ* 1996, 695.  
HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360.  
HR 12 juni 1998, *NJ* 1998, 727.  
HR 20 november 1998, *NJ* 1999, 684.  
HR 8 januari 1999, *NJ* 1999, 318.  
HR 11 juni 1999, *NJ* 1999, 586.  
HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 6.  
HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 295.  
HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 454.  
HR 21 december 2001, *JOR* 2002, 38.  
HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 455.  
HR 4 april 2003, *NJ* 2003, 538.  
HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 563.  
HR 8 april 2005, *NJ* 2006, 443.  
HR 14 oktober 2005, *NJ* 2006, 30.  
HR 20 oktober 2006, *NJ* 2007, 2.  
HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659.  
HR 16 februari 2007, *NJ* 2007, 256.  
HR 2 maart 2007, *NJ* 2007, 240.  
HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 91.  
HR 21 maart 2008, *JOR* 2008, 124.  
HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21.  
HR 26 juni 2009, *NJ* 2009, 418.  
HR 26 maart 2010, *NJ* 2010, 189.  
HR 25 juni 2010, *JOR* 2010, 227.

### Hof van Amsterdam

Hof Amsterdam 17 november 2009, *JOR* 2010, 89.

### Rechtbank Arnhem

Rb. Arnhem 27 november 1997, *JOR* 1998, 27.  
Rb. Arnhem 17 februari 2010, *JOR* 2010, 149.

### Rechtbank Roermond

Rb. Roermond 2 juli 1998, *JOR* 1998, 120.

### Rechtbank Rotterdam

Rb. Rotterdam 17 juni 1999, *JOR* 1999, 175.  
Rb. Rotterdam 17 juni 1999, *JOR* 1999, 244.

## BRONNENLIJST

### Literatuur:

#### **Asser e.a. 2009 (2-II\*)**

C. Asser e.a., *Asser 2-II\* De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009.

#### **Assink 2007**

B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag*, Deventer: Kluwer 2007.

#### **Baarde, De Goede & Teunissen 2005**

D.B. Baarde, M.P.M. de Goede & J. Teunissen, *Kwalitatief onderzoek*, Groningen: Stenfert Kroese 2005.

#### **Booij 2003**

J.A. Booij, *Aansprakelijkheid van bestuurders voor belastingschulden*, Deventer: Kluwer 2003.

#### **Buchem-Spapens & Pouw 2008**

A.M.J. van Buchem-Spapens & Th.A. Pouw, *Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering*, Deventer: Kluwer 2008.

#### **De Groot 2006**

H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2006.

#### **Hamers & Schwarz 2004**

J.J.A. Hamers & C.A. Schwarz, *Naamloze en besloten vennootschap*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

#### **IJzermans & Van Schaaijk 2007**

M.G. IJzermans & G.A.F.M. van Schaaijk, *Oefening baart kunst. Onderzoeken, argumenten en presenteren voor juristen*, Tilburg: Boom Juridische uitgevers, 2007.

#### **Kroeze, Timmerman & Wezeman 2005**

M.J. Kroeze, L. Timmerman & J.B. Wezeman, *De kern van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

#### **Raaijmakers 2006**

M.J.G.C. Raaijmakers, *PITLO deel 2 ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

#### **Van Schilfgaarde 2009**

P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009.

#### **Slagter 2005**

W.J. Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

### Tijdschriften:

#### **Assink & Kroeze 2010**

B.F. Assink & M.J. Kroeze, 'Ja, wij willen!', *Ondernemingsrecht* 2010-49.

#### **Dortmond 2008**

P.J. Dortmond, 'Een one-tier board voor naamloze en besloten vennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2008-13.

**Keijser 2006**

P.M. Keijser, 'Persoonlijke aansprakelijkheid voor WBA-schulden', *Ondernemingsrecht* 2006-162.

**Strik 2009**

D.A.M.H.W. Strik, 'Ernstige verwijtbaarheid: tussen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid', *Ondernemingsrecht* 2009-156.

**Wetsvoorstellen:**

Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen, kamernummer 31 763.

**Internet:**

Centraal Bureau voor de Statistiek, *Persbericht: Recordaantal faillissementen 2009*, <[www.cbs.nl](http://www.cbs.nl)>, 7 september 2010.

Brekelmans Van der Ven advocaten & mediators, *rechtsgebieden, mediation*, <[www.brekelmansvandervan.nl](http://www.brekelmansvandervan.nl)>, 8 september 2010.

Van Dale, *Gratis onlinewoordenboek*, <[www.vandale.nl](http://www.vandale.nl)> 23 september 2010.

Rijksoverheid, *Wetsvoorstel bestuur en toezicht*, <[www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl)>, 23 september 2010.

