

En:

“Aan de ene kant ben ik geen groot voorstander van ongebreidelde persoonlijke aansprakelijkheid van allerlei figuren die, in dienst van een ander, mede werken aan het uitvoeren van opdrachten of overeenkomsten die door die ander zijn aangegaan. [...]

In een aantal gevallen is aansprakelijkheid juist heel nuttig en vermoedelijk ook nodig.”<sup>19</sup>

13. Mijns inziens geeft Spier hiermee te kennen dat hij, anders dan Westenbroek, meent dat op zijn minst een in zekere mate verhoogde drempel voor externe aansprakelijkheid nodig is voor degenen die handelen binnen het kader van de onderneming of de organisatie van de rechtspersoon. Met de volgens hem niet in alle opzichten gelukkige rechtsontwikkeling duidt Spier er mijns inziens dus op dat natuurlijke personen tegenwoordig te gemakkelijk naast de rechtspersoon aansprakelijk worden gesteld en gehouden. Daar ben ik het grondig mee eens.

Mr. drs. J. van Bekkum<sup>20</sup>

## Bestuurdersaansprakelijkheid: hoe iets is en hoe iets behoort te zijn

### Ondernemingsrecht 2016/99

#### Naschrift naar aanleiding van de reactie van Mr. drs. J. van Bekkum op Ondernemingsrecht 2016/24

1. Het doet mij deugd te zien dat mijn visie op externe bestuurdersaansprakelijkheid wordt ontvangen op de wijze zoals van Van Bekkum doet in zijn reactie op Ondernemingsrecht 2016/24. Het draagt bij aan een zinvolle verdere discussie. Mijn reactie moet ik helaas kort houden.

2. Van Bekkum schrijft dat ik in voornoemde bijdrage focus op hoe het juridisch dogmatisch zit (“hoe iets is”) en niet inga op de normatieve vraag hoe “het behoort te zijn”. Mijn bijdrage was inderdaad nogal ‘rechtstheoretisch’ (in tegenstelling tot ‘rechtspolitiek’). Toch acht ik de constatering niet helemaal juist. Mijn beschouwingen laten zien wat – naar mijn mening – volgens de wet de huidige stand van het recht “is”. Dat is per definitie normatief nu de wet (en het recht) in zijn aard normatieve betekenis geeft aan de werkelijkheid. Van Bekkum citeert overigens een door mij ingenomen normatieve stelling. Hij stelt dat ik deze normatieve stelling niet toelicht terwijl die toelichting ligt besloten in

de stelling zelf: “de menselijke waardigheid zou worden tekort gedaan indien een mens niet meer verantwoordelijk is voor zijn eigen daden”.

3. Uit de reactie van Van Bekkum maak ik op dat hij vindt dat hoe het nu “is” anders “behoort te zijn”. Dat mag, maar mijn normatieve stelling dat een ieder mens verantwoordelijk blijft voor zijn eigen daden ‘te kort door de bocht’ noemen acht ik weer kort door de bocht. Mijn stelling is gebaseerd op één van de belangrijkste doch waarschijnlijk meest ongelezen artikelen uit ons BW over hoe “iets is” (en dat is niet voor niets het eerste artikel van ons BW). Art. 1:1 lid 1 BW bepaalt: “Allen die zich in Nederland bevinden, zijn vrij en bevoegd tot het genot van de burgerlijke rechten”. Het systeem van de wet is dat iedereen ‘natuurlijke persoonlijkheid’ heeft. De natuurlijke persoonlijkheid vangt aan met de geboorte en deze persoonlijkheid in juridische zin betekent de bevoegdheid drager te zijn van niet alleen rechten maar ook *verplichtingen* en *rechtsbetrekkingen*. Het is de meest algemene voor het recht van betekenis zijnde eigenschap van de mens.<sup>1</sup> Het doet de menselijke waardigheid dus inderdaad tekort indien een mens niet verantwoordelijk is voor zijn eigen daden. Dat vind ik niet kort door de bocht.

4. De vraag hoe “iets behoort te zijn”, is een vraag die strikt genomen niet door de rechter behoort te worden beantwoord maar die aan de politiek is voorbehouden. Als de politiek meent dat hoe “iets is”, anders “behoort te zijn” dan kan de politiek de wet aanpassen. De rechter moet de wet *toepassen* door het *toetsen* van feiten en omstandigheden aan de daarin vastgelegde gedragsnormen.<sup>2</sup> Volgens Van Bekkum bestaat een belang om economische activiteit te stimuleren door het bieden van bescherming tegen privé-aansprakelijkheid. Die bescherming biedt *de wet* reeds door rechtspersoonlijkheid. Een verdere bescherming door art. 6:162 BW op een andere wijze toe te passen op bestuurders (door gebruik te maken van de ernstigverwijtmaatstaf) dan op andere betrokkenen bij de rechtspersoon, biedt de wet niet. Het is niet aan de rechter om te bepalen dat die verdere bescherming wel bestaat. De rechter bedrijft dan rechtspolitiek en begeeft zich op de stoel van de wetgever.<sup>3</sup>

5. Ik begrijp overigens niet wat Van Bekkum bedoelt als hij stelt dat ik de belangen van persoonlijke verantwoordelijkheid en het stimuleren van economische activiteit door het bieden van bescherming tegen privé-aansprakelijkheid ‘verabsoluteer’. Ook de stelling dat het ‘ernstig verwijt-criterium een passende schakel zou bieden tussen beide criteria’<sup>4</sup> begrijp ik niet. De genoemde ‘huis-tuin-en-keuken’-gedragingen van de bestuurder die tot schade leiden bij een derde zullen ook in mijn visie niet tot

19 HR 18 september 2015, JOR 2015/289 (Breweg/Wijnkamp c.s.), par. 5.4 en 5.5.

20 Mr. drs. J. van Bekkum is advocaat te Amsterdam en tevens verbonden aan het OO&R/VHI, RU Nijmegen.

1 Asser/De Boer 1\* 2010/21.

2 H. Franken e.a., *Inleiden tot de rechtswetenschap*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 400 e.v. en 429 e.v.

3 De omvang van deze reactie laat niet toe uitvoerig en genuanceerd in te gaan op de rechtsvorming door de rechter door bijvoorbeeld open normen te interpreteren en uit te leggen. Zie hierover o.a. Franken e.a., p. 173-174.

4 Ik neem aan dat Van Bekkum met ‘criteria’ bedoelt ‘belangen’.

persoonlijke aansprakelijkheid leiden. Daar is geen ernstig-verwijtmaatstaf voor nodig. Dat is het gevolg van het feit dat de bestuurder met een 'huis-tuin-en-keuken'-gedraging persoonlijk veelal geen norm schendt jegens de derde.<sup>5</sup>

6. “Als het ‘ernstig verwijt’-criterium wordt losgelaten, dreigt dit de bescherming die rechtspersoonlijkheid kan bieden aan privévermogen onnodig en onwenselijk te verzwakken”, aldus Van Bekkum. Ik acht dit zwaar geformuleerd. De ernstigverwijtmaatstaf voor externe bestuurdersaansprakelijkheid is in 2006 tot stand gekomen in het arrest *Ontvanger/Roelofsen*.<sup>6</sup> Was de bescherming die rechtspersoonlijkheid vóór 2006 bood dan lichter? Dat lijkt mij niet. En als de ernstigverwijtmaatstaf een verdere bescherming zou bieden, hoe verhoudt zich dat dan met de hiervoor uiteengezette verhouding tussen de rechter en de wetgever? Het is het primaat van de wetgever om dat te bepalen. Van Bekkum constateert terecht dat ik niet toelicht “wat de verzwakking van de bescherming die rechtspersoonlijkheid zou kunnen bieden, zou kunnen rechtvaardigen”. Ik zie namelijk ook geen “verzwakking van de bescherming van rechtspersoonlijkheid”. Wel zie ik dat de gegeven rechtvaardiging van de ernstigverwijtmaatstaf afbreuk doet aan de basisbeginselen van natuurlijke- en rechtspersoonlijkheid.

7. Van Bekkum is overigens ten onrechte in de veronderstelling dat ik in een aangekondigd artikel verdere argumenten zou geven voor de stelling dat de manoeuvreerruimte die de bestuurder intern heeft ex art. 2:9 BW niet aan een derde moet kunnen worden tegengeworpen. Ik heb dat eerder al betoogd.<sup>7</sup> In mijn aangekondigde artikel betoog ik dat ook bij interne bestuurdersaansprakelijkheid de ernstigverwijtmaatstaf zich niet laat rechtvaardigen met het argument dat de bestuurder moet kunnen ondernemen (voor de duidelijkheid: ik betoog daarmee niet dat de bestuurder niet beschermd wordt). Het artikel is geplaatst in het augustusnummer van het rechtswetenschappelijk tijdschrift *RM Themis*.<sup>8</sup>

8. Dat het zo “behoort te zijn” dat de hoge drempel voor aansprakelijkheid moet gelden in alle verhoudingen waarin de bestuurder staat omdat de derde geen nadeel ondervindt als de rechtspersoon zijn schulden kan betalen, acht ik niet overtuigend. Bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW speelt doorgaans in de situatie dat de rechtspersoon die schulden *niet* kan betalen. Dan ondervindt de derde *wel* nadeel. Ook Van Bekkum ziet dan kennelijk het belang om naast de rechtspersoon de handelend natuurlijk persoon te kunnen aanspreken. De lijn van Van Bekkum zou mijns inziens dan leiden tot de vreemde situatie dat steeds achteraf beoordeeld moet worden of een handeling alsnog

aan de natuurlijk persoon moet worden toegerekend bij faillissement van de rechtspersoon. Dat lijkt mij rechtstheoretisch niet consequent.

9. Ik ben overigens verheugd dat Van Bekkum met mij vindt dat de bestuurder geen status aparte heeft ten opzichte van de werknemer. Uit de parlementaire geschiedenis bij art. 6:170-172 BW volgt dat het bestaan van een dienstverband, vertegenwoordigingsverband of ondergeschiktheid geen rechtvaardiging oplevert om af te wijken van de hoofdregel dat de dader persoonlijk aansprakelijk jegens derden blijft.<sup>9</sup> Er is daarom sprake van hoofdelijke aansprakelijkheid. De ratio (en die is wederom *normatief*) achter de hoofdelijke aansprakelijkheid is dat het voor de benadeelde in beginsel geen verschil mag uitmaken wat de exacte verhouding is tussen de (niet-)ondergeschikte en de opdrachtgever. Dat de dader de schade blijkt te hebben toegebracht handelend in dienst van een ander, behoort de benadeelde nimmer in een slechtere positie te brengen, hoogstens in een betere. De dader-ondergeschikte – “die in de huidige maatschappij lang niet altijd insolvent is” – mag tegenover de benadeelde geen verweer ontlenen aan het feit dat hij als ondergeschikte van een ander de onrechtmatige daad beging.<sup>10</sup> Het pleidooi van Van Bekkum voor een ‘exclusieve’ toerekening en een aansprakelijkheid die uitsluitend ontstaat in geval van een gekwalificeerde vorm van schuld lijkt hiermee niet te rijmen. Dat geldt voor de bestuurder evengoed als voor de werknemer.

10. De afgelopen jaren is in het kader van de te hanteren maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid betoogd dat ondernemerschap moet worden gestimuleerd en dat bestuurders zich niet door defensieve overwegingen moeten laten leiden, zo ook Van Bekkum. De Hoge Raad heeft daaraan bijgedragen door dit als een rechtvaardiging te noemen voor de ernstigverwijtmaatstaf<sup>11</sup> die geldt voor bestuurders van *alle* rechtspersonen. Dat ons recht veel rechtspersonen kent die helemaal geen onderneming drijven zoals verenigingen, stichtingen en kerkgenootschappen die vaak een ideëel of maatschappelijk karakter hebben, wordt daarmee miskend. Ten aanzien van die rechtspersonen kan bezwaarlijk gesteld worden dat de door de Hoge Raad gegeven rechtvaardiging opgaat.

11. Tot slot, ik weet niet of bestuurders ‘sneller’ worden aangesproken dan vroeger. Er zullen in absolute zin wel meer bestuurdersaansprakelijkheidszaken zijn dan dertig jaar geleden. Dat is logisch: de economische activiteit in

5 Zie par. 4.7 van mijn bijdrage in *Ondernemingsrecht* 2016/24.

6 HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*), r.o. 3.5.

7 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.

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

9 F.T. Oldenhuis, ‘De Aansprakelijkheid van de ondergeschikte ex artikel 162’, in: *Groene Serie Onrechtmatige daad*, art. 6:170, aant. 68 (online bijgewerkt tot 1 april 2010), Deventer: Kluwer (losbl. en online).

10 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. 717.

11 HR 20 juni 2008, NJ 2009/21 (*Willemsen/NOM*), HR 5 september 2014, *JOR* 2014/296 (*Hezemans Air*) en HR 5 september 2014, *JOR* 2014/325 (*RCl/Kastrop*).

onze maatschappij is in die periode exponentieel gegroeid.<sup>12</sup> Dit gegeven vormt echter geen rechtvaardiging om bestuurders beter te beschermen. Sterker, Kroeze schreef hierover juist dat het toerekeningleerstuk bescherming aan derden biedt welke bescherming onder meer noodzakelijk is gebleken door de enorme uitbreiding van het economisch verkeer.<sup>13</sup> Derden zijn dus evengoed gebaat bij behoud van hun bescherming. De groei in bestuurdersaansprakelijkheidszaken vormt overigens wel een rechtvaardiging om het leerstuk van externe bestuurdersaansprakelijkheid zuiver en helder te hebben. Dat is het enige wat ik beoog.

*Winand Westenbroek*<sup>14</sup>

12 De omvang van deze reactie laat niet toe uitvoerig in te gaan op de visie van Van Bekkum op de conclusie van A-G Spier bij *Breeweg/Wijnkamp*. Als het echter al zo is dat bestuurders nu *relatiefs* sneller worden aangesproken, dan is dit een *feitelijk gegeven* en geen *rechtsontwikkeling* zoals Van Bekkum betoogt. Ik denk dan ook niet dat A-G Spier dat bedoeld zou hebben, maar dat is uiteraard onzeker.

13 Vgl. *Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\** 2015/90.

14 Winand Westenbroek is advocaat te Amsterdam.