

De waarborgfunctie van het rechtspersonenrecht

Over de bewaarnemersrol van eerste- en tweedegraadsbestuurders en hun (ogenschijnlijk) verschillende processuele positie na het arrest *Le Roux Fruit Exporters*

*Mr. dr. W. A. Westenbroek**

Om het recht te begrijpen is het soms van belang stil te staan bij de vraag waarom dat recht bestaat. In deze wetenschappelijke bijdrage wordt daarom ingegaan op de zogenoemde waarborgfunctie van het rechtspersonenrecht. Het artikel onderbouwt de eerder door de auteur ingezette lijn dat het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht aan herbezinning toe is.

1 Inleiding

De afgelopen drie jaar ben ik bezig geweest met het toelichten van mijn visie op de theorie rondom het interne en externe bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Het sluitstuk van mijn werk is mijn proefschrift *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie*, waarmee ik op 3 november 2017 promoveerde aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.¹ Centraal in mijn visie staat dat de zogenoemde ernstigverwijtmaatstaf, die sinds de arresten *Staleman/Van de Ven* uit 1997² en *Ontvanger/Roelofsen* uit 2006³ wordt toegepast bij de beoordeling van interne respectievelijk externe bestuurdersaansprakelijkheid, dient te

worden losgelaten.⁴ Daarmee lijkt mijn visie fundamenteel anders dan de visie zoals die in de heersende leer in de afgelopen twee decennia naar voren is gebracht. Zij die openstaan voor vernieuwing en vooral vereenvoudiging van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht zullen bij een goede bestudering van mijn bijdragen aan de rechtswetenschap echter inzien dat dit laatste in de praktijk wel meevalt. Ik bepleit voornamelijk een verduidelijking van het recht door middel van een betere kijk op de theorie rondom het rechtspersonenrecht. Het vergt echter niet alleen durf om een heilig huisje (de ernstigverwijtmaatstaf) los te laten, maar ook begrip van de plaats en functie van de rechtspersoon in onze maatschappij. In deze bijdrage wil ik dat laten zien. Ik zal daartoe eerst ingaan op de reden van het bestaan van de rechtspersoon als rechtssubject in onze maatschappij en op de zogenoemde waarborgfunctie van het rechtspersonenrecht van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Vervolgens zal ik uiteenzetten dat deze waarborgfunctie een interne en externe bewaarnemersrol voor de bestuurder met zich brengt.⁵ Ik zal daarbij kort (want reeds uitvoerig gedaan in mijn proefschrift) toelichten waarom de ernstigverwijtmaatstaf niet past bij deze bewaarnemersrol. Tot slot zal ik aandacht besteden aan het in 2017 door de Hoge Raad gewe-

* Mr. dr. W.A. Westenbroek is advocaat bij WestLegal te Amsterdam.

1. W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie*. Over rechtsvorming en taal, onbehoorlijk bestuur, onrechtmatige daad en ernstig verwijt (diss. Rotterdam; IVOR nr. 108), Deventer: Wolters Kluwer 2017.
2. HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 m.nt. J.M.M. Macijer, JOR 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*).
3. HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*), r.o. 3.5.

4. Zie daarover voorts de volgende bijdragen, die grotendeels nader zijn uitgewerkt in mijn proefschrift: W.A. Westenbroek, *Metaalmoetheid na 88 jaar 'externe' bestuurdersaansprakelijkheid en Spaanse Villa*, het is tijd voor herbezinning: laat de ernstig verwijt maatstaf los, *Ondernemingsrecht* 2015/69, afl. 11, p. 353 e.v.; W.A. Westenbroek, *Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening*, *Ondernemingsrecht* 2016/24, afl. 3, p. 112 e.v.; W.A. Westenbroek, *Artikel 2:9 BW en de ernstig verwijt maatstaf bij bestuurdersaansprakelijkheid*, *RMThemis* 2016, afl. 4, p. 175-192; W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid: hoe iets is en hoe iets behoort te zijn*. Naschrift naar aanleiding van de reactie van mr. drs. J. van Bekkum op *Ondernemingsrecht* 2016/24, *Ondernemingsrecht* 2016/99, p. 487-489; W.A. Westenbroek, *De schaduwzijde van de ontwikkeling in het rechtspersonenrecht: de 'ernstig verwijt'-maatstaf en 'externe werknemersaansprakelijkheid'*, *WPNR* 2017/7144, p. 276-286; W.A. Westenbroek, *Vrijtekening*, in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'* (IVOR nr. 104), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 403-413.
5. Zie hierover in het bijzonder Westenbroek 2017 (diss.), par. 10.7 t/m 10.9 en hoofdstuk 11.

zen arrest *Le Roux Fruit Exporters*,⁶ waarin de Hoge Raad een verdeling van stelplicht en bewijslast heeft voorgeschreven voor de beoordeling van externe aansprakelijkheid van tweedegraadsbestuurders die afwijkt van de stelplicht en bewijslast die gelden voor de beoordeling van aansprakelijkheid van eerstegraadsbestuurders. Die afwijking is niet gerechtvaardigd. Ik zal echter laten zien dat de lijn die de Hoge Raad heeft gekozen in *Le Roux Fruit Exporters* toch recht doet aan de vernoemde bewaarnemersrol en (zonder de ernstigverwijtmaatstaf) juist ook zou moeten gelden voor de beoordeling van externe aansprakelijkheid van eerstegraadsbestuurders.

2 De reden van het bestaan van de rechtspersoon

De samenleving heeft het in het belang van het maatschappelijk(-economisch) verkeer geacht dat individuele rechtssubjecten georganiseerd en gezamenlijk, maar niet voor eigen rekening en risico, kunnen deelnemen aan dat maatschappelijk(-economisch) verkeer. Om dat te realiseren heeft de wetgever onder meer de rechtsfiguur 'rechtspersoon' gecreëerd en erkend. De wet bepaalt in artikel 2:5 BW dat een rechtspersoon voor wat het vermogensrecht betreft gelijkstaat met een natuurlijk persoon, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit. De rechtspersoon is zelfstandig drager van eigen rechten en verplichtingen (hij is rechtsbevoegd),⁷ kan zelf rechtshandelingen verrichten en kan in rechte optreden (hij is handelingsbevoegd). Kort gezegd: de rechtspersoon heeft 'rechtssubjectiviteit'. De rechtspersoon kan hierdoor⁸ ook bestuurder zijn van een andere rechtspersoon, hetgeen wordt geïllustreerd door artikel 2:11 BW.

3 De rechtspersoon, een abstract rechtssubject

De rechtspersoon is een juridische abstractie. Zonder menselijke tussenkomst/feitelijk handelen zal een rechtspersoon geen (rechts)handelingen kunnen verrichten of een onrechtmatige daad kunnen plegen. Een rechtspersoon kan nu eenmaal niet zelf handelen. Het idee dat een rechtspersoon handelt, is een uitvinding van juristen. Het is een juridische kunstgreep, een fictie.⁹ Met een menselijk bezoek aan de notaris ontstaat de niet-menselijke rechtspersoon uit het luchtledige, maar zelfs na dit ontstaan is hij niet tastbaar. Het bedrijfspand dat de rechtspersoon koopt, de mensen die er werken, de producten die de rechtspersoon verkoopt, ze zijn allemaal niet 'de rechtspersoon'. Verkoopt de rechtspersoon het pand, ontslaat de rechtspersoon alle mensen en verkoopt de rechtspersoon geen enkel product meer, dan zal de rechtspersoon als autonoom rechtssubject nog steeds bestaan. Timmerman schreef onlangs: 'De rechtspersoon is een soort illusie. Je kunt hem in ieder

geval niet beet pakken.'¹⁰ Dat klopt helemaal. Tegelijkertijd kan de rechtspersoon niets zonder mensen van vlees en bloed. Honée schreef ter inleiding op zijn visie op de aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 2:11 BW in dat verband sprekend:

'Bedenkt men dat rechtspersonen, willen zij realiteitsgehalte hebben, voor hun wilsvorming en wilsuiting zijn aangewezen op mensen van vlees en bloed, dan is de rechtspersoon-bestuurder een wat zonderlinge figuur.'¹¹

Dat geldt natuurlijk niet alleen voor de *rechtspersoon-bestuurder*, maar ook voor de rechtspersoon die geen bestuurder is. De juridische abstractie van de rechtspersoon kan gelet op het voorgaande nooit in al haar consequenties worden doorgevoerd alsof de rechtspersoon volledig los wordt gezien van de daarbij betrokken natuurlijke personen.¹² Dat blijkt vanaf het eerste begin al uit het feit dat een rechtspersoon niet kan ontstaan zonder menselijke oprichtingshandelingen. Na de oprichting verandert dat niet, de rechtspersoon kan alleen maar handelen en nalaten door mensen.

4 De waarborgfunctie van het rechtspersonenrecht

Omdat de rechtspersoon enerzijds autonoom is, maar anderzijds in zijn reële bestaan volledig afhankelijk is van menselijke tussenkomst, is regulering onontbeerlijk. In Boek 2 BW heeft de wetgever daarom door middel van dwingendrechtelijke bepalingen (art. 2:25 BW) een systeem van *checks and balances* gecreëerd dat onder meer dient ter borging van alle belangen betrokken bij de rechtspersoon. Anders gezegd, Boek 2 BW bevat een waarborgfunctie ten behoeve van al deze belangen. In de literatuur wordt in dit verband gesproken over de 'waarborgfunctie van het dwingendrechtelijk vennootschapsrecht'.¹³ Beter zou zijn te spreken van de waarborgfunctie van het dwingendrechtelijk *rechtspersonenrecht*, aangezien Boek 2 BW niet alleen geldt voor vennootschappen, maar voor *alle* rechtspersonen. Timmerman¹⁴ merkte onlangs op dat in het Asser-deel 2015 dat handelt over rechtspersonen¹⁵ te weinig aandacht wordt besteed aan deze waarborgfunctie. Die mening deel ik. Het is goed om langer bij deze waarborgfunctie stil te staan.

Wat wordt nu bedoeld met de waarborgfunctie van het rechtspersonenrecht? Om dat toe te lichten is het eerst van belang stil te staan bij wat ik hiervoor in paragraaf 2 heb uiteengezet: om het mogelijk te maken dat individuele rechtssubjecten met het samenwerkingsverband 'rechtspersoon', georganiseerd en

6. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (*Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*).

7. HR 2 december 1994, NJ 1995/288 (*Poot/ABP*).

8. H.J.M.N. Honée, *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen*, in: P. van Schilfgaarde e.a. (red.), *De nieuwe misbruikwetgeving* (IVOR nr. 2), Deventer: Kluwer 1986, p. 101 stelt terecht dat dit een gevolg is van art. 2:5 BW.

9. L. Timmerman, *Toetsing van ondernemingsbeleid door de rechter, mede in rechtsvergelijkend perspectief. Over het onderscheid tussen gedragsnormen en toetsingsnormen*, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 555.

10. L. Timmerman, *Op weg naar een vernieuwde leer van de rechtspersoon*, WPNR 2017/7162, noot 1.

11. Honée 1986, p. 103.

12. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/16.

13. W.J.M. van Veen, *Boek 2 BW, statuten en aandeelhoudersovereenkomsten – stand van zaken en blik vooruit* (ZIFO-reeks nr. 2), Deventer: Kluwer 2011, p. 21; L. Timmerman, *Waarom hebben wij dwingend vennootschapsrecht?*, in: L. Timmerman e.a. (red.), *Ondernemingsrechtelijke contracten* (IVOR nr. 14), Deventer: Kluwer 1991, p. 8.

14. Timmerman 2017, par. 3

15. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015.

gezamenlijk, maar niet voor eigen rekening en risico, kunnen deelnemen aan het maatschappelijk(-economisch) verkeer, heeft dat samenwerkingsverband er belang bij om als 'betrouwbaar' te worden gezien in de maatschappij. De rechtspersoon zal als rechtssubject er anders niet in slagen daadwerkelijk deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer, wat juist het primaire doel is van het samenwerkingsverband. Deelname aan het maatschappelijk(-economisch) verkeer is immers alleen mogelijk wanneer de andere deelnemers aan dat verkeer ook met het samenwerkingsverband 'rechtspersoon' willen handelen.

Om de rechtspersoon 'betrouwbaar' te maken kan niet worden volstaan met het enkel in leven roepen van de rechtspersoon door een oprichtingsakte. Een stuk papier, ook al is het notarieel, maakt het luchtledige niet ineens betrouwbaar of niet minder een illusie. Die illusie wordt pas werkelijkheid omdat de in een notariële oprichtingsakte vastgelegde rechtspersoon is omgeven door het geheel aan regels van Boek 2 BW, die op grond van artikel 2:25 BW dwingendrechtelijk van toepassing zijn. Alleen dat zorgt ervoor dat de rechtspersoon niet meer een illusie is, maar als zodanig in de maatschappelijke en economische werkelijkheid bestaat en wordt geaccepteerd. Die regels betreffen niet alleen de in Boek 2 BW opgenomen regulering van de oprichting, maar ook de regulering van de interne huishouding (denk bijvoorbeeld aan statuten, stemrechten, leden- en aandeelhoudersvergaderingen, aandelen, benoeming en ontslag van bestuurders, vermogen, winstuitkering en de verplichtingen van oprichters, aandeelhouders, bestuurders, commissarissen en leden) en externe huishouding (denk bijvoorbeeld aan vertegenwoordiging, jaarrekeningrecht en kapitaalbescherming).

Op al deze onderdelen bevat Boek 2 BW voorschriften die door hun dwingendrechtelijk karakter ervoor zorgen dat de rechtspersoon vorm krijgt en daarmee een volwaardige 'betrouwbare' plaats in het maatschappelijk verkeer verwerft. Als we handelen met rechtspersonen, staan we nauwelijks nog stil bij al deze regulering omdat rechtspersonen dusdanig vanzelfsprekend zijn geworden dat men er niet meer over *hoeft* na te denken. Stel echter eens voor wat er zou gebeuren als de wetgever zou hebben bepaald dat iedereen op zijn eigen manier een 'rechtspersoon' zou mogen oprichten, deze een zelfbedachte 'rechtsvorm' mag geven en zelf mag reguleren, zowel intern als extern. Stel dat zelfs de vraag hoe het samenwerkingsverband wordt bestuurd en vertegenwoordigd en welke individuen in dat kader verantwoordelijkheid dragen en aansprakelijkheid riskeren, aan de vrije wil van de individuen, die het samenwerkingsverband beogen aan te gaan, is overgelaten. Het zou leiden tot een onwerkbaar situatie met een wildgroei aan verschillende soorten 'rechtspersonen' of 'rechtsvormen', waarin eenieder in de maatschappij steeds zal moeten onderzoeken hoe zijn contractspartij is gereguleerd en of deze wel betrouwbaar is. Kortom, het samenstel van regels van Boek 2 BW zorgt er niet alleen voor dat de rechtspersoon wordt gereguleerd en *daardoor* bestaat, maar ook dat het func-

tionele bestaan van de rechtspersoon (waarvan de wet maar een paar soorten kent) ermee wordt veiliggesteld: de rechtspersoon komt daarmee daadwerkelijk te bestaan, wordt geaccepteerd en kan functioneren in het maatschappelijk(-economisch) verkeer. De rechtspersoon en de samenleving hebben daar een intrinsiek belang bij, dat wordt 'gewaarborgd' door Boek 2 BW. Vandaar dat men kan spreken van de waarborgfunctie van het rechtspersonenrecht. De waarborgfunctie 'waarborgt' dus primair het functionele bestaan van de rechtspersoon zelf, hetgeen een (maatschappelijk) belang op zich is.

5 Waarborgfunctie leidt tot bewaarnemersrol van bestuurder

De voornoemde waarborgfunctie komt voor een belangrijk deel tot haar recht vanwege de in Boek 2 BW opgenomen gedrags- en taaknormerende voorschriften die gelden voor de betrokkenen bij de rechtspersoon.¹⁶ Het bestuur van de rechtspersoon speelt daarin vanzelfsprekend een belangrijke rol. Zo hebben de bevoegdheden en verplichtingen van het bestuur om de rechtspersoon te vertegenwoordigen en te besturen, zoals neergelegd in artikel 2:44 en 2:45 BW (de vereniging), artikel 2:129/239 en 2:130/240 BW (de kapitaalvennootschap) en artikel 2:291 en 2:292 BW (de stichting), betrekking op de eerdergenoemde interne én externe huishouding. Zou de wetgever deze bepalingen niet hebben opgenomen, dan zou de rechtspersoon stuurloos zijn. Er zouden geen bedrijfspanden kunnen worden aangekocht, geen werknemers kunnen worden aangenomen, geen producten kunnen worden gemaakt, enzovoort. De bestuurder is tezamen met zijn medebestuurders in het maatschappelijk verkeer de stem van de abstracte rechtsfiguur 'rechtspersoon', die door Boek 2 BW (zie ook art. 2:5 BW) een juridische werkelijkheid is geworden. Hij bepaalt samen met zijn medebestuurders wat de rechtspersoon doet of nalaat en hij beschikt met zijn medebestuurders over de kennis die relevant is voor de economische en maatschappelijke positie van de rechtspersoon zelf, van leden en/of aandeelhouders, van werknemers en van derden. Zonder deze bestuurder is de rechtspersoon de facto nog immer een volstreekte abstractie. De bestuurder heeft daarom een maatschappelijke, mede door (de waarborgfunctie van) het rechtspersonenrecht bepaalde positie waarbij hij een 'trusteefunctie', een bewakers- of bewaarnemersrol, vervult ten opzichte van de hem toevertrouwde, bij de rechtspersoon betrokken belangen¹⁷ (hierna: de bewaarnemersrol van de bestuurder). Zonder die bewaarnemersrol komt de waarborgfunctie van Boek 2 BW niet goed tot haar recht: iemand zal uitvoering moeten geven aan de bepalingen van Boek 2 BW, leiding moeten nemen in de naleving van de bepalingen door betrokkenen bij de rechtspersoon en in dat verband aanspreekpunt moeten zijn. Kortom, iemand zal moeten bestu-

16. Van Veen 2011, p. 19.

17. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/482 en Asser/Maeijer 2-III 2000/321.

6 De interne bewaarnemersrol van de eerstegraadsbestuurder

6.1 Inleiding

De met de waarborgfunctie van Boek 2 BW samenhangende bewaarnemersrol van de bestuurder ziet in eerste instantie op de min of meer interne verantwoordelijkheid om de rechtspersoon te besturen (en te vertegenwoordigen) ex voornoemde artikelen 2:44, 2:45, 2:129/239, 2:130/240, 2:291 en 2:292 BW. Deze interne verantwoordelijkheid is voornamelijk gericht op het bewaken van de samenwerking binnen het samenwerkingsverband en op het behalen (door zich in te spannen¹⁸) van de doelstellingen die de direct betrokkenen (zoals werknemers, leden en/of aandeelhouders) nastreven met dit samenwerkingsverband.

6.2 Artikel 2:9 BW waarborgt bewaarnemersrol

Voormeld 'besturen', dat onder meer inhoudt het voeren van de dagelijkse leiding en het bepalen, voorbereiden en uitvoeren van strategie en beleid op bijvoorbeeld financieel, commercieel, sociaal, economisch, milieu- of personeelsgebied,¹⁹ dient natuurlijk aan bepaalde vereisten te voldoen, wil het een functionele betekenis hebben (lees: een daadwerkelijke waarborg vormen) voor voormelde betrokkenen. Daarom bepaalt artikel 2:9 BW dat de bestuurder zijn taak 'behoorlijk' dient te vervullen. Zou artikel 2:9 BW niet bestaan en zou de bestuurder kunnen doen en laten wat hij wil, dan zou dat de waarborgfunctie van het rechtspersonenrecht en de daarmee samenhangende bewaarnemersrol van de bestuurder ondermijnen. Dat de bestuurder zijn taak behoorlijk vervult, is dan ook een uitgangspunt dat aan het rechtspersonenrecht ten grondslag ligt. Dit is recentelijk door de minister bevestigd in de memorie van toelichting²⁰ bij het op 8 juni 2016 ingediende wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen:²¹ 'Belangrijk uitgangspunt van het rechtspersonenrecht is dat bestuurders (...) gehouden zijn tot een behoorlijke taakvervulling (...).' Bij de vraag wat deze behoorlijke taakvervulling inhoudt, spelen twee uitgangspunten, waarvan er een alleen geldt bij een meerhoofdig bestuur, een belangrijke rol.

6.3 Maatman-bestuurder vult bewaarnemersrol in

Het eerste uitgangspunt is dat de bestuurder 'instaat voor zijn kwaliteiten als zodanig' en dat hij niet handelt op een wijze 'die verstandige ondernemers in dezelfde of aanverwante branche van bedrijvigheid als onbehoorlijk zouden beschouwen'.²² Er geldt dus een zogenoemde maatman-bestuurdertoets. De

bestuurder dient te handelen met 'het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult'.²³ Een bestuurder kan zich niet disculperen met het excuus dat hij naar beste weten heeft gehandeld, maar dat het niveau van zijn kennis en bekwaamheid niet toereikend was. Van een bestuurder mag worden verwacht dat hij geschiktheid bezit.²⁴ Mist hij het inzicht of de bekwaamheid die van iemand in zijn positie redelijkerwijs kan worden verwacht, dan zal hij te zijner disculpering daarop geen beroep kunnen doen.²⁵ Het belang van de objectieve benadering is vooral dat deze de bestuurder dwingt zich bij het aanvaarden van zijn functie af te vragen of hij wel over de vereiste bekwaamheden beschikt om de bestuursfunctie in de rechtspersoon waarin hij benoemd wordt adequaat te kunnen vervullen. Een ander wenselijk gevolg van deze benadering is dat de achteraf toetsende rechter zich niet in allerlei mentale processen hoeft te verdiepen die zich in het hoofd van de handelende bestuurder hebben afgespeeld (al dan niet af te leiden uit de omstandigheden van het geval). Dit zou wel vereist zijn als voor aansprakelijkheid van een bestuurder – kort gezegd – subjectieve kwade trouw vereist zou zijn.²⁶

6.4 Collegialiteitsbeginsel vult bewaarnemersrol in

Het tweede uitgangspunt – dat alleen geldt bij een meerhoofdig bestuur – is het zogenoemde collegialiteitsbeginsel, dat wordt gezien als een 'fundamenteel en waardevol beginsel van vennootschapsrecht'.²⁷ Dat beginsel, dat ten grondslag ligt aan de collectieve verantwoordelijkheid en in beginsel hoofdelijke aansprakelijkheid van het bestuur (met mogelijkheid van disculpatie),²⁸ verlangt dat bestuurders collegiaal besturen. Collegiaal besturen houdt onder meer in: (1) betrokkenheid bij de gezamenlijke besluitvorming, (2) het houden van toezicht op de organisatie, administratie, de structuur en medebestuurders

18. Op bestuurders rust een inspanningsverbintenis, niet een resultaatsverbintenis. Zie Westenbroek 2017 (diss.), par. 3.7.7.

19. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/390, J. Winter, Van Schilfgaarde. Van de NV en de BV, Deventer: Kluwer 2009, p. 150 en P. van Schilfgaarde, De medebeleidsbepaler in het ondernemingsrecht, in: K.M. van Hassel & M.P. Nieuwe Weme (red.), Willems' wegen, Deventer: Kluwer 2010, p. 321-324.

20. Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 2.

21. Kamerstukken II 2015/16, 34491, 2.

22. Kamerstukken II 1983/84, 16631, 6, p. 19 respectievelijk Kamerstukken II 1983/84, 16631, 9, p. 2.

23. Vgl. HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 m.nt. J.M.M. Maeijer (Staleman/Van de Ven), r.o. 3.3.1.

24. J.R. Glasz, Aansprakelijkheid van directeuren en commissarissen, vanuit het vennootschapsrecht bezien, TVVS 1986, afl. 4, p. 81 e.v.

25. Huizink, in: GS Rechtspersonen, art. 2:9 BW, aant. 8.1 (online bijgewerkt tot 1 september 2016) en twintig jaar eerder: L.G. Eykman, De aansprakelijkheid van directeuren en commissarissen tegenover de vennootschap, bezien vanuit algemene civielrechtelijke beginselen, TVVS 1986, afl. 4, p. 87 e.v.

26. B.F. Assink, H.E. Bröring, L. Timmerman & S.N. de Valk, Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Een dwarsdoornede, in: B.F. Assink e.a. (red.), Verslag van Symposium gehouden op 27 oktober 2010, georganiseerd door het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen/Erasmus Universiteit Rotterdam, Deventer: Kluwer 2011, p. 63.

27. Kamerstukken II 1983/84, 16631, 6, p. 37; L. Timmerman, Grondslagen van geldend ondernemingsrecht, Ondernemingsrecht 2009/2, nr. 28-29; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/194; A.F. Verdam, Van collegiaal bestuur, bestuursbesluiten, aantastbaarheid en delegatie, en het besluit van een bestuurslid onder het nieuwe artikel 2:129a lid 3, Ondernemingsrecht 2013/102. Wederom geldt dat beter gesproken kan worden van een beginsel van *rechtspersonenrecht*, hoewel dat beginsel niet steeds onverkort hoeft te gelden. Zie Westenbroek 2017 (diss.), par. 3.6.5.

28. Op grond van art. 2:9 en 2:138/248 BW (jo. art. 2:50a en 2:300a BW).

(toezichtsfunctie),²⁹ (3) het zich voldoende laten informeren door medebestuurders (waarbij overigens geldt dat de bestuurder in zekere zin mag afgaan op de juistheid van hetgeen aan hem door een medebestuurder is gerapporteerd),³⁰ (4) het kritisch zijn op medebestuurders (sociale controle)³¹ en (5) het zo nodig zelfstandig onderzoek doen naar de wijze waarop medebestuurders de aan hen toebedeelde taken vervullen.³² Valt een bestuurder het (gewone) verwijt te maken dat hij niet aan deze verbintenissen heeft voldaan, dan is hij ex artikel 2:9 BW aansprakelijk.³³

6.5 *Ernstigverwijtmaatstaf past niet bij waarborgfunctie en interne bewaarnemersrol*

Ik heb in mijn proefschrift uitvoerig toegelicht dat de ernstigverwijtmaatstaf niet past in het systeem van de wet of bij voornoemde beginselen. Ik beperk mij in deze bijdrage tot de volgende opmerkingen. Beide voornoemde uitgangspunten hangen samen met de waarborgfunctie van het rechtspersonenrecht. De maatman-bestuurder en het uitgangspunt van collegiaal bestuur, met de daaraan gekoppelde collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid, 'waarborgen' het (functionele) bestaan van de rechtspersoon in onze samenleving en zijn ingebed in de verplichting van de bestuurder om zowel 'collegiaal' als 'inhoudelijk'³⁴ behoorlijk de taak te vervullen ex artikel 2:9 BW. Bij de vraag of de bestuurder zijn bewaarnemersrol behoorlijk heeft vervuld, gaat het niet om de vraag of een bestuurder een 'ernstig verwijt' treft. Het gaat om de vraag of hij heeft gehandeld op een wijze 'die verstandige ondernemers in dezelfde of aanverwante branche van bedrijvigheid als onbehoorlijk zouden beschouwen'.³⁵ De wetgever had al ruim voor de introductie van de ernstigverwijtmaatstaf in 1997 opgemerkt dat bij de beantwoording van deze vraag rekening moet worden gehouden met ondernemingsvrijheid,

beleidsruimte en het gevaar van *hindsight bias*,³⁶ zodat de ernstigverwijtmaatstaf daar niets aan toevoegt. De veelgehoorde argumenten dat de ernstigverwijtmaatstaf nodig is om defensief en risicomijdend ondernemerschap tegen te gaan,³⁷ en derhalve om voornoemde ondernemingsvrijheid en beleidsruimte van de bestuurder veilig te stellen,³⁸ gaan om die reden niet op.³⁹ De argumenten gaan voorts per definitie niet op waar het gaat om de hiervoor in paragraaf 6.4 omschreven verbintenissen voortvloeiende uit het collegialiteitsbeginsel. Bij die verbintenissen past – net zoals bij andere bestuurlijke aspecten die niet met 'ondernemen' maar wel met 'besturen' te maken hebben⁴⁰ – immers juist een defensieve, risicomijdende en onderzoekende, kritische, risicoanalyserende houding.⁴¹ Dat houdt collegiaal besturen in en dat heeft onder meer als defensief doel om de rechtspersoon, als abstract rechtssubject, volwaardig deel te kunnen laten uitmaken van het maatschappelijk-economisch verkeer. Met zijn bewaarnemersrol speelt de bestuurder daarin een essentiële rol. De wetsgeschiedenis zegt niet voor niets dat een bestuurder die door medebestuurders wordt belet zijn taak behoorlijk te vervullen, actie dient te ondernemen en in het ergste geval dient af te treden.⁴² Valt hem het *gewone* verwijt te maken dat hij onvoldoende collegiaal toezicht heeft gehouden op medebestuurders, onvoldoende informatie heeft opgevraagd of onvoldoende kritisch is geweest, dan heeft hij zijn eigen taak om collegiaal toezicht te houden onbehoorlijk vervuld, is hij medeverantwoordelijk voor de onbehoorlijke taakvervulling van een medebestuurder en kan hij zich niet disculperen. De door toedoen van de ernstigverwijtmaatstaf al lang uit het oog verloren – maar nog steeds relevante – wetsgeschiedenis bij artikel 2:9 BW zegt niet voor niets dat de mate van schuld (de 'ernst van het verwijt') tussen beide bestuurders voor schade die door onbehoorlijk bestuur is ontstaan bij de rechtspersoon, niet relevant is in de verhouding tot de benadeelde rechtspersoon, maar alleen relevant is voor de regresverhouding tussen de bestuur-

29. Y. Borrius, Taakverdeling en aansprakelijkheid binnen bestuur en raad van commissarissen, in: M. Lückerath-Rovers, B. Bier & H. van Ees e.a. (red.), *Jaarboek Corporate Governance 2012*, Deventer: Kluwer 2012, par. 8.2.

30. M. Mussche, *Vertrouwen op informatie bij bestuurlijke taakvervulling* (diss. Rotterdam; IVOR nr. 83), Deventer: Kluwer 2011, p. 41; Borrius 2012, par. 8.5.3; Hof Amsterdam 21 september 2010, JOR 2011/40 m.nt. Wezeman (Stichting Freule Lauta van Aysma), r.o. 4.31 en 4.32.

31. W. Slagter, *Compendium voor het Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 1993, p. 61.

32. Zie ook Rb. Oost-Brabant 17 december 2014, JOR 2015/129 m.nt. Kortmann (Stichting Bureau Jeugdzorg), r.o. 3.5 en 3.6.

33. Kamerstukken I 2010/11, 31763, C, p. 6: 'Een taakverdeling ontheft een bestuurder niet van de plicht om de werkzaamheden van zijn medebestuurders in het oog te houden.' Zie ook Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3, p. 5: 'Een taakverdeling brengt niet met zich dat de overige bestuurders niet aansprakelijk zijn; evenals in het Nederlandse recht wordt van de andere deelnemers aan het collegiale bestuursorgaan verwacht dat zij zich verzetten tegen nadelige handelingen van een bestuurder als zij daarvan kennis hadden of hadden moeten hebben.'

34. Zie over deze termen Westenbroek 2017 (diss.), par. 3.6.3.

35. Kamerstukken II 1983/84, 16631, 9, p. 2.

36. Kamerstukken II 1983/84, 16631, 6, p. 3-4 en 20: '(...) de rechter [moet] uiteraard steeds rekening houden met alle omstandigheden van het geval en tot een redelijk en billijk oordeel komen. Van de rechter kan echter niet worden gevraagd dat hij op de stoel van de ondernemer plaats neemt. Daarnaast moet worden bedacht dat de grens tussen onbehoorlijk bestuur en bestuur dat weliswaar nadelig voor de vennootschap en haar schuldeisers is uitgepakt, doch dat niet als onbehoorlijk bestuur mag worden aangemerkt, niet steeds even gemakkelijk is te trekken'; Kamerstukken II 1983/84, 16631, 9, p. 2: 'wijsheid achteraf [is] daarbij uit den boze'.

37. Assink e.a. 2011, p. 63.

38. Gevoed door HR 20 juni 2008, NJ 2009/21 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Sniijders (Willemsen/NOM), HR 5 september 2014, NJ 2015/21 m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2014/296 m.nt. M.J. Kroeze (Hezemans Air) en HR 5 september 2014, NJ 2015/22 m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2014/325 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (RCI/Kastrop).

39. Westenbroek 2017 (diss.), par. 5.3.2.

40. Denk bijv. aan het jaarrekeningenrecht.

41. Westenbroek 2017 (diss.), par. 5.3.7.

42. Slagter 1993, p. 61; Kamerstukken II 1983/84, 16631, 6, p. 19 en Kamerstukken I 2010/11, 31763, C, p. 5, 6, 15 en 16.

ders onderling.⁴³ Het systeem komt er in feite op neer dat een individuele bestuurder zich pas kan disculperen wanneer hem – bijvoorbeeld wegens (feitelijk) ‘belet’ – in het geheel geen enkel verwijt valt te maken van de onbehoorlijke taakvervulling van een medebestuurder, oftewel in een situatie die te vergelijken is met een situatie van overmacht in de zin van artikel 6:75 BW.⁴⁴ Dit systeem ‘waarborgt’ de belangen van de rechtspersoon en al degenen die daarbij zijn betrokken.

7 De externe bewaarnemersrol van de eerstegraadsbestuurder

7.1 Inleiding

Bij de met de waarborgfunctie van Boek 2 BW samenhangende bewaarnemersrol van de bestuurder komt ook een externe verantwoordelijkheid kijken. Omdat hij als bestuurder bepaalde (interne) inhoudelijke en collegiale verantwoordelijkheden heeft, kunnen deze leiden tot externe (zorg)plichten. In de wet komt dit op sommige plaatsen naar boven, bijvoorbeeld in de bepalingen waarin is omschreven dat de bestuurder aansprakelijkheid jegens derden of (als gevolg van een tekort) jegens de boedel riskeert (zie bijvoorbeeld art. 2:69/180 lid 2, 2:93/203 lid 2 en 3, 2:207 lid 3, 2:216 lid 3 en 2:138/248 BW). Maar andere bepalingen kunnen ook relevant zijn voor de externe verhoudingen.⁴⁵ Artikel 2:9 BW is een dergelijke bepaling omdat dit bij uitstek een gedrags- en taaknormerend voorschrift is dat ziet op de interne verhouding, maar waar derden (extern) ook op varen. Er gaat daarom een normatieve en maatschappelijke werking uit van artikel 2:9 BW,⁴⁶ die ook van betekenis kan zijn voor de verhouding tussen de bestuurder van de rechtspersoon en een derde.

7.2 De externe bewaarnemersrol en het stakeholdersmodel

De voornoemde bredere maatschappelijke reikwijdte van artikel 2:9 BW blijkt goed uit het antwoord op de vraag wat precies bedoeld wordt met het vennootschappelijk belang van de rechtspersoon, waarop het bestuur zich op grond van artikel 2:9 BW dient te richten, en het daarmee samenhangende vraagstuk of wij in Nederland een ‘stakeholders-model’ of een ‘shareholders-model’ kennen.⁴⁷ De Corporate Governance Code van 8 december 2016, die naar mijn mening een goed idee geeft van ons maatschappelijk denken over de rol en de functie van een bestuurder van een rechtspersoon in Nederland, hoewel deze strikt genomen alleen van toepassing is op beursvennootschappen, zegt in dit verband het volgende:

‘De Code berust op het uitgangspunt dat de vennootschap een lange termijn samenwerkingsverband is van diverse bij de vennootschap betrokken stakeholders. Stakeholders zijn groepen en individuen die direct of indirect het bereiken van de doelstellingen van de vennootschap beïnvloeden of er door worden beïnvloed: werknemers, aandeelhouders en andere kapitaalverschaffers, toeleveranciers, afnemers en andere belanghebbenden. Het bestuur en de raad van commissarissen hebben een verantwoordelijkheid voor de afweging van deze belangen en zijn doorgaans gericht op de continuïteit van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Daarbij streeft de vennootschap naar het creëren van waarde op de lange termijn. Stakeholders moeten erop kunnen vertrouwen dat hun belangen op zorgvuldige wijze worden meegewogen, omdat dit een voorwaarde is voor hen om binnen en met de vennootschap samen te werken. Goed ondernemerschap en goed toezicht zijn essentiële voorwaarden voor stakeholders voor het vertrouwen in het bestuur en het toezicht.’

Het bestuur en de raad van commissarissen hebben dus een verantwoordelijkheid voor de afweging van alle genoemde belangen. Alle stakeholders – hetgeen blijkens voorgaand citaat uitdrukkelijk ook derden kunnen zijn – moeten volgens de Code erop kunnen vertrouwen dat hun belangen op zorgvuldige wijze worden meegewogen, omdat dit een *voorwaarde* is voor hen om binnen én met de vennootschap samen te werken. Dit geldt bij andere rechtspersonen (niet zijnde beursvennootschappen) niet anders. Dit ene citaat bevestigt (1) de waarborgfunctie van het rechtspersonenrecht, (2) het intrinsieke belang daarbij van de rechtspersoon én van de maatschappij en (3) de interne én externe bewaarnemersrol van de bestuurder. Hoewel de bestuurder vanzelfsprekend niet de belangen van een derde boven de belangen van het met de

43. De parlementaire geschiedenis van de voorlopers van art. 2:9 BW bepaalde dan ook: ‘Het ontwerp aanvaardt als algemeen beginsel, dat wanneer twee personen schuld aan het veroorzaken van schade hebben, zij hoofdelijk aansprakelijk worden; de mate van ieders schuld is slechts van belang bij het onderling verhaal als één van hen de gehele schuld heeft voldaan: de benadeelde hoeft zich niet te verdiepen in de mate van schuld van een ieder die jegens hen aansprakelijk is. Er bestaat geen reden, waarom dit beginsel niet eveneens op de aansprakelijkheid van bestuurders ener vereniging zou worden toegepast.’ Zie C.J. van Zeben, W.G. Belifante & O.W. van Ewijk, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 2. Algemene bepalingen*, Deventer/Antwerpen: Kluwer 1962, p. 138, 436 en 541.

44. Westenbroek 2017 (diss.), par. 3.6.3 en 3.6.4. Zie over belet verder Kamerstukken II 2006/07, 31058, 3, p. 95. Belet zou kunnen worden vergeleken met een situatie van overmacht omdat in feite sprake is van een verhindering van de nakoming (vgl. Asser/Sieburgh 6-I 2016/340 over art. 6:74 BW) of onmogelijkheid van nakoming (vgl. C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981, p. 264 e.v. Wanneer het gehele (eenmans)bestuur is belet, zou om dezelfde reden bezwaarlijk van ‘onbehoorlijk’ bestuur kunnen worden gesproken, zodat in dat geval in het geheel niet aan de aansprakelijkheidsvraag wordt toegekomen.

45. Vgl. Rb. Midden-Nederland 30 april 2014, JOR 2014/291 m.nt. W.J.M. van Andel (Stichting Daidalos), r.o. 5.15 m.b.t. art. 2:10 BW.

46. Vgl. G.H. Potjewijd, *Vrijwaring voor bestuurders en commissarissen*, Ondernemingsrecht 2003/16.

47. Zie B. Kemp, *Aandeelhoudersverantwoordelijkheid: de positie en rol van de aandeelhouder en aandeelhoudersvergadering* (VDHI nr. 129), Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 3.6 en de daarin genoemde bronnen; M.M. Mendel & W.J. Oostwouder, *Het vennootschappelijk belang na recente uitspraken van de Hoge Raad*, NJB 2013/1776 en de daarin genoemde bronnen.

rechtspersoon beoogde samenwerkingsverband hoeft te plaatsen en primair de belangen van dit samenwerkingsverband dient, betekent dat niet dat de bestuurder in het geheel geen rekening hoeft te houden met de belangen van derden of geen enkele zorgvuldigheidsverplichting heeft jegens die derden.

Integendeel, er bestaat een driehoeksverhouding tussen de rechtspersoon, de bestuurder en de derde waarbij de derde gelet op de eerder omschreven waarborgfunctie van het rechtspersonenrecht erop moet kunnen vertrouwen dat het door de wetgever in Boek 2 neergelegde dwingendrechtelijk systeem van *checks and balances* wordt nageleefd. Dat vertrouwen is, zoals hiervoor uiteengezet, op zijn beurt in het belang van het samenwerkingsverband. Dit verklaart waarom de belangen van de crediteuren onder de noemer 'vennootschappelijk belang' (beter zou zijn te spreken van: rechtspersoonlijk belang) vaak in één adem worden genoemd met de belangen van direct betrokkenen bij het voornoemd samenwerkingsverband, zoals aandeelhouders en werknemers.⁴⁸ Onder voornoemd dwingendrechtelijk systeem valt ook de verplichting van de bestuurder om zijn taak (inhoudelijk en collegiaal) behoorlijk te vervullen. Omdat de wetgever als uitgangspunt heeft genomen dat de bestuurder instaat voor zijn kwaliteiten als zodanig en niet handelt op een wijze die 'verstandige ondernemers in dezelfde of aanverwante branche van bedrijvigheid als onbehoorlijk zouden beschouwen',⁴⁹ moet een derde daar enig vertrouwen aan kunnen ontlelen. Ook de derde moet in zekere zin erop kunnen vertrouwen dat de bestuurder handelt met 'het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult'.⁵⁰ Handelt een bestuurder niet zo, als gevolg waarvan de derde schade lijdt, dan kan deze in beginsel interne verantwoordelijkheid tot externe aansprakelijkheid leiden.

7.3 De externe bewaarnemersrol in wet en rechtspraak

Verstrekkende voorbeelden van het feit dat de in zekere zin interne verantwoordelijkheden tot externe aansprakelijkheid kunnen leiden, zijn vastgelegd in de hiervoor in paragraaf 7.1 genoemde artikelen 2:69/180 lid 2 (inschrijving vennootschap in handelsregister), 2:93/203 lid 2 en 3 (rechtshandelingen voor inschrijving), 2:207 lid 3 (besluit tot verkrijging eigen aandelen), 2:216 lid 3 (dividenduitkeringen) en 2:138/248 BW (kennelijk onbehoorlijke taakvervulling). Deze laatste bepaling, die ex artikel 2:50a en 2:300a BW ook geldt voor commerciële verenigingen en stichtingen, laat bij uitstek zien dat een interne verantwoordelijkheid (de bestuurstaak behoorlijk vervullen) kan leiden tot externe aansprakelijk-

heid.⁵¹ Maar ook artikel 2:9 BW speelt een belangrijke – zo niet de belangrijkste – rol bij externe bestuurdersaansprakelijkheid. Niet uitdrukkelijk en niet als rechtsgrond, maar via de band van artikel 6:162 BW, zo blijkt uit de rechtspraak. Het bekendste voorbeeld is het standaardarrest Beklamel uit 1989,⁵² dat later in het arrest Ontvanger/Roelofsen uit 2006 als eerste variant voor externe bestuurdersaansprakelijkheid wordt genoemd. Op grond van de Beklamel-norm kan een bestuurder aansprakelijk zijn jegens een derde op grond van artikel 6:162 BW omdat hij een overeenkomst met een derde is aangegaan, terwijl hij 'behoorde te weten' dat de rechtspersoon zijn verplichtingen niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden voor de daardoor ontstane schade. Dit 'behoren te weten' heeft een objectiverende factor⁵³ in zich die samenhangt met de op artikel 2:9 BW gebaseerde verplichting van bestuurders om hun taken zowel inhoudelijk als collegiaal behoorlijk te vervullen en die gelet op de voornoemde bewaarnemersrol mede kan strekken ter bescherming van derden.⁵⁴ Ook al 'wist' de bestuurder het niet, als hij het gelet op artikel 2:9 BW had 'behoren te weten', kan een derde de bestuurder daarop aanspreken. De derde moet gelet op de waarborgfunctie van het rechtspersonenrecht van Boek 2 BW immers vertrouwen kunnen ontlelen aan het feit dat de wetgever van de bestuurder verlangt dat deze zijn taak vervult overeenkomstig de bewaarnemersrol die hij heeft. Een bestuurder A die, door een eigen gebrekkige collegiale taakvervulling, geen kennis heeft van de bij zijn medebestuurder B aanwezige kennis dat een overeenkomst die bestuurder A beoogt aan te gaan niet zal kunnen worden nagekomen en dat de rechtspersoon geen verhaal zal bieden, zal daarom net zo goed worden geraakt door de Beklamel-norm. Zijn gebrekkige collegiale taakvervulling zorgt er immers voor dat gesteld kan worden dat hij 'behoorde te weten' dat de rechtspersoon de overeenkomst niet kon nakomen en geen verhaal bood. Hetzelfde geldt voor bestuurder B die door een eigen gebrekkige collegiale taakvervulling geen kennis heeft van het oogmerk van zijn medebestuurder A een overeenkomst aan te gaan (die vervolgens ook wordt aangegaan), terwijl bestuurder B bij kennis van dat oogmerk zou hebben geweten of behoren te weten dat de rechtspersoon deze overeenkomst niet zou kunnen nakomen noch verhaal zou bieden. Bestuurder B had dan immers moeten ingrijpen en het nalaten om dat te doen zou aangemerkt kunnen worden als een schending van een zorgvuldigheidsverplichting jegens de derde. Ook de in Ontvanger/Roelofsen genoemde tweede variant waarop aansprakelijkheid kan worden gebaseerd, is een duidelijk voorbeeld waarin de bewaarnemersrol

51. Westenbroek 2017 (diss.), par. 3.7.5 en de daarin genoemde bronnen.

52. HR 6 oktober 1989, NJ 1990/286 m.nt. Macijer (Beklamel).

53. Deze objectiverende factor komt ook terug in de eerdergenoemde art. 2:93/203, 2:207 lid 3 en 2:216 lid 3 BW ('wisten of redelijkerwijs konden weten').

54. Vgl. HR 26 juni 2009, JOR 2009/221 m.nt. Y. Borrius (Eurocommerce) en r.o. 3.10 van de conclusie van A-G Timmerman, waarin Timmerman in het kader van de Beklamel-norm benadrukt dat deze objectivering in het bijzonder gepast is in geval een norm van toepassing is 'die beoogt een bepaalde partij die door de handelwijze van een andere partij benadeeld kan worden te beschermen, zoals de Beklamel-norm'.

48. De rechtspersoon heeft – als abstract rechtssubject – geen 'werkelijk' belang. Het zijn de betrokkenen daarbij (aandeelhouders, leden, werknemers, enz.) die een 'belang' hebben en hun gezamenlijke belangen zouden als een 'verzamelbelang' van de rechtspersoon kunnen worden gezien dat het bestuur in bepaalde situaties dient af te wegen tegen belangen van individuele crediteuren.

49. Kamerstukken II 1983/84, 16631, 9, p. 2.

50. Vgl. HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 m.nt. J.M.M. Macijer (Staleman/Van de Ven), r.o. 3.3.1.

uit Boek 2 BW terugkomt. Die tweede variant houdt in dat een bestuurder heeft ‘toegelaten’ dat een rechtspersoon zijn (wettelijke) verplichtingen niet nakomt. Deze variant, de zogenaemde ‘nakomingsfrustratie-norm’,⁵⁵ is gebaseerd op het reeds in 1958 gewezen arrest Van Dullemen/Sala⁵⁶ en impliceert dat de bestuurder een bepaalde actieve rol dient te spelen in de naleving van wettelijke en contractuele verplichtingen van de rechtspersoon door hemzelf en door medebestuurders. Doet hij dat niet of frustrereert hij de naleving van genoemde verplichtingen zelfs,⁵⁷ dan riskeert hij aansprakelijkheid jegens derden.

7.4 Bewaarnemersrol vult maatschappelijke betamelijkheid ex artikel 6:162 BW in

Men zou het ook zo kunnen zeggen: de bewaarnemersrol die de bestuurder heeft, vult in welke maatschappelijke betamelijkheid in de zin van artikel 6:162 BW voor hem jegens derden geldt wanneer hij de rechtspersoon bestuurt en/of vertegenwoordigt. De in het kader van de Beklamel-norm relevante vraag over welke kennis een bestuurder ‘behoort te beschikken’ wordt daarom ingevuld door artikel 2:9 BW. Vergelijk het met het besturen van een auto. Als iemand eenmaal zijn rijbewijs heeft gehaald, wordt hij geacht in te staan voor zijn kwaliteiten om een auto te kunnen besturen en dit te doen met het inzicht en de zorgvuldigheid die van een autobestuurder mag worden verwacht. De bestuurder heeft in de eerste plaats een verantwoordelijkheid voor de inzittenden van zijn auto (intern), maar dat neemt niet weg dat hij als bestuurder van de auto ook een verantwoordelijkheid heeft jegens andere gebruikers van de openbare ruimte waarin hij de auto gebruikt (extern).⁵⁸ Artikel 2:9 BW geldt niet voor een gewone werknemer (de passagier van de auto), voor wie de voormelde maatschappelijke betamelijkheid ex artikel 6:162 BW dus niet mede ingevuld wordt door de (aanvullende) normen van artikel 2:9 BW. Oftewel: het feit dat iemand bestuurder is van een rechtspersoon en niet bijvoorbeeld een conciërge, secretaresse, loodgieter of manager verbonden aan die rechtspersoon, zorgt ervoor dat op hem bepaalde aanvullende maatschappelijke

betamelijkheidsnormen (zorgvuldigheidsverplichtingen) jegens derden komen te rusten wanneer hij als bestuurder voor de rechtspersoon optreedt. Dat is overigens helemaal niet bijzonder. Voor veel beroepsbeoefenaren (dat is de bestuurder ook in zekere zin⁵⁹), zoals artsen, advocaten, notarissen enzovoort, bestaan nadere voorschriften die leiden tot snellere aansprakelijkheid jegens derden.⁶⁰

Hoewel de verantwoordelijkheid voor een behoorlijke taakvervulling in eerste instantie er een is jegens het samenwerkingsverband dat is beoogd met de rechtspersoon, dient deze dus in een bredere maatschappelijke context te worden geplaatst omdat de op bestuurders rustende dwingendrechtelijke normen kunnen doorspelen in het maatschappelijk verkeer. Een tekortkoming in de nakoming van de in beginsel interne verantwoordelijkheden van de bestuurder kan daarom *extern* gevolgen hebben. Assink stelde dat het in de rede ligt de maatman-bestuurder evenzeer tot uitgangspunt te nemen in de externe aansprakelijkheidsanalyse op de voet van artikel 6:162 BW.⁶¹ Dat lijkt mij gelet op het voorgaande juist. Waar het op neerkomt, is dat de bestuurder van een rechtspersoon (1) een bepaalde geobjectiveerde kennisvoorsprong⁶² heeft ten opzichte van de wederpartij (wist of behoorde te weten; vergelijk de Beklamel-norm) en (2) een bepaalde geobjectiveerde macht heeft om de rechtspersoon al dan niet bepaalde handelingen te laten verrichten en/of verplichtingen te laten aangaan en nakomen (vergelijk de nakomingsfrustratie-norm uit Van Dullemen/Sala). Dat hangt namelijk onlosmakelijk samen met het feit dat de bestuurder een op de waarborgfunctie van het ondernemingsrecht gebaseerde bewaarnemersrol vervult voor de belangen betrokken bij de rechtspersoon. Uit die bewaarnemersrol vloeit een zekere zorgplicht⁶³ voort om zorgvuldig met die kennis of die machtspositie om te gaan jegens derden.⁶⁴ In de regel leidt de toepassing van zorgplichten tot een *verschert* schuldbegrip (dus schuld wordt sneller aangenomen). Uit zorgplichten kunnen bijvoorbeeld onder-

55. Westenbroek 2017 (diss.), par. 9.2.2.

56. HR 31 januari 1958, NJ 1958/251 (Van Dullemen/Sala), waarnaar expliciet wordt verwezen in HR 18 februari 2000, NJ 2000/295 m.nt. J.M.M. Maeijer (New Holland Belgium/Oosterhof), waarnaar op zijn beurt wordt verwezen in HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen).

57. Bijv. door nagenoeg alle vermogensbestanddelen te onttrekken (‘leegtrekken’), door bepaalde vermogensbestanddelen buiten de vennootschap te houden, door middel van uitkeringen op aandelen en/of het selectief verrichten van onverplichte betalingen. Zie o.a. HR 26 maart 2010, NJ 2010/189 (Zandvliet/ING Bank), HR 11 september 2009, NJ 2009/565 m.nt. H.J. Snijders en P. van Schilfgaarde (Comsys/Van den End q.q.), HR 17 juni 2005, JOR 2005/234 m.nt. S.M. Bartman (De Berghorst/Maas), HR 3 april 1992, NJ 1992/411 m.nt. J.M.M. Maeijer (Van Waning/Van der Vliet), Hof ’s-Hertogenbosch 16 maart 2010, RN 2013/17 (X./Etesmi), Hof Amsterdam 27 maart 2012, RN 2012/96, Hof Arnhem 27 november 2012, JIN 2013/9 m.nt. F.M. van Peski en P.J. Peters, Rb. Utrecht 7 november 2012, RO 2013/12 (DAM Invest/X.) en Rb. Arnhem 14 december 2011, ECLE:NL:RBARN:2011:BV0508 (Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters).

58. Het is maar een eenvoudige vergelijking die natuurlijk nooit helemaal op zal gaan.

59. Van oudsher wordt de bestuurder ook met de beroepsbeoefenaar vergeleken (zie Eykman 1986, p. 90) en wordt de relatie tussen de rechtspersoon en de bestuurder aangemerkt als een opdracht- en/of lastgevingsrelatie (zie Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/195 en J.G. Kist & L.E. Visser, *Beginselen van handelsrecht volgens de Nederlandsche wet* (derde deel), Den Haag: Belinfante 1914, p. 511).

60. L. Timmerman, *Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid*, in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen* (VDHI nr. 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 25-40, zoals eerder verschenen in WPNR 2016/7105, par. 8. Zie Westenbroek 2017 (diss.), par. 10.5.6 voor talloze voorbeelden uit de jurisprudentie.

61. B.F. Assink & W.J. Slagter, *Compendium voor het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1106.

62. Timmerman 2016, par. 13 wijst er ook op dat een superieure kennis van de bestuurder ten opzichte van een gemiddelde (maatman-)bestuurder van betekenis is voor het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag.

63. Vgl. B.F. Assink, *De Januskop van het ondernemingsrecht. Over facilitering en regulering van ondernemerschap*, *Ondernemingsrecht 2010/50*, par. 60.

64. Tegelijkertijd zou kunnen worden betoogd dat een derde die bekend is met dezelfde informatie die de bestuurder wordt geacht te hebben of bijv. uitdrukkelijk is gewaarschuwd dat een te sluiten overeenkomst niet zal kunnen worden nagekomen en dat er geen verhaal zal zijn, zich niet zonder meer kan beroepen op art. 6:162 BW, althans eigen schuld treft.

zoeksplichten voortvloeiende, die meebrengen dat een beroep op onwetendheid minder snel verschoonbaar zal worden geacht.⁶⁵ Om een lang verhaal kort te maken: de bewaarnemersrol geeft invulling aan de maatschappelijke betamelijkheid die een bestuurder heeft na te leven jegens een derde.

7.5 Ernstigverwijtmaatstaf past niet bij waarborgfunctie en externe bewaarnemersrol

Gelet op al het voorgaande is niet te begrijpen dat de Hoge Raad in zijn jurisprudentie over externe bestuurdersaansprakelijkheid sinds het arrest *Ontvanger/Roelofsen* uit 2006 gebruik maakt van de ernstigverwijtmaatstaf. De Hoge Raad belijdt hiermee met de mond namelijk een hogere drempel voor aansprakelijkheid, terwijl zijn eigen rechtspraak (grotendeels) inhoudelijk juist getuigt van een 'lagere drempel',⁶⁶ die wordt gerechtvaardigd door de hoedanigheid van de bestuurder (en de daarmee samenhangende geobjectiverde kennis en machtspositie). Daardoor rusten op de bestuurder juist verdergaande externe zorgplichten dan op andere betrokkenen bij de rechtspersoon. Dat de Hoge Raad in *Ontvanger/Roelofsen* alleen maar met de mond een hogere drempel belijdt, blijkt uit het feit dat in dit arrest de *Beklamel-norm* uit 1989 én de *nakomingsfrustratie-norm* uit 1958 gewoon worden herhaald. In *Ontvanger/Roelofsen* is er alleen een semantisch 'ernstigverwijtjasje' omheen gedaan. Dat jasje is in latere rechtspraak verder onderbouwd met stellingen als (1) dat voor aansprakelijkheid van bestuurders 'hogere eisen' gelden 'dan in het algemeen het geval is' en (2) dat de maatstaf een 'hogere drempel' voor aansprakelijkheid inhoudt dan de 'gewone regels van onrechtmatige daad'. Die 'hogere drempel' wordt op zijn beurt onderbouwd met stellingen dat een bestuurder moet kunnen ondernemen en dat hij namens de rechtspersoon handelt (in welk verband wordt gesproken over zogenoemde 'secundaire aansprakelijkheid').⁶⁷ Dat een bestuurder moet kunnen ondernemen en niet namens zichzelf maar namens de rechtspersoon handelt, zijn uiterst valide constatering, maar vormen rechtstheoretisch geen enkele basis voor de genoemde 'hogere drempel' en 'ernstigverwijtmaatstaf'.⁶⁸ De *Beklamel-norm* én de *nakomingsfrustratie-norm*, die dateren van vóór deze hoge drempel en ernstigverwijtmaatstaf, worden anno 2018 dan ook nog steeds gezien als geldend recht. Ten aanzien van situaties die binnen het normenkader van de *Beklamel-norm* en de *nakomingsfrustratie-norm* passen, vormen de hoge drempel

en de ernstigverwijtmaatstaf zoals gezegd dus niets meer dan een semantisch jasje. Tegelijkertijd heeft dat ernstigverwijtjasje op derden die eerstegraadsbestuurders ex artikel 6:162 BW willen aanspreken, in feitelijke zin wel een zwaardere stelplicht en bewijslast gelegd (namelijk dat de derde een 'ernstig verwijt' moet stellen en bewijzen) dan artikel 6:162 BW⁶⁹ vereist. Die stelplicht en bewijslast doen afbreuk aan voornoemde waarborgfunctie van het dwingendrechtelijk rechtspersonenrecht. Dit blijkt vooral in situaties die niet precies binnen voormeld normenkader passen, hetgeen in het relatief korte verleden leidde tot rechtspraak die de nodige vragen en kritiek heeft opgeleverd,⁷⁰ in een enkel geval omdat de Hoge Raad de hoge drempel niet alleen met de mond beleed, maar deze ook de facto toepaste, waardoor de bestuurder niet aansprakelijk werd geacht, terwijl toch wel buiten kijf stond dat deze zijn externe bewaarnemersrol bepaald niet zorgvuldig had vervuld. De waarborgfunctie van het dwingendrechtelijk rechtspersonenrecht raakt daarmee in geding.⁷¹ Dat de ernstigverwijtmaatstaf niet past in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht blijkt ook als men de bewaarnemersrol van de tweedegraadsbestuurder onder de loep neemt, meer specifiek in het licht van het hierna te bespreken arrest *Le Roux Fruit Exporters*, waarin de ernstigverwijtmaatstaf heeft geleid tot het resultaat dat een tweedegraadsbestuurder, zonder duidelijke normatieve of maatschappelijk-economische rechtvaardiging, in een nadeligere processuele rechtspositie is komen te verkeren ten opzichte van een eerstegraadsbestuurder.

8 De bewaarnemersrol van de tweedegraadsbestuurder

8.1 Algemeen

Hetgeen hiervoor in paragraaf 5, 6 en 7 is omschreven met betrekking tot de verhouding tussen eerstegraadsbestuurders en (crediteuren van) de rechtspersoon geldt exact hetzelfde voor de verhouding tussen bestuurders van een rechtspersoonbestuurder en (crediteuren van) de onderliggende rechtspersoon (zogenoemde tweedegraadsbestuurders). De rechtsper-

65. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 14.2 (online bijgewerkt tot 15 juli 2014). Zie voorts HR 6 december 2013, NJ 2014/167 m.nt. Van Schilfgaarde (Fortis), r.o. 4.2.1.

66. De term 'lagere drempel' is overigens net zo ongelukkig als de door de Hoge Raad gebezigde term 'hogere drempel'. Ik hanteer deze term hier uitsluitend om te laten zien dat de term 'hogere drempel' per definitie niet op zijn plaats is. Uiteindelijk moet niet worden gesproken over 'hoge of lage drempels' (hoog of laag ten opzichte van wat?), maar over de door art. 6:162 BW gehanteerde termen 'inbreuk op een recht', 'een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht' of 'een handelen in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid'.

67. Zie HR 23 november 2012, NJ 2013/302 m.nt. P. van Schilfgaarde (Spaanse Villa), HR 5 september 2014, NJ 2015/21 m.nt. P. van Schilfgaarde (Hezemans Air) en HR 5 september 2014, NJ 2015/22 m.nt. P. van Schilfgaarde (RCI/Kastrop).

68. Zie de bronnen genoemd in noot 4.

69. *Westenbroek 2017* (diss.), par. 10.9.

70. Ik doel o.a. op het in noot 67 genoemde Spaanse *Villa*, dat tot veel ophef leidde. Zie de bronnen in *Westenbroek 2017* (diss.), par. 1.2.1, noot 17.

71. Ik doel op het in noot 67 genoemde *RCI/Kastrop*. Zie *Westenbroek 2017* (diss.), par. 10.2.6 en de daarin genoemde bronnen, zoals W.J.M. van Veen, *Ontwikkelingen jurisprudentie Hoge Raad ondernemingsrecht*, WPNR 2016/7102, p. 265-282, par. 3.4; J.H.L. Beckers, *Bestuurdersaansprakelijkheid en het vestigen van een 'tweederangs' pandrecht*, Bb 2015/6; A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid na Van de Riet/Hoffmann: over hoe het is, hoe het was en zou moeten zijn*, WPNR 2015/7052, p. 209-220; A. Karapetian, *RCI Financial Services/Kastrop & mededelingsplichten van de bestuurder van een vennootschap: hoe het strafrecht ons een handje helpt*, TvI 2015/51, afl. 6, p. 336 e.v.

soon-bestuurder valt daar als het ware tussenuit,⁷² omdat deze als abstract rechtssubject niet ‘echt’ kan handelen, nalaten of kennis kan hebben, laat staan kan ‘besturen’. De mogelijkheid dat deze rechtspersoon ook bestuurder van een andere rechtspersoon is, brengt daarom noodzakelijkerwijs en redelijkerwijs met zich dat de op hem ex artikel 2:9 BW rustende verbintenissen tot het vervullen van de inhoudelijke en collegiale bestuurstaak en de op hem ex artikel 6:162 BW rustende (zorgvuldigheids)verplichtingen een-op-een getransponeerd worden op en gelden voor de (indirect) natuurlijk persoon-bestuurders van die rechtspersoon-bestuurders. Zij zullen immers de facto moeten besturen. Zij hebben daarom op grond van artikel 2:9 BW intern een collectieve verantwoordelijkheid alsof zij eerstegraadsbestuurder zijn van de onderliggende rechtspersoon. Dit brengt met zich dat indien het handelen en/of nalaten van natuurlijk persoon-bestuurders mede in het licht van de bij hen persoonlijk aanwezige kennis ieder afzonderlijk bezien niet per definitie ‘onbehoorlijk’ is, maar samengesmolten⁷³ in het bestuursorgaan van de onderliggende rechtspersoon wel onbehoorlijk is, ieder van deze natuurlijk persoon-bestuurders aansprakelijk is ex artikel 2:9 jo. artikel 2:11 BW. Individuele disculpatie blijft uiteraard mogelijk, maar dit kan naar mijn mening – behoudens indien zoals gezegd sprake is van belet – niet leiden tot de situatie dat geen enkele natuurlijk persoon-bestuurder aansprakelijk is ex artikel 2:9 jo. artikel 2:11 BW. Dat zou artikel 2:9 jo. artikel 2:11 BW namelijk een wassen neus maken. Voor externe bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW geldt hetzelfde. Als de rechtspersoon-bestuurder ex artikel 6:162 BW aansprakelijk is, zal daarom in beginsel⁷⁴ ten minste één van de achterliggende tweedegraads natuurlijk persoon-bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn op grond van artikel 6:162 BW.

8.2 *Le Roux Fruit Exporters en de processuele positie van de tweedegraadsbestuurder*

Begin 2017 heeft de Hoge Raad het arrest *Le Roux Fruit Exporters*⁷⁵ gewezen. Daarin werd geoordeeld dat wanneer de rechtspersoon-bestuurder ex artikel 6:162 BW aansprakelijk is, in beginsel alle achterliggende tweedegraadsbestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn met de rechtspersoon-bestuurder op grond van artikel 2:11 jo. artikel 6:162 BW. Hiermee is een langdurige discussie in de literatuur⁷⁶ over de vraag of artikel

2:11 BW ook van toepassing is op de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder op grond van artikel 6:162 BW (voorlopig) beslecht. Terwijl in de literatuur vooral aandacht is geweest voor de beslechting van deze discussie,⁷⁷ heeft het arrest echter een groter belang, dat mijns inziens nog onvoldoende aandacht heeft gekregen.⁷⁸ Daartoe geldt het volgende.

Door te oordelen dat artikel 2:11 BW ook van toepassing is op aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder op grond van artikel 6:162 BW, kwam de Hoge Raad voor een dilemma te staan. Volgens de heersende leer van de Hoge Raad sinds het arrest *Ontvanger/Roelofsen* is voor externe bestuurdersaansprakelijkheid van een bestuurder ex artikel 6:162 BW zoals gezegd immers vereist dat de derde stelt en zo nodig bewijst dat iedere bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt valt te maken (de ernstigverwijtmaatstaf). Uit artikel 2:11 BW volgt echter dat als de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder is komen vast te staan, de hoofdelijke aansprakelijkheid van alle (tweedegraads) natuurlijk persoon-bestuurders in beginsel vaststaat, tenzij zij zich kunnen disculperen. Oftewel: in tegenstelling tot bij eerstegraadsbestuurders, zou de derde bij tweedegraadsbestuurders niet ten aanzien van ieder van de individuele bestuurders hoeven te stellen en zo nodig te bewijzen dat hen persoonlijk een ernstig verwijt treft. Onvoorwaardelijke toepassing van artikel 2:11 BW op externe bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW zou dus afbreuk doen aan de heersende leer die toepassing van de ernstigverwijtmaatstaf voorschrijft.

Terwijl het genoemde dilemma een goede aanleiding zou zijn geweest voor de Hoge Raad om de ernstigverwijtmaatstaf nader onder de loep te nemen en te heroverwegen,⁷⁹ koos de Hoge Raad er (kennelijk) voor de ernstigverwijtmaatstaf vooralsnog te handhaven en een oplossing te zoeken in de verdeling van stelplicht en bewijslast. Hij overwoog dat de in beginsel ex artikel 2:11 jo. artikel 6:162 BW hoofdelijk aansprakelijke bestuurders aan aansprakelijkheid kunnen ontkomen door te stellen en zo nodig te bewijzen dat hen géén ernstig verwijt treft. Dit zou, aldus de Hoge Raad, recht doen ‘zowel aan de ratio van art. 2:11 BW als aan de vereisten voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW’. Een echte oplossing is dit echter niet.⁸⁰

72. Niettegenstaande het feit dat de rechtspersoon-bestuurder op grond van art. 2:9 en 6:162 BW zelf aansprakelijk zal zijn doordat het handelen/nalaten/de wetenschap van bestuurders in de context van art. 2:9 of 6:162 BW aan de rechtspersoon-bestuurder kan worden toegerekend (ook via vertegenwoordiging). Zonder toerekening kan de rechtspersoon-bestuurder als abstracte rechtsvorm immers niet handelen of nalaten of over kennis beschikken. Zie *Westenbroek 2017* (diss.), par. 10.4, 11.4, 11.6 en 11.7. Zie ook B.M. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen* (diss. Nijmegen; O&R nr. 98), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

73. Die samensmelting is het gevolg van toerekening van handelen, nalaten en wetenschap van de tweedegraadsbestuurders aan de rechtspersoon-bestuurder.

74. In *Westenbroek 2017* (diss.), par. 11.6 licht ik toe dat dit niet altijd het geval hoeft te zijn.

75. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (*Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters*).

76. Zie de bronnen in *Westenbroek 2017* (diss.), par. 11.1 en 11.5.2.

77. Het arrest is onder meer geannoteerd door: T.M.C. Arons in *MvO 2017*, afl. 5-6; A.F.J.A. Leijten in *JOR 2017/121*; P. van Schilfgaarde in *NJ 2017/215*; M. Mussche en Y. Borrius in *Ondernemingsrecht 2017/79*. Het wordt voorts besproken door H.J. Vetter, *Waarom zou de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad zijn uitgesloten?* HR 17 februari 2017: art. 2:11 BW en onrechtmatige daad – de Hoge Raad kiest (terecht?) voor eenheid, *O&F* (25) 2017, afl. 4, p. 63-72.

78. Zie hierover meer in: *Westenbroek 2017* (diss.), hoofdstuk 11.

79. Zoals toen reeds bepleit in *Westenbroek, Ondernemingsrecht 2015/69* en *Westenbroek, Ondernemingsrecht 2016/24*.

80. Zie in dit verband ook de wijze waarop Vetter 2017, par. 6 en 7, het arrest besprekt.

De benadering van de Hoge Raad leidt er namelijk toe, zoals ook Hanegraaf constateert in zijn proefschrift,⁸¹ dat tweedegraadsbestuurders in zaken die betrekking hebben op externe bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:11 jo. artikel 6:162 BW, in een – zo lijkt het gelet op de eigen bewoordingen van de Hoge Raad – nadeligere bewijspositie zijn komen te verkeren dan eerstegraadsbestuurders. Voor dit onderscheid bestaat geen normatieve of maatschappelijk-economische rechtvaardiging en die wordt ook niet door de Hoge Raad gesteld. Hanegraaf bepleit daarom dat de bescherming van eerstegraadsbestuurders door middel van de ernstigverwijtmaatstaf ook voor tweedegraadsbestuurders zou moeten gelden. Ik meen dat de oplossing ergens anders ligt. Die oplossing is dat het door Le Roux Fruit Exporters gecreëerde onderscheid moet worden weggenomen door te onderkennen dat de benadering van de Hoge Raad in Le Roux Fruit Exporters de juiste is en ook moet worden toegepast bij eerstegraadsbestuurders, zij het zonder gebruikmaking van de ernstigverwijtmaatstaf.⁸² Deze benadering is niet een gevolg van de toepasselijkheid van artikel 2:11 BW⁸³ op externe bestuurdersaansprakelijkheid (ik deel de visie van de tegenstanders van deze benadering),⁸⁴ maar van de in deze bijdrage genoemde waarborgfunctie van Boek 2 BW en de daarmee samenhangende bewaarnemersrol van de bestuurder. Ik licht dat hierna toe.

8.3 Processuele positie bestuurder hangt samen met waarborgfunctie en bewaarnemersrol

Zoals hiervoor uiteengezet, kunnen derden die met de rechtspersoon handelen een bepaald vertrouwen ontleen aan Boek 2 BW, dat de rechtspersoon een plaats geeft in het maatschappelijk verkeer. In dit verband moet worden vastgesteld dat in Boek 2 BW is bepaald dat het bestuur als *geheel* wordt geacht de rechtspersoon te besturen en te vertegenwoordigen. Dat is voor de vereniging, de kapitaalvennootschap en de stichting vastgelegd in de artikelen 2:44, 2:45, 2:129/239, 2:130/240,

2:291 en 2:292 BW. Het aan de wet ten grondslag liggende beginsel van collegiaal bestuur komt volgens Kroeze onder meer tot uitdrukking in juist deze bepalingen.⁸⁵ Derden mogen daarom in beginsel erop vertrouwen dat het bestuur van een rechtspersoon waarmee zij handelen als orgaan op de hoogte is van het handelen van individuele bestuurders en dat beslissingen die deze derden raken, zijn genomen door het bestuur als orgaan. In dit verband moet voorts worden gewezen op de volgende opmerking van de minister bij de totstandkoming van artikel 2:11 BW:

‘dat het feit dat een rechtspersoon bestuurder is, het voor degene die de bestuurder-rechtspersoon aanspreekt niet gemakkelijker maakt, vast te stellen tot wie hij zijn aanspraak moet richten. Het kan immers zijn dat elk van de bestuurders van de bestuurder-rechtspersoon zich op verschillende tijden feitelijk met het bestuur heeft bezig gehouden. Tot wie moet men zich dan richten? Door hen allen hoofdelijk aansprakelijk te maken wordt die moeilijkheid vermeden.’⁸⁶

Een belangrijke gedachte achter de hoofdelijke aansprakelijkheid van artikel 2:11 BW was dus de onduidelijkheid die kan bestaan over de vraag welke (tweedegraads)bestuurders van *de rechtspersoon-bestuurder* zich met het bestuur van de *onderliggende* rechtspersoon hebben beziggehouden. Terwijl deze gedachte evengoed speelt bij de vraag naar interne aansprakelijkheid van eerstegraadsbestuurders (hoe moet een opvolgend bestuur/de curator bij artikel 2:9 BW-aansprakelijkheid erachter komen of iedere specifieke bestuurder zich van zijn inhoudelijke en collegiale bestuurstaken heeft gekweten?), geldt deze gedachte des te meer bij externe aansprakelijkheid van zowel eerstegraads- als tweedegraadsbestuurders. Vaak zal een derde in het geheel niet weten welke bestuurder verantwoordelijk is geweest voor beslissingen die hem raken, zeker niet wanneer deze derde alleen maar van doen heeft gehad met personeel of managers die zelf geen bestuurder zijn maar wel vertegenwoordigingsbevoegd waren.⁸⁷ De derde zal dan ook veelal uitsluitend aan zijn stelplicht, dat sprake is van een van de twee bedoelde verschijningsvormen van externe bestuurdersaansprakelijkheid als omschreven in Ontvanger/Roelofsen, kunnen voldoen door zich te baseren op hem (achteraf) bekend geworden informatie aangaande de rechtspersoon als geheel (zoals jaarrekeningen, faillissementsverslagen en/of eventuele informatie verkregen van andere derden), welke informatie niet iets hoeft te zeggen over de wetenschap van een specifieke bestuurder. De derde zal uit deze informatie vaak alleen iets kunnen herleiden over de geobjectiveerde wetenschap van het bestuur als geheel, als groep. Indien een derde meent benadeeld te zijn door de eerste in Ontvanger/

81. C.E.J.M. Hanegraaf, Art. 2.11 BW, doorgeefluik van bestuurdersaansprakelijkheid (diss. Leiden; IVOR nr. 106), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 217, die stelt dat de betreffende tweedegraadsbestuurders door deze gang van zaken een procesueel nadeel hebben ten opzichte van eerstegraadsbestuurders.

82. Waarvoor ik in par 6.5 en 7.5 reeds kort – onder verwijzing naar bronnen – de argumenten heb aangedragen.

83. Vetter 2017, par. 6 constateert terecht dat er weinig basis in de wetgeschiedenis bestaat voor toepasselijkheid van art. 2:11 BW op art. 6:162 BW.

84. M.L. Lennarts, ‘Piercing the corporate director’. Over de (on)zin van art. 2:11 BW en art. 106a lid 2 Fw, in: G. van Solinge e.a. (red.), Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied (VDHI nr. 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 174 handhaaft ook na Le Roux Fruit Exporters dit standpunt. Zie verder Honée 1986, p. 103; J.B. Wezeman, Aansprakelijkheid van bestuurders (diss. Groningen; IVOR nr. 29), Deventer: Kluwer 1998, p. 372; M.L. Lennarts, Concernaansprakelijkheid (diss. Groningen; IVOR nr. 32), Deventer: Kluwer 1998, p. 262 e.v.; J.P. Hellinga, Persoonlijke verwijtbaarheid en art. 2:11 BW: gaat dat samen?, FIP 2013, afl. 3, p. 82-86; de annotaties van Van Bekkum en Roest bij Hof Arnhem-Leeuwarden 25 november 2014, JOR 2015/3 m.nt. J. van Bekkum (De Vries Yacht- en Interieurbouw) respectievelijk Rb. Rotterdam 22 juli 2015, RO 2015/70 (Antaser/Tima); Rb. Den Haag 16 september 2015, JOR 2016/3 m.nt. J. Roest.

85. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/194.

86. Kamerstukken II 1983/84, 16631, 6, p. 18.

87. Voor de goede orde, daarvoor is niet vereist dat iemand bestuurder is of dat een derde steeds expliciet in kennis is gesteld van een volmacht aan individuele werknemers. Ook de kassière in de supermarkt is vertegenwoordigingsbevoegd.

Roelofsen omschreven verschijningsvorm van externe bestuurdersaansprakelijkheid (schending van de Beklamel-norm), zal hij daarom in beginsel ervan mogen uitgaan dat de bestuurder die de overeenkomst de facto met hem is aangegaan, dat heeft gedaan met medeweten en instemming van het gehele bestuur als orgaan en dat alle bestuurders die deel uitmaken van het bestuursorgaan een verwijt ex artikel 6:162 BW treft. Indien een derde bijvoorbeeld meent benadeeld te zijn door de tweede verschijningsvorm (nakomingsfrustratie), zal hij in beginsel ervan mogen uitgaan dat die nakomingsfrustratie door het bestuur als orgaan is veroorzaakt of is gedoogd, en dus wederom dat alle bestuurders een verwijt ex artikel 6:162 BW treft.⁸⁸ Het ligt daarom voor de hand dat de derde slechts hoeft te stellen dat alle bestuurders van de rechtspersoon als groep het *gewone* verwijt van een onrechtmatige daad kan worden gemaakt. Zou men het in meer dogmatische bewijsrechtelijke termen willen verwoorden, dan zou men kunnen spreken van een (weerlegbaar wettelijk, feitelijk of rechterlijk) vermoeden⁸⁹ dat iedere bestuurder kennis had of had behoren te hebben van de jegens een derde verrichte schadeveroorzakende handelingen van een individuele bestuurder als onderdeel van het bestuursorgaan.⁹⁰ Dit vermoeden vindt zijn rechtvaardiging in de wettelijke uitgangspunten dat (1) het bestuur als *geheel* wordt geacht de rechtspersoon ex artikel 2:44, 2:45, 2:129/239, 2:130/240, 2:291 en 2:292 BW te besturen en te vertegenwoordigen en (2) er sprake is van een collegiale (en dus ook toezichthoudende) en collectieve bestuurstaak die de bestuurder op basis van de wet ex artikel 2:9 BW behoorlijk dient te vervullen. Een individuele bestuurder kan aansprakelijkheid natuurlijk wel afweren door dat vermoeden te weerleggen. Hij zal daartoe moeten stellen dat hij in het licht van zijn bewaarnemersrol persoonlijk geen zorgvuldigheidsverplichting jegens de derde heeft geschonden, omdat (1) hij zelf niet betrokken was bij de schadeveroorzakende bestuurshandeling of bestuursomissie en (2) hem evenmin het *gewone* verwijt kan worden gemaakt van het niet naleven van de wettelijke (zorgvuldigheids)norm tot een behoorlijke uitoefening van de (collegiale) bestuurstaak (bijvoorbeeld omdat hij niet wist en niet kon weten dat zijn medebestuurder een overeenkomst aanging die niet zou kunnen worden nagekomen, omdat die medebestuurder dat bewust uit zijn zicht heeft gelaten), waardoor hij de schadeveroorzakende bestuurshandeling of bestuursomissie niet heeft kunnen voorkomen.⁹¹ Uiteraard

speelt daarnaast nog de vraag of een eventueel verwijt van onbehoorlijke taakuitoefening in causaal verband staat tot de volledige schade⁹² die de derde heeft geleden.

Deze benadering doet recht aan het feit dat de derde steeds van doen heeft gehad met de rechtspersoon, vertegenwoordigd door *het bestuur*. Hij heeft geen inzicht in de wijze waarop individuele bestuurders intern hun taken verdeeld en vervuld hebben, en dus evenmin in de mate waarin individuele bestuurders bekend waren met informatie die één of meer van hen had moeten bewegen om een door het bestuur bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de rechtspersoon, die tot schade bij de derde zou leiden, te voorkomen. De benadering kan worden vergeleken met de benadering die geldt bij de onrechtmatige daad gepleegd in groepsverband als bedoeld in artikel 6:166 BW (het bestuur is voor de derde als een groep aan te merken).⁹³ Dit artikel brengt voor de gelaedeerde een zekere bewijslastverlichting met zich ten aanzien van de individuele leden van een onrechtmatig handelende groep.⁹⁴

In het arrest Kampschöer/Le Roux Fruit Exporters lijkt de Hoge Raad een in zekere zin vergelijkbare bewijslastverlichting voor derden te hebben bevestigd voor zaken waarin tweedegraadsbestuurders ex artikel 6:162 BW aansprakelijk worden gesteld voor de onrechtmatige gedraging van een rechtspersoon-bestuurder. Deze bewijslastverlichting wordt door de Hoge Raad onderbouwd met een verwijzing naar de ratio van artikel 2:11 BW en de ernstigverwijtmaatstaf uit Ontvanger/Roelofsen, terwijl de onderbouwing, zoals hiervoor uiteengezet, veeleer ligt in de waarborgfunctie van het rechtspersonenrecht en de daarmee samenhangende bewaarnemersrol van de bestuurder die invulling geeft aan artikel 6:162 BW. Daarom geldt deze bewijslastverlichting (in weerwil van de heersende leer uit Ontvanger/Roelofsen dat de derde een 'ernstig verwijt' moet aantonen) net zo goed in zaken waarin eerstegraadsbestuurders ex artikel 6:162 BW aansprakelijk worden gesteld. De bewaarnemersrol is voor eerstegraadsbestuurders immers exact hetzelfde als voor tweedegraadsbestuurders.

88. In HR 31 januari 1958, NJ 1958/251 (Van Dullemen/Sala) sprak de Hoge Raad in het verband van externe bestuurdersaansprakelijkheid dan ook over de aansprakelijkheid van het orgaan.

89. Zie over de wettelijke respectievelijk feitelijke of rechterlijke vermoedens onder meer Asser Procesrecht/Asser 3 2017/296-305 en W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling* (BPP nr. 3), Deventer: Kluwer 2004, par. 32-44. Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om daar nader op in te gaan.

90. Dit neemt niet weg dat er proceseconomische redenen kunnen bestaan om niet alle bestuurders aan te spreken (bijv. omdat op voorhand voor de derde al duidelijk is dat bepaalde bestuurders niets te verwijten valt).

91. Vetter 2017, par. 7 stelt de terechtere vraag of de medebestuurder (ook nog) moet stellen dat hij niet is tekortgeschoten in het collegiaal toezicht op de (tweedegraads)medebestuurder die wel persoonlijk ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Het antwoord op die vraag luidt dus positief, in mijn visie niet alleen voor tweedegraadsbestuurders, maar ook voor eerstegraadsbestuurders.

92. Stel in dit verband voor dat bestuurder A zes maanden heeft onderhandeld met een derde over een overeenkomst waarvan hij reeds bij aanvang wist dat de rechtspersoon deze nooit zou kunnen nakomen noch verhaal voor schade zou bieden. De derde zal op grond van art. 6:162 BW niet alleen de schade voor het niet-nakomen kunnen verhalen op bestuurder A, maar ook de kosten van onderhandelingen. De medebestuurder B die door bestuurder A bewust de eerste vier maanden van voornoemde onderhandelingen in onwetendheid is gelaten over deze onderhandelingen, maar na kennisname daarvan niet heeft ingegrepen, zal bezwaarlijk kunnen worden aangesproken voor schade die uitsluitend verband houdt met de eerste vier maanden onderhandelen. In die periode heeft hij geen enkele zorgvuldigheidsverplichting geschonden en ten aanzien van die periode kan de facto dus niet eens worden gesproken over 'schade' veroorzaakt door deze bestuurder B.

93. Vetter 2017, par. 6 wijst daar terecht op.

94. Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om dit nu uit te diepen. Zie hierover R.J.B. Boonekamp, *Onrechtmatige daad in groepsverband* (R&P nr. CA10), Deventer: Kluwer 2013, par. 8.2. Zie voorts T&C, art. 6:166, aant. 2b: 'Het criterium impliceert dat alleen hij aansprakelijk kan zijn die wist of behoorde te begrijpen dat het groepsoptreden het gevaar schiep voor het ontstaan van de schade zoals die in concreto is geleden.'

9 Slot

Het voorgaande geeft aan hoe belangrijk het is om de waarborgfunctie van het rechtspersonenrecht en de bewaarnemersrol van de bestuurder meer te betrekken in de rechtswetenschappelijke analyse van interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid. Het leidt allereerst tot een beter begrip van deze leerstukken en laat zien dat de vraag centraal moet staan of de bestuurder een (zorgvuldigheids)norm heeft geschonden (in plaats van de vraag of een bestuurder een semantisch ‘ernstig verwijt’ treft) die zowel interne als externe werking kan hebben. Eerstegraadsbestuurders, tweedegraadsbestuurders, de rechtspersoon, aandeelhouders en derden hebben belang bij dit inzicht, simpelweg omdat het recht ermee wordt verduidelijkt. Deze verduidelijking van het recht vergt ook de durf om de ernstigverwijtmaatstaf los te laten, waarvoor de argumenten zich niet ten volle in deze bijdrage laten samenvatten, maar welke argumenten inmiddels wel uitvoerig in andere publicaties zijn toegelicht.⁹⁵ Het argument dat in deze bijdrage centraal staat, is dat het loslaten van de ernstigverwijtmaatstaf en het centraal stellen van met de bewaarnemersrol samenhangende zorgvuldigheidsnormen laat zien dat een alternatief bestaat voor de wijze waarop de Hoge Raad in *Le Roux Fruit Exporters* de problematiek van externe bestuurdersaansprakelijkheid van tweedegraadsbestuurders heeft benaderd. In de benadering van de Hoge Raad worden tweedegraadsbestuurders zonder normatieve of maatschappelijk-economische rechtvaardiging in een nadeligere bewijspositie gebracht dan eerstegraadsbestuurders. Het alternatief, zoals uiteengezet in paragraaf 8.3, toont aan dat de verschillende behandeling van eerste- en tweedegraadsbestuurders vanuit rechtswetenschappelijk oogpunt niet nodig is en dat de verdeling van stelplicht en bewijslast bij externe aansprakelijkheid van tweedegraadsbestuurders niet – al was het maar slechts in woord – hoeft te verschillen met die van eerstegraadsbestuurders. Dat is iets wat ondernemingsrechtjuristen naar mijn mening alleen maar kunnen toejuichen. Daarmee wordt recht gedaan aan de maatschappelijke realiteit dat wij in Nederland de figuur van de rechtspersoon-bestuurder kennen zonder dat wij daarmee beoogd hebben de bestuurders van die rechtspersoon-bestuurder anders te behandelen dan eerstegraadsbestuurders. De Hoge Raad heeft zich nog niet eraan gewaagd, maar de rechtstheoretische argumenten om tot een grondige herbezinning over te gaan, liggen er. Degenen die hiervoor meer houvast zoeken, verwijs ik naar mijn proefschrift.

95. Zie de bronnen in noot 1 en 4.