



Publicatie	WPNR: Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Uitgever	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
Jaargang	148
Publicatiedatum	01-04-2017
Afleveringsnummer	7144
Titel	De schaduwzijde van de ontwikkeling in het rechtspersonenrecht: de 'ernstig verwijt'-maatstaf en 'externe werknemersaansprakelijkheid'
Auteurs	Mr. W.A. Westenbroek, Advocaat te Amsterdam en als buitenpromovendus verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. (winand.westenbroek@westlegal.nl) Hij werkt aan de afronding van zijn proefschrift over bestuurdersaansprakelijkheid en betoogt daarin dat de ernstig verwijt-maatstaf voor zowel interne als externe bestuurdersaansprakelijkheid dient te worden losgelaten.
Samenvatting	Bij externe (bestuurders- of werknemers-) aansprakelijkheid staat persoonlijke normschending centraal. De ernstig verwijt-maatstaf is onnodig, strijdig met de wetsgeschiedenis en de maatstaf gaat voorbij aan rechtspersoonlijkheid en maatschappelijke economische realiteit.
Paginanummers	276-286
Rubriek	Artikel

WPNR 2017(7144) De schaduwzijde van de ontwikkeling in het rechtspersonenrecht: de 'ernstig verwijt'-maatstaf en 'externe werknemersaansprakelijkheid'

1. Inleiding

Timmerman schreef in 2011 dat de mooie ontwikkeling die het rechtspersonenrecht in de twintigste eeuw heeft doorgemaakt ook een schaduwzijde heeft. Die schaduwzijde zou ertoe hebben geleid dat in de doctrine de tendens is ontstaan aan rechtspersoonlijkheid allerlei rechtsgevolgen te verbinden. Rechtspersoonlijkheid wordt dan, aldus Timmerman, veel meer dan simpel het zijn van rechtssubject. Die neiging tot voortdurende innovatie, verbreding en verdieping van het begrip rechtspersoon is te verklaren uit de omstandigheid dat aan het begin van de 20ste eeuw de rechtspersoon als zelfstandig begrip nog in de kinderschoenen stond en dan komen er bij het van start gaan van zo een ontwikkeling allerlei zinnige en minder zinnige ideeën los.¹ Naar mijn overtuiging is één van die minder zinnige ideeën de zogenaamde ernstig verwijt-maatstaf die in de rechtspraak in 1997 en 2006 is geïntroduceerd voor de beoordeling van 'interne' respectievelijk 'externe' bestuurdersaansprakelijkheid. Ik heb dat in een aantal publicaties toegelicht² en hoewel ik mij bewust ben van het feit dat de maatstaf op dit moment nog steeds breed gedragen wordt in de literatuur, voel ik mij gesteund door verschillende (hoog)geleerde auteurs die zowel lang als kort geleden inconsistenties hebben geconstateerd bij de totstandkoming, ontwikkeling en toepassing van de ernstig verwijt-maatstaf.³ De ernstig verwijt-maatstaf kwam recentelijk aan de orde op de najaarsbijeenkomst van de Vereniging Corporate Litigation van 26 oktober 2016. Tijdens deze bijeenkomst werd het onderwerp "*aansprakelijkheid van werknemers (leidinggevenden - niet bestuurders) jegens derden*" behandeld en in dat kader gingen geluiden op de ernstig verwijt-maatstaf ook van toepassing te laten zijn bij de beoordeling van aansprakelijkheid van werknemers jegens derden voor schade als gevolg van door hen verrichte onrechtmatige gedragingen in de uitoefening van hun functie (ik noem dat analoog aan de 'externe bestuurdersaansprakelijkheid' maar: 'externe werknemersaansprakelijkheid'). In deze bijdrage zal ik stilstaan bij deze gedachte.

2. Argumenten voor toepassing van de ernstig verwijt-maatstaf

De in de literatuur terugkomende argumenten voor het standpunt dat de ernstig verwijt-maatstaf ook betrekking zou moeten hebben op externe werknemersaansprakelijkheid zijn ten eerste terug te voeren op de zogenaamde toerekeningsleer van *Kleuterschool Babel*.⁴ Klaassen betoogde in 2000 bijvoorbeeld dat een belangrijk argument voor terughoudendheid ten aanzien van persoonlijke aansprakelijkheid van de ondergeschikte die een onrechtmatige daad begaat in de vervulling van zijn taak is gelegen in het feit dat een dergelijke daad vaak ‘*is te beschouwen als*’ een daad van zijn werkgever. De werknemer zou er als het ware tussenuit vallen. Aansprakelijkheid van een handelende ‘*wiens gedrag in het maatschappelijk verkeer als eigen gedrag van een ander wordt beschouwd*’ zou slechts aangenomen moeten worden in geval van opzet of bewuste roekeloosheid. Klaassen zocht verder steun voor dit standpunt in literatuur over externe bestuurdersaansprakelijkheid waarin eveneens werd betoogd dat aansprakelijkheid uitsluitend aan de orde kan zijn bij aanwezigheid van opzet of bewuste roekeloosheid.⁵ In het in 2006 gewezen arrest *Ontvanger/Roelofsen*⁶ lijkt dat standpunt ogenschijnlijk door de Hoge Raad te zijn overgenomen toen daarin de ernstig verwijt-maatstaf voor externe bestuurdersaansprakelijkheid werd geïntroduceerd.⁷ Deze introductie werd later in de arresten *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop*, eveneens handelend over externe bestuurdersaansprakelijkheid, gerechtvaardigd met het argument dat “*ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap*”.⁸ Omdat de bestuurder zogenaamd ‘secundair’ aansprakelijk is, zou voor hem een hoge drempel voor aansprakelijkheid moeten gelden. In literatuur werd later betoogd dat dit niet alleen voor bestuurshandelingen zou moeten gelden maar voor alle handelingen van zowel bestuurders als werknemers die steeds namens en voor rekening van een rechtspersoon deelnemen aan het maatschappelijk verkeer. Daarom werd een zogenaamde ‘exclusieve toerekening’ bepleit die inhoudt dat als het handelen van een natuurlijk persoon op grond van de maatstaf uit *Kleuterschool Babel* aan de rechtspersoon kan worden toegerekend, de natuurlijk persoon die feitelijk heeft gehandeld ‘juridisch gezien volledig wegvalt’ tenzij de natuurlijk persoon een ernstig verwijt treft althans een gekwalificeerde vorm van schuld ex art. 6:162 lid 3 BW kan worden verweten, namelijk een ‘ernstig verwijt’ of ‘opzet of bewuste roekeloosheid’.⁹

Andere argumenten die naar voren komen in de literatuur zijn terug te voeren op de wenselijkheid de economische risico’s van de rechtspersoon/werkgever niet te laten rusten op de bestuurder/werknemer. In dat verband werd onder verwijzing naar het arrest *Poot/ABP*¹⁰ gesteld dat (i) de rechtspersoon van essentieel belang is om economische activiteit te stimuleren en dat deze functie uitsluitend tot zijn recht komt als het economisch risico enkel rust op het vermogen van de rechtspersoon en (ii) de kapitaalvennootschap ondernemers in staat stelt economisch risico te nemen met een vooraf bepaald deel van hun privévermogen terwijl het overige privévermogen, dat niet wordt ingebracht of anderszins ter beschikking wordt gesteld aan de kapitaalvennootschap, afgeschermd dient te blijven van de risico’s van de economische activiteit.¹¹ Deze argumenten sluiten aan bij de tweede rechtvaardiging van de ernstig verwijt-maatstaf in voornoemde arresten *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop*, namelijk dat een “*maatschappelijk belang*” bestaat “*dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen*”.¹² Ik zal hierna ingaan op de vraag hoe de ernstig verwijt-maatstaf zich nu verhoudt tot de wet.

3. De wet en externe bestuurdersaansprakelijkheid als uitzondering daarop?

Er bestaat geen wettelijke bepaling die de aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW van een natuurlijk persoon als betrokkene (als bestuurder of werknemer) bij een rechtspersoon jegens een derde beperkt tot gevallen waarin sprake is van een zogenaamd ‘ernstig verwijt’. Als hem persoonlijk een ‘gewoon verwijt’ kan worden gemaakt van een normschending jegens een derde dan zal hij aansprakelijk zijn ex art. 6:162 BW. Dit wordt bevestigd in de parlementaire geschiedenis. Bij de behandeling van vragen over art. 6:170-172 BW in de Tweede Kamer bij de invoering van het nieuwe BW is namelijk opgemerkt dat het bestaan van een dienstverband, vertegenwoordigingsverband of ondergeschiktheid geen rechtvaardiging oplevert af te wijken van de hoofdregel dat de dader persoonlijk aansprakelijk jegens derden blijft voor zijn onrechtmatig gedrag.¹³ Er is daarom sprake van hoofdelijke aansprakelijkheid van enerzijds de werknemer, vertegenwoordiger en opdrachtnemer en anderzijds de werkgever, vertegenwoordigde respectievelijk opdrachtgever.¹⁴ De ratio 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. De parlementaire geschiedenis bij Boek 6 BW zegt hierover het volgende:

“Het feit 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 - in de huidige maatschappij lang niet altijd insolvabel - mag dan ook tegenover de benadeelde geen verweer ontlenen aan het feit dat hij als ondergeschikte van een ander de onrechtmatige daad beging.¹⁵ (onderstreping toegevoegd)

Dit was destijds een welbewuste rechtspolitieke keuze van de regering.¹⁶ Hoewel Klaassen zoals gezegd een hogere drempel voor aansprakelijkheid van werknemers jegens derden bepleitte, realiseerde zij zich in 2000 dan ook terecht dat art. 6:170 BW daarvoor aangepast zou moeten worden. Zij stelde daarom voor een nieuw lid in te voegen in art. 6:170 BW dat luidt dat een ondergeschikte die een fout begaat die in een dusdanig verband staat met zijn taak dat zijn werkgever hiervoor aansprakelijk is, niet zelf aansprakelijk is voor de door deze fout veroorzaakte schade behoudens in het geval van opzet of bewuste roekeloosheid.¹⁷ De wetgever heeft deze rechtspolitieke keuze tot op heden echter niet gemaakt en de wet is derhalve niet aangepast. Zoals hiervoor in par. 2 is gebleken heeft de Hoge Raad in de rechtspraak die gaat over externe *bestuurders*aansprakelijkheid dat niet afgewacht. In zijn jurisprudentie is sinds 2006 een lijn ontstaan die in weerwil van de wet en wetsgeschiedenis *wel* een betere bescherming lijkt te willen bieden aan bestuurders: *gewone* schuld is niet voldoende maar de bestuurder moet een ‘ernstig verwijt’ treffen. Ik meen dat deze rechtspraak strijdig is met de Trias Politica omdat de bestuurder is aan te merken als een ondergeschikte ex art. 6:170 BW,¹⁸ een niet-ondergeschikte ex art. 6:171 BW¹⁹ en/of een vertegenwoordiger ex art. 6:172 BW²⁰ zodat hetgeen hiervoor in par. 2 is uiteengezet ook geldt voor de bestuurder.²¹ Deze rechtspraak vormt naar mijn mening reeds om die reden niet een goed voorbeeld voor hoe het recht over externe *werknemers*aansprakelijkheid eruit hoort te zien.

4. Onderscheid normen staat centraal

4.1. Inleiding

Mijn mening is echter niet alleen gebaseerd op de scheiding der machten. Ik heb in eerdergenoemde publicaties uiteengezet om welke redenen de rechtvaardiging van de Hoge Raad ook rechtstheoretisch niet juist is en diezelfde redenen gelden bij externe *werknemers*aansprakelijkheid. Ik zal deze redenen niet in volle omvang herhalen en beperk mij - voor een goed begrip van de materie - tot de volgende opmerkingen. Een rechtspersoon kan als abstract rechtssubject de facto niet handelen zonder tussenkomst/het handelen van een of meer natuurlijke personen die daarbij zijn betrokken.²² De rechtspersoon en deze natuurlijke personen blijven echter volstrekt verschillende en zelfstandige rechtssubjecten. Een normschending van de rechtspersoon impliceert dus niet een normschending van de natuurlijk persoon waartegen deze laatste beschermd zou moeten worden. Primaire en secundaire aansprakelijkheid bestaan dan ook niet.²³ Een normschending van de werkgever impliceert om diezelfde reden geen normschending van de werknemer waartegen deze beschermd zou moeten worden. Dat rechtspersoonlijkheid van belang is voor het stimuleren van economische activiteit en dat het economisch risico van de rechtspersoon juridisch gezien uitsluitend rust op het vermogen van de rechtspersoon en niet op de betrokkenen daarbij is voorts een economisch en juridisch gegeven.²⁴ Oprichters, aandeelhouders en financiers kunnen namelijk vermogen ter beschikking stellen om te ondernemen zonder dat zij zelf risico lopen. Daar is het maatschappelijk economisch verkeer bij gebaat. Dat zegt niets over de vraag welke norm wij willen hanteren voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de bedoelde betrokkenen jegens derden. Daar bestaat immers geen logisch, juridisch of economisch verband tussen. Het maatschappelijk economisch verkeer is niet gebaat bij het hanteren van hogere normen voor aansprakelijkheid voor de eigen onrechtmatige gedragingen van betrokkenen bij de rechtspersoon en zou daar zelfs door geschaad kunnen worden.²⁵ Derden en investeerders (zowel aandeelhouders, obligatiehouders als financiers) durven immers met de abstracte rechtsvorm ‘rechtspersoon’ te handelen enerzijds omdat Boek 2 BW dwingendrechtelijke gedrags- en taaknormerende voorschriften bevat voor bepaalde betrokkenen bij de rechtspersoon zoals de bestuurders en de aandeelhouders²⁶ en anderzijds

omdat bestuurders, aandeelhouders, werknemers en anderen betrokken bij de rechtspersoon (welke rechtspersoon zonder die betrokkenheid helemaal niet kan functioneren in het maatschappelijk verkeer) zelf steeds als zelfstandig rechtssubject onderworpen blijven aan de bepalingen van art. 6:162 BW. Sterker, de op grond van art. 2:9 BW maatschappelijke mede door het rechtspersonenrecht bepaalde positie van de bestuurder waarin hij een ‘trusteefunctie’, een bewakers- of bewaarnemersrol, vervult ten opzichte van de hem toevertrouwde, bij de rechtspersoon betrokken belangen,²⁷ vult art. 6:162 BW nader in voor wat betreft de normen die gelden tussen een bestuurder en een derde.²⁸ De gedachte dat betrokkenen bij de rechtspersoon aanvullende bescherming zouden moeten genieten is een gevolg van de in de inleiding omschreven door Timmerman genoemde tendens om aan rechtspersoonlijkheid allerlei rechtsgevolgen te verbinden (zoals primaire en secundaire aansprakelijkheid) die verder gaan dan de simpele erkenning van de rechtspersoon als zelfstandig rechtssubject in het maatschappelijk verkeer. Die tendens lijkt paradoxaal genoeg (mede) te zijn ontstaan omdat *rechtspersoonlijkheid zelf* het onderscheid tussen enerzijds de normschending van de rechtspersoon en anderzijds de normschending van de betrokkenen uit het oog kan doen verliezen. Om dit te illustreren zal ik in de volgende alinea’s stilstaan bij een aantal voorbeelden uit literatuur en rechtspraak. De tendens lijkt voorts een gevolg te zijn van het idee dat de rechtsvorm ‘rechtspersoon’ in het maatschappelijk verkeer in vergelijking met andere rechtsvormen een bijzondere positie zou innemen die ten doel heeft economische activiteit te stimuleren. De maatschappelijk en economische realiteit is echter een andere hetgeen ik in de laatste alinea van deze paragraaf zal toelichten.

4.2. Aansprakelijkheid van de officier van justitie (1991)

In het arrest *Staat en Van Hilten/M*²⁹ maakte de Hoge Raad duidelijk dat het feitelijk handelen van een natuurlijk persoon tot een normschending van de rechtspersoon kan leiden zonder dat dit tevens een eigen normschending van de natuurlijk persoon impliceert. In deze zaak werden zowel de Staat als de officier van justitie persoonlijk tot schadevergoeding aangesproken op grond van onrechtmatige daad wegens een door deze officier van justitie bevolen maatregel ter beperking van de communicatie tussen een preventief gedetineerde en zijn verdachte, welke beperking later in strijd met de wet werd geoordeeld. De rechtbank wees de vordering toe maar de Hoge Raad was het daar niet mee eens en overwoog.³⁰

“Wanneer een orgaan van de overheid zich bij de uitoefening van de hem als zodanig opgedragen taak onrechtmatig gedraagt door zijn wettelijke bevoegdheden te overschrijden, zal deze gedraging slechts aan hem persoonlijk kunnen worden toegerekend indien zij aan zijn schuld is te wijten, dat wil zeggen: wanneer, gelet op de omstandigheden van het geval, hem persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt. (...) Naar in cassatie mag worden aangenomen, heeft mr. Van Hilten zich tot het geven van dat bevel laten leiden door de in dit geding door de Staat en door hem verdedigde - hiervoor onder 3.2 onjuist bevonden - rechtsopvatting. Gezien de stand van rechtspraak en rechtswetenschap dienaangaande kan niet worden gezegd dat deze rechtsopvatting ten tijde waarop mr. Van Hilten het gewraakte bevel gaf, zo onaannemelijk was dat hem een verwijt ervan kan worden gemaakt dat hij, uitgaande van die rechtsopvatting, dat bevel heeft gegeven. Ook blijkt niet uit de stukken van het geding dat M. heeft gesteld dat mr. Van Hilten zich niet alleen heeft laten leiden door voormelde - onjuist bevonden - opvatting omtrent zijn bevoegdheden, maar ook door motieven waarvan hem een verwijt zou kunnen worden gemaakt.”

De officier van justitie had zelf dus in het geheel geen norm geschonden maar de Staat wel. In zijn conclusie bij dit arrest overwoog A-G Koopmans³¹ uitdrukkelijk dat aangenomen moet worden dat voor de persoonlijke aansprakelijkheid van ambtenaren geen andere regels gelden dan voor de aansprakelijkheid van vertegenwoordigers van rechtspersonen in het algemeen.³² Het is in dat verband merkwaardig dat dit arrest in de rechtspraak over externe bestuurdersaansprakelijkheid geen rol van betekenis lijkt te hebben gespeeld. Mogelijk houdt dat verband met het volgende voorbeeld dat later in gezaghebbende literatuur werd gebruikt.

4.3. Aansprakelijkheid van de vertegenwoordiger

Kortmann zette in 2004 een voorbeeld uiteen aan de hand waarvan werd betoogd dat voor de vertegenwoordiger een hogere drempel voor aansprakelijkheid zou moeten gelden in de vorm van opzet, grove schuld of bewuste roekeloosheid:

“Voor de aansprakelijkheid van de handelende wiens daad aan een ander wordt toegerekend, is vereist dat de derde hem onbehoorlijk persoonlijk gedrag kan verwijten. Voor zulk een verwijt bestaat onvoldoende grond indien in geval van een niet onredelijke pretentie van een recht, bijvoorbeeld een recht van eigendom, het recht wordt gehandhaafd, doch de handhaving onrechtmatig wordt geoordeeld. (...) Nodig is dat aan de dader opzet, grove schuld of bewuste roekeloosheid kan worden verweten. Het gaat in deze over een secundaire aansprakelijkheid, over de persoonlijke aansprakelijkheid van een functionaris die in de uitoefening van zijn functie handelt.”³³

De in dit voorbeeld genoemde ‘secundaire aansprakelijkheid’ wordt in literatuur en rechtspraak als rechtvaardiging gebruikt voor het hanteren van de ernstig verwijt-maatstaf bij externe bestuurdersaansprakelijkheid. Het voorbeeld gaat echter ten onrechte eraan voorbij dat de handhaving van het gepretendeerde eigendomsrecht door de vertegenwoordiger dient te worden toegerekend aan de vertegenwoordigde waardoor de *vertegenwoordigde* onrechtmatig handelt.³⁴ De *vertegenwoordiger* zelf handelt niet onrechtmatig omdat - in het genoemde voorbeeld - sprake is van een “*niet onredelijke pretentie*” van het eigendomsrecht. Anders gezegd: de vertegenwoordiger maakt in dit voorbeeld bij zijn *feitelijk* handelen weliswaar inbreuk op het eigendomsrecht van een derde (door de eigendomspretentie van de vertegenwoordigde te handhaven) maar hij doet dat *namens de vertegenwoordigde* terwijl hij *zelf* als rechtssubject geen inbreuk maakt op het eigendomsrecht van de derde (hij pretendeert immers niet zelf het eigendom te hebben). Hij schendt ook geen maatschappelijke betamelijkheidsnorm. Kortom: hij is per definitie niet aansprakelijk omdat hem geen ‘gewone schuld’ treft van het schenden van een maatschappelijke betamelijkheidsnorm. Het vereist stellen van opzet, grove schuld of bewuste roekeloosheid is voor die conclusie niet nodig. Stel echter dat in het genoemde voorbeeld de vertegenwoordiger zich op een moment (het peilmoment)³⁵ twee jaar later ten volle bewust is geworden van het feit dat de vertegenwoordigde (een rechtspersoon) geen eigendomsrecht heeft en de vertegenwoordiger tegen beter weten in de eigendomspretentie toch blijft handhaven namens de vertegenwoordigde. Vanaf dit peilmoment zal hij nog immer geen inbreuk maken op het *eigendomsrecht* van de derde maar onder omstandigheden zal hij wel een andere verplichting schenden, namelijk een *maatschappelijke betamelijkheidsnorm* doordat hij feitelijk de eigendomspretentie van de vertegenwoordigde blijft handhaven. De situatie ligt dan anders in die zin dat hij zelf ‘primair’ aansprakelijk is omdat hem *gewone* schuld treft van schending van een maatschappelijke betamelijkheidsnorm.³⁶ De derde kan in dat geval de vertegenwoordiger aanspreken omdat de vertegenwoordiger primair aansprakelijk is voor de schending van die *maatschappelijke betamelijkheidsnorm*. De derde kan voorts de vertegenwoordigde aanspreken voor de *inbreuk op het eigendomsrecht*. Daarnaast kan de derde de vertegenwoordigde hoofdelijk aanspreken voor schending van de maatschappelijke betamelijkheidsnorm door de vertegenwoordiger op grond van art. 6:172 BW. Als deze handeling in het maatschappelijk verkeer voorts aan de vertegenwoordigde kan worden toegerekend is deze daarnaast rechtstreeks ex art. 6:162 BW aan te spreken op grond van het toerekeningsleerstuk.³⁷ De schade die de derde lijdt door de schending van de maatschappelijke betamelijkheidsnorm is echter een andere schade dan de schade als gevolg van de inbreuk op diens eigendomsrecht door de vertegenwoordigde, al was het maar omdat het peilmoment waarop en de tijdsduur waarin de maatschappelijke betamelijkheidsnorm werd geschonden een andere is dan die van de inbreuk op het eigendomsrecht. De vertegenwoordiger zal nimmer ‘primair’ noch ‘secundair’ aansprakelijk zijn voor de schade als gevolg van de inbreuk op het eigendomsrecht maar uitsluitend primair voor de schade als gevolg van de schending van een maatschappelijke betamelijkheidsnorm.

4.4. Aansprakelijkheid van de schilder (2015)

Van Bekkum gebruikte in 2015 het voorbeeld van een schilder die in dienst van een rechtspersoon die een schildersonderneming drijft bij een derde per ongeluk een verfpot omstoot en het parket ruïneert. Van Bekkum achtte het niet onredelijk dat dan alleen de rechtspersoon daarvoor aansprakelijk is.³⁸ De wetgever denkt daar anders over. Op basis van het huidige recht is de onoplettendheid die leidt tot het omstoten van de verfpot naar verkeersopvattingen namelijk een normschending van de schilder *zelf*

(hetzelfde zou gelden als de eerdergenoemde officier van justitie per ongeluk een verkeerde beslissing had genomen die duidelijk strijdig was met het recht) waardoor deze hem persoonlijk te verwijten valt op grond van art. 6:162 BW. De schildersonderneming kan *daarom* naast de schilder hoofdelijk worden aangesproken op grond van art. 6:170 BW. Dat het ongeluk in het maatschappelijk verkeer mede wordt gezien als een handeling van de schildersonderneming waardoor deze ook uit eigen hoofde ex art. 6:162 BW of ex art. 6:74 BW aansprakelijk is maakt dat niet anders.³⁹ Dat de wetgever het *wel* redelijk acht dat de schilder zelf aansprakelijk blijft is goed te begrijpen als we in het voorbeeld de normschending ('onoplettendheid') gelijk laten maar de gevolgen iets anders maken. Stel dat de schilder een zware verfpot per ongeluk van een steiger boven op een geparkeerde splinternieuwe Porsche laat vallen die niet van de opdrachtgever is maar van een derde die daar zijn laatste spaarcenten aan heeft uitgegeven. De Porsche is hierdoor total loss geraakt. De schildersonderneming is bovendien diezelfde dag in staat van faillissement verklaard waardoor de derde geen verhaal bij de schildersonderneming heeft. Zou de derde de schilder (die wellicht heel vermogend is) toch niet kunnen aanspreken omdat er geen sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid dan blijft deze derde met de gebakken peren achter. Dat was uitdrukkelijk niet de bedoeling van de wetgever, zo blijkt uit hetgeen in par. 3 is uiteengezet.

4.5. Aansprakelijkheid van de werknemer die een grondverzetmachine bestuurt (2015)

Olden⁴⁰ gebruikte in 2015 het voorbeeld van een werknemer die met een grondverzetmachine een stroomkabel op de Zuidas kapot trekt. Olden stelde - aan de hand van de rechtspraak van de Hoge Raad over externe bestuurdersaansprakelijkheid - dat de werknemer schadeplichtig zou zijn jegens derden omdat hij *primair* een onrechtmatige daad zou begaan maar dat dit bij de bestuurder anders zou liggen omdat de onrechtmatige gedragingen van de bestuurder primair een daad van de rechtspersoon zouden zijn. Terwijl niet is in te zien waarom een bestuurder beter beschermd zou moeten worden dan een werknemer (het dunkt mij dat de maatschappij dat ook niet zal inzien), mist het voorbeeld de nodige nuance die blijkt uit eerdergenoemd arrest *Staat en Van Hilten/M*. De werknemer die de stroomkabel op de Zuidas kapottrekt zal namelijk pas persoonlijk aansprakelijk zijn wanneer zijn eigen gedraging (namelijk het op een bepaalde manier bedienen van de grondverzetmachine) als een normschending kan worden gezien jegens een derde. Indien het kapottrekken van de kabel het gevolg is van het opvolgen van de instructies van zijn werkgever (die hem bijvoorbeeld heeft voorzien van onvolledige bouwtekeningen) terwijl hij zelf geen (beroeps)norm heeft geschonden (naar ik begrijp duurt de opleiding Machinist Grondverzet gemiddeld twee jaar en is deze gebaseerd op het MBO diploma niveau 3 "Machinist grondverzet") of abusievelijk verkeerd heeft gegraven, zal hij niet zelf op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk zijn. Hem treft dan immers geen gewone schuld van de schade, ook al is hij feitelijk degene die de stroomkabel kapot heeft getrokken. Dat is juist zo goed uitgelegd in het eerder genoemde arrest *Staat en Van Hilten/M*.

4.6. De Julianabrug in Alphen aan de Rijn (2015)

Tot slot, een vergelijkbare casus als de vorige - doch dan op waarheid gebaseerd - is toen op 3 augustus 2015 in Alphen aan de Rijn twee bouwkransen, die op een ponton stonden om een brugdeel van de Julianabrug te vervangen, instortten en tot een enorme ravage leidden met (gelukkig slechts) de tragische dood van een hond tot gevolg. De talloze werknemers die ten tijde van het ongeval ter plekke aan het werk waren zullen ieder in *feitelijke* zin hebben bijgedragen aan het ongeluk, maar dat betekent niet dat hen persoonlijk een onrechtmatige daad kan worden verweten en dat zij aansprakelijk zijn. Let wel: als het ongeval in zijn geheel was te wijten aan het per ongeluk niet goed uitvoeren van een op een specifieke werknemer rustende normstellende taak dan zou dat anders kunnen zijn. Een en ander doet niet af aan de eventuele aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW van de aannemers in wiens dienst de betrokken werknemers hun werkzaamheden hebben verricht.⁴¹

4.7. Maatschappelijk en economisch belang als rechtvaardiging voor toepassing maatstaf

De hiervoor genoemde voorbeelden laten zien waar het steeds om gaat: heeft de natuurlijk persoon die heeft gehandeld *persoonlijk* een norm jegens een derde geschonden? Dat geldt voor de bestuurder van een rechtspersoon, voor de werknemer, voor de niet-ondergeschikte en voor ieder natuurlijk persoon in het maatschappelijk verkeer los van de vraag of deze al dan niet in dienst is of anderszins betrokken is bij een rechtspersoon. Om dit nader te illustreren is het goed de rechtstheoretische discussie over

rechtspersoonlijkheid, primaire en secundaire aansprakelijkheid en het belang dat de rechtspersoon kan ondernemen eens te laten voor wat die is en te kijken naar de maatschappelijke en economische realiteit. Heeft de rechtsvorm 'rechtspersoon' een bijzondere positie ten opzichte van andere rechtsvormen? In dat verband is het goed om eens stil te staan bij het totale aantal van verschillende rechtsvormen die wij in Nederland kennen en het aantal werknemers dat daaraan is verbonden. Uit de kamer van koophandel blijken de cijfers zoals in de tabel op de volgende pagina is uiteengezet.⁴²

Rechtsvorm	Aantal	Aantal werknemers
Rechtspersonen gericht op winst		
Besloten vennootschappen	917.019	4.325.127
(Europese) naamloze vennootschappen	4.235	218.552
Buitenlandse (op) EG-venn. (lijkende venn) met onderneming/hoofdvestiging in Nederland	7.539	196.506
Europees Economisch Samenwerkingsverband	54	84
Commanditaire vennootschappen	10.090	30.904
Onderlinge Waarborgmaatschappijen	279	3.730
Subtotaal	939.216	4.774.903
Rechtspersonen met ander/bijzonder doel		
Stichting	216.412	354.150
Verenigingen	234.812	86.230
Kerkgenootschappen	1.443	754
Publiekrechtelijke rechtspersonen	985	82.968
Privaatrechtelijke rechtspersonen	86	0
Subtotaal	453.738	524.102
Andere rechtsvormen gericht op winst		
Eenmanszaken	1.085.079	1.320.313
Vennootschappen onder firma	171.730	572.933
Maatschappen	35.457	135.454

Coöperaties	8.284	59.697
Rederijen	100	59
Subtotaal	1.300.650	2.088.456
Rechtspersonen met doel onbekend		
Rechtspersonen in oprichting	847	1.248
Totaal alle rechtsvormen	2.694.451	7.388.709

Wat vertellen deze cijfers ons nu over de in de rechtspraak en literatuur naar voren gebrachte argumenten voor de ernstig verwijt-maatstaf?⁴³ Om te beginnen is het goed te kijken naar het aantal werkzame personen in Nederland. Naast de genoemde ca. 7,4 miljoen werken nog 915.000 ambtenaren bij de Staat. In totaal zijn er ca. 8,3 miljoen werkzame personen in Nederland. Als wij de maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad op grond van de ernstig verwijt-maatstaf willen 'verzwaren' voor alle gevallen dat 'voor rekening van een rechtsvorm wordt deelgenomen aan het maatschappelijk verkeer', waardoor deze rechtsvorm 'primair' aansprakelijk zou zijn en de handelend persoon slechts 'secundair', dan zou dit moeten gelden voor 8,3 miljoen natuurlijke personen in Nederland die gemiddeld 36 uur per week hun taken verrichten voor deze andere rechtsvormen. Sterker, het argument gaat niet alleen op voor al deze natuurlijke personen maar het argument gaat ook op voor de vele rechtsvormen die hun bedrijf ervan maken namens en/of voor rekening van particuliere en professionele klanten te handelen ten opzichte van derden. Deze rechtsvormen nemen ook 'voor rekening' van een andere rechtsvorm deel aan het maatschappelijk verkeer.⁴⁴ De vraag is hoe dat in de praktijk gaat uitwerken. Zijn deze 8,3 miljoen natuurlijke personen en talloze rechtsvormen gedurende 36 uur (of nog meer) per week jegens derden uitsluitend ('secundair') aansprakelijk indien hen 'opzet of bewuste roekeloosheid'⁴⁵ kan worden verweten en is dat maatschappelijk en economisch wenselijk? Zou het bestaan van deze standaard in zekere mate niet kunnen leiden tot een maatschappelijk ongewenst effect op de zorgvuldigheid die ieder natuurlijk persoon en iedere rechtsvorm ongeacht diens 'hoedanigheid' geacht wordt in het dagelijkse maatschappelijk verkeer in acht te nemen jegens derden? En wat betekent art. 6:162 BW dan eigenlijk nog?

Ten tweede kan uit vorenstaande tabel worden opgemaakt dat van ca. 2,7 miljoen inschrijvingen minder dan 1,4 miljoen betrekking hebben op rechtspersonen. Daarvan zijn ca. 940.000 rechtspersonen primair gericht op het bedrijven van een economische activiteit (ca. 929.000 kapitaalvennootschappen). Ongeveer 453.000 (32%) rechtspersonen met ca. 1,4 miljoen werknemers (524.000 + 915.000 ambtenaren) zijn niet, althans niet primair gericht op het bedrijven van een economische activiteit. Deze rechtspersonen richten zich op het algemeen belang (de Staat)⁴⁶ en/of hebben brancheomschrijvingen in de kamer van koophandel zoals gezondheidszorg/ziekenhuizen (9.781); verpleging, jeugdzorg, verstandelijk gehandicapte zorg en opvang (10.228); maatschappelijke dienstverlening en ouderenzorg (46.703); kunst (26.332); sport en recreatie (45.384); openbare archieven, cultuur, monumentenzorg, natuurbehoud, kinderboerderijen (8.608); levensbeschouwing, politiek, belangenbehartiging en werknemers- en werkgeversorganisaties (128.938). Daargelaten het feit dat de nodige kritiek is te geven op de in de arresten *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop* gegeven rechtvaardiging voor de ernstig verwijt-maatstaf, namelijk dat een maatschappelijk belang bestaat dat bestuurders van rechtspersonen zich niet in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten leiden,⁴⁷ kan ten aanzien van deze rechtspersonen, zeker voor zover zij geen onderneming drijven,⁴⁸ bezwaarlijk gesteld worden dat die rechtvaardiging opgaat.⁴⁹ Voor de bestuurders van deze rechtspersonen zal in het belang van de leden, aangeslotenen, belanghebbenden, werknemers of onderdanen (van de Staat) vaak juist wenselijk zijn dat zij hun handelen wel door defensieve overwegingen laten bepalen.⁵⁰ Löwensteyn merkte reeds ruim voor de introductie van de ernstig verwijt-maatstaf in dit verband op dat bij andere rechtspersonen dan kapitaalvennootschappen en economische verenigingen de doelstellingen vaak tot een voorzichtiger beleid nopen.⁵¹

Ten derde kan uit vorenstaande tabel worden opgemaakt dat in Nederland ongeveer 1,3 miljoen rechtsvormen (met ca. 2 miljoen werkzame personen)⁵² bestaan die géén rechtspersoon zijn doch die wel primair gericht zijn op het bedrijven van economische activiteit. Het totale aantal rechtsvormen dat geen rechtspersoon is doch wel een economische activiteit verricht (ca. 1.3 miljoen) is groter dan het aantal rechtsvormen dat wel rechtspersoon is en een economische activiteit verricht (ca. 940 duizend). Als men het argument wenst te aanvaarden dat de betrokkenen bij rechtspersonen (en met name kapitaalvennootschappen) moeten kunnen ondernemen zodat voor hen een hogere schuldgraad geldt alvorens zij op grond van een eigen onrechtmatige daad aansprakelijk zijn, dan zou dat argument toch ook voor de eigenaren, vennoten en werknemers van deze rechtsvormen aanvaard moeten worden? Die rechtsvormen hebben ook 'de functie' economische activiteit te stimuleren en de daarbij betrokken werkzame personen verrichten die economische activiteit in het belang van het (economisch) maatschappelijk verkeer. Waarom zouden zij minder goed beschermd moeten worden? Omdat zij niet gekozen hebben voor de oprichting van of indienstreding bij de rechtsvorm rechtspersoon maar voor een andere rechtsvorm? Dat kan uiteraard niet de bedoeling zijn.

5. Slotbeschouwing

Er bestaat een onvoorstelbaar grote hoeveelheid verschillende functies in onze maatschappij: statutair bestuurder, kinderopvang juf, leraar, dokter, verpleegkundige, taxichauffeur, schilder, winkelbediende, advocaat,⁵³ monteur, inkoopmanager, financieel bemiddelaar, de politieagent, officier van justitie, etc. Wat zou de ernstig verwijt-maatstaf nu moeten inhouden voor al deze functies en hoedanigheden? Zal niet alsnog steeds van geval tot geval moeten worden beoordeeld of een bestuurder of werknemer een zorgvuldigheidnorm althans een maatschappelijke betamelijkheidsnorm heeft geschonden? Zal niet steeds beoordeeld moeten worden of de gevolgen daarvan (of het nu gaat om het omstoten van de verfpot, het verkeerd uitleggen van de wet, het bedienen van een grondverzetmachine of het schenden van een 'bestuursnorm') in de verhouding tot de derde nu eenmaal voor rekening van de handelend natuurlijk persoon dienen te komen, of deze nu bestuurder, werknemer of niet-ondergeschikte is? De rechtspersoon, werkgever of opdrachtgever zijn immers weliswaar hoofdelijk aansprakelijk ex art. 6:170-172 BW maar wat als zij failliet gaan? Is het dan redelijk dat de derde in het geheel geen verhaal kan vinden?⁵⁴ De wetgever heeft dat in het verleden in ieder geval niet redelijk gevonden en het is uitsluitend aan de wetgever te bepalen of dat anno 2017 anders is. In een *rechtspolitiek* debat daarover kunnen de hiervoor genoemde cijfers niet ontbreken.

Wat bij dit alles niet uit het oog moet worden verloren is dat rechtspersoonlijkheid en natuurlijke persoonlijkheid onafhankelijk naast elkaar bestaan. Het feit dat een rechtspersoon de facto niet kan handelen zonder tussenkomst/het handelen van een of meer natuurlijke personen, betekent niet dat een normschending van de rechtspersoon tevens een normschending van de natuurlijk persoon impliceert waartegen deze beschermd zou moeten worden door het hanteren van een hogere schuldgradatie. De natuurlijk persoon is uitsluitend aansprakelijk voor een *eigen* normschending jegens een derde. Dit onderscheid lijkt in de literatuur als gevolg van rechtspersoonlijkheid niet meer goed te worden onderkend. Een juiste bescherming van de handelend natuurlijk persoon is gelegen in een juiste analyse van de vraag welke norm op deze persoon rust ten opzichte van een derde. Een juiste bescherming van de maatschappij als geheel is echter erin gelegen dat de rechtspersoon en de natuurlijk persoon ieder onafhankelijk van elkaar verantwoordelijk blijven voor hun eigen gedragingen. Zou dat anders zijn dan zou de rechtspersoon - die zoals gezegd zonder tussenkomst van natuurlijke personen niet kan handelen - alsnog gebruikt kunnen worden om gedragingen mee te verrichten die - zou de rechtspersoon er niet tussen zitten - als maatschappelijk onbetamelijk zouden worden beschouwd van de daarbij betrokken natuurlijk personen. De co-existentie van normen die op de rechtspersoon en natuurlijk persoon blijven rusten maakt dan ook dat het rechtspersonenrecht werkt en dat de rechtspersoon een volwaardige plaats in het maatschappelijk verkeer heeft verworven. Het uitbreiden van het toepassingsbereik van een maatstaf die in de schaduwzijde van dat prachtige rechtspersonenrecht is ontwikkeld lijkt mij niet wenselijk en in ieder geval iets wat uitsluitend mogelijk is indien de wetgever expliciet heeft kenbaar gemaakt daarvoor te kiezen.

L. Timmerman, 'Verband tussen samenwerking en rechtspersoon', in: L. Timmerman e.a. (red.), *Samenwerken in het ondernemingsrecht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 80, Deventer: Kluwer 2011, p. 5.

2

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', *RM Themis*, 2016/4, 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* 2016/98, afl. 13, p. 487-489.

3

Zie naast mijn eigen artikelen: J.R. Glasz, 'Aansprakelijkheid van directeuren en commissarissen, vanuit het vennootschapsrecht bezien', *TVVS* 1986, nr. 86/4, p. 82; J.M. Blanco Fernández, *De Raad van Commissarissen bij de NV en BV* (diss. Maastricht), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 19, Deventer: Kluwer 1993, p. 174-179; J.R. Glasz, H. Beckman en J.A.M. Bos, *Bestuur en Toezicht. Taken Verantwoordelijkheden Aansprakelijkheden van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Kluwer 1994, p. 113-114; P. van der Vlis, 'Interne aansprakelijkheid van bestuurders: de functies van artikel 2:9 BW', *TVVS* 1994/157; J.R. Glasz, *Enige Beschouwingen over zinnol commissariaat*, Deventer: Kluwer 1995, p. 48; J.M. Blanco Fernández, 'Rechtspositie en aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen', *Ondernemingsrecht* 2000, afl. 17, p. 474; B.F. Assink en P.D. Olden, 'Over bestuurdersaansprakelijkheid - De reikwijdte van de maatstaf 'ernstig verwijt', vrijetekening en vrijwaring nader bezien', *Ondernemingsrecht* 2005, afl. 1, p. 9-16; D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid. Een maatpak voor de Board Room* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010, p. 23 en 27; J.B. Huizink e.d. (red.), *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland? Bestuurstaak, bestuursverantwoordelijkheid en bestuurdersaansprakelijkheid volgens het nieuwe artikel 2:9 BW*, Deventer: Kluwer 2011, p. 9; J.B. Huizink, 'Maakt de Hoge Raad het vennootschapsrecht opnieuw nodeloos ingewikkeld?', *O&F* 2013, afl. 1, p. 23-32; S.M. Bartman, 'Anders dan het orakel van Delphi', *Ondernemingsrecht* 2014/143, afl. 17, p. 723; F.M.J. Verstijlen, Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid, *NJB* 2013/551, p. 4; F.M.J. Verstijlen, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in het gemene recht', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten, en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015*, Deventer, Kluwer 2015, p. 323-348; A. Karapetian, 'Bestuurdersaansprakelijkheid na Van de Riet/ Hoffman: 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', *TvJ* 2015/51, Afl. 6, p. 336 e.v.; M.L. Tuil, '(Geen) aansprakelijkheid bij onjuiste gegevensverschaffing bij zekerheidsverlening - Een rol voor 'dwalingsaansprakelijkheid' na Hoge Raad 5 augustus 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, *NJ* 2015, 22 (RCI/X)?' in *MvV* 2015/2; W.J.M. van Veen, 'Ontwikkelingen jurisprudentie Hoge Raad ondernemingsrecht', *WPNR* 2016/7102, p. 265-282.

4

HR 6 april 1979, nr. 11364, *NJ* 1980, 34 (*Kleuterschool Babel*).

5

C.J.M. Klaassen, 'Schadeveroorzakend handelen in functie...Diverse wegen leiden naar de werkgever', in: S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), *Serie Onderneming en Recht deel 20*, Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 17 en 23-24.

6

HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

7

Ogenschijnlijk omdat het maar de vraag is of de Hoge Raad dat in *Ontvanger/Roelofsen* destijds wel zo bedoelde. Zie hierover W.A. Westenbroek, 'Metaalmoetheid na 88 jaar 'externe' bestuurdersaansprakelijkheid en Spaanse Villa, het is tijd voor herbezinning: laat de ernstig verwijtmaatstaf los', *Ondernemingsrecht* 2015/69, afl. 11, p. 353 e.v.

8

HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 21 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2014/296 m.nt. M.J. Kroeze (*Hezemans Air*) en HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 22 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2014/325 m.nt. Kortmann (*RCI/Kastrop*). De arresten zijn een vervolg op HR 23 november 2012, *NJ* 2013, 302 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2013/40 m.nt. W.J.M. van Andel en K. Rutten (*Spaanse Villa*). Zie mijn kritiek op deze arresten in mijn publicaties genoemd in voetnoot 2.

9

J. van Bakkum, 'Tulip Air neemt zorg en onzekerheid over Spaanse Villa niet weg', *WPNR* 2015/7055, p. 280-286 in vervolg op J. van Bakkum, 'Hoge Raad vergroot risico aansprakelijkheid bestuurders voor gewone zakelijke risico's', *TvI* 2013/17. Er zit echter een tegenstrijdigheid in beide publicaties aangezien Van Bakkum in *TvI* 2013/17 nog stelde dat het werken met gradaties van verwijtbaarheid, zoals 'ernstig' of 'voldoende ernstig' verwijtbaar, weinig houvast biedt aan de praktijk en dat het beter zou zijn om concrete normen te stellen die bestuurders (onder meer) jegens wederpartijen van de rechtspersoon in acht moeten nemen. Met die kritiek ben ik het helemaal eens maar in *WPNR* 2015/7055 betoogde Van Bakkum juist dat de schuldgradatie die geldt voor externe bestuurdersaansprakelijkheid ook voor externe werknemersaansprakelijkheid zou moeten gelden.

10

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

11

J. van Bakkum, 'Tulip Air neemt zorg en onzekerheid over Spaanse Villa niet weg', *WPNR* 2015/7055, p. 280-286. Zie ook P.D. Olden in 'Koester de maatstaf "ernstig verwijt": beter hebben we niet', *Ondernemingsrecht* 2015/70, afl. 11, p. 367 die suggereerde dat de 'beperkte aansprakelijkheid' bij de kapitaalvennootschap iets zou moeten zeggen over de normen die gehanteerd moeten worden voor de beoordeling van aansprakelijkheid van bestuurders. Ik heb daarop gereageerd in W.A. Westenbroek, 'Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening', *Ondernemingsrecht* 2016/24, afl. 3, p. 112 e.v. (par. 4.6).

12

De rechtvaardiging is afgeleid van HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21, m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (*Willemsen/NOM*).

13

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).

14

De ondergeschikte blijft dus hoofdelijk aansprakelijk jegens de derde en art. 6:170 BW regelt alleen de situatie dat degene in wiens dienst hij stond (ook) wordt aangesproken en verhaal wenst te nemen op de ondergeschikte in het geval deze de schade van de derde heeft vergoed. Dit blijkt ook uit de parlementaire geschiedenis bij art. 7A:1639da BW (thans art. 7:661 BW). Daarin wordt het volgende gezegd over art. 6:170 lid 3 BW: “Art. 6.3.2.2 lid 3 is alleen van toepassing, wanneer schade voor de werkgever is ontstaan, doordat hij door de daar bedoelde derde uit hoofde van het eerste of het tweede lid van dat art. wordt aangesproken. Voor dat geval bevat art. 6.3.2.2 lid 3 een regel die de mogelijkheid dat de werkgever verhaal neemt op de werknemer sterk beperkt.” Zie *Kamerstukken II 1987/88*, 17 896, nr. 8 (MvA), p. 27-28.

15

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.

16

C.J.M. Klaassen, ‘Schadeveroorzakend handelen in functie...Diverse wegen leiden naar de werkgever’, in: S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), *Serie Onderneming en Recht deel 20*, Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 6-7.

17

C.J.M. Klaassen, ‘Schadeveroorzakend handelen in functie...Diverse wegen leiden naar de werkgever’, in: S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), *Serie Onderneming en Recht deel 20*, Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 5 e.v. en p. 35-36 onder verwijzing naar J. Spier en A.T. Bolt, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Deventer: Tjeenk Willink 1996, p. 332. Omdat art. 6:170 BW ziet op de hoofdelijke aansprakelijkheid van de werkgever jegens de derde doch niet op de aansprakelijkheid van de ondergeschikte jegens de derde, zou de door Klaassen beoogde bescherming naar mijn mening niet tot een aanpassing van art. 6:170 BW hebben moeten leiden maar tot een aanpassing van art. 6:162 BW. Daarin zou dan een hogere drempel voor aansprakelijkheid moeten worden opgenomen indien de fout is begaan in de uitvoering van een taak die de dader in relatie tot de werkgever/vertegenwoordigde/opdrachtgever (ex art. 6:170-172 BW) gehouden is te verrichten.

18

De wetgever heeft als uitgangspunt genomen dat de bestuurder van een rechtspersoon is aan te merken als ondergeschikte in de zin van art. 6:170 BW. In de wetsgeschiedenis bij art. 6.3.2.2 lid 3 BW, waarvan de laatste zin luidt “uit de omstandigheden van het geval kan, mede gelet op de aard van de betreffende overeenkomst, anders voortvloeien dan in de vorige zin is bepaald”, is in dit verband expliciet het voorbeeld genoemd “dat het gaat om een ondergeschikte die als directeur in dienst was van de aangesproken N.V.”. Zie 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. 728 en *Kamerstukken II 1975/76*, 7729, nr. 6 (MvA), p. 169. De bestuurder is veelal overigens ook een werknemer van de rechtspersoon. Zie W.J. Slagter, *De Raad van Commissarissen bij de NV en BV* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2005, p. 321. Ook Klaassen merkte in 2000 op dat de bestuurder als een ondergeschikte in de zin van art. 6:170 BW kan worden aangemerkt. Zie C.J.M. Klaassen, ‘Schadeveroorzakend handelen in functie...Diverse wegen leiden naar de werkgever’, in: S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), *Serie Onderneming en Recht deel 20*, Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 98.

19

Sinds de invoering van art. 6:171 BW en art. 6:172 BW kan gesteld worden dat de bestuurder die niet in dienst is van de rechtspersoon kan worden aangemerkt als een niet-ondergeschikte in de zin van art. 6:171 BW of een vertegenwoordiger in de zin van art. 6:172 BW. Zie P. Van Schilfgaarde, J. Winter & J.B. Wezeman, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 61. Zie ook J.B. Huizink, *Groene Serie*

Rechtspersonen, Bestuurder ondergeschikte?, art. 2:240, aant. 15a.2 (online bijgewerkt tot 20 november 2012), Deventer: Kluwer (losbl. en online). Ten aanzien van art. 6:171 BW geldt dat indien de bestuurder niet tevens op grond van een arbeidsovereenkomst is aangesteld als bestuurder, hij dat veelal wel is op basis van een overeenkomst van opdracht. Zie W.J. Slagter, *De Raad van Commissarissen bij de NV en BV* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2005, p. 321 en Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/195. Voorts kan zijn relatie met de rechtspersoon worden aangemerkt als een rechtsverhouding tot lastgeving. Zie J.G. Kist en L.E. Visser, *Beginselen van Handelsrecht volgens de Nederlansche Wet* (Derde Deel), 's-Gravenhage: Boekh. Vh Gebr. Belinfante 1914, p. 511.

20

Ten aanzien van art. 6:172 BW geldt dat het bestuur op grond van de wet de (wettelijk) vertegenwoordiger van de rechtspersoon is.

21

Er is in de literatuur overigens gesteld dat voor bestuurders praktisch weinig betekenis zou toekomen aan art. 6:170-172 BW. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011/333. Zie ook P.D. Olden in 'Koester de maatstaf "ernstig verwijt": beter hebben we niet', *Ondernemingsrecht* 2015/70, afl. 11, p. 367. Een duidelijke grond voor deze stelling wordt evenwel niet aangevoerd terwijl in HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 244 (*Shell-Van Doorn*) de Hoge Raad een bestuurder als een ondergeschikte in de zin van art. 1403 lid 3 BW (thans art. 6:170 BW) aanmerkte.

22

L. Timmerman, *Toetsing van ondernemingsbeleid door de rechter, mede in rechtsvergelijkend perspectief. Over het onderscheid tussen gedragsnormen en toetsingsnormen*, Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Amsterdam 2004, p. 10.

23

W.A. Westenbroek, 'Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening', *Ondernemingsrecht* 2016/24, afl. 3, p. 112 e.v.

24

Dat het 'overige privévermogen' is afgeschermd voor de risico's van de economische activiteit van de kapitaalvennootschap is een logisch en vanzelfsprekend gevolg van rechtspersoonlijkheid. Ook het eerdergenoemde arrest *Poot/ABP* is een logisch en vanzelfsprekend gevolg van rechtspersoonlijkheid. Het arrest bevestigt slechts dat een kapitaalvennootschap en diens aandeelhouders verschillende rechtssubjecten zijn en dat schade van de kapitaalvennootschap dus geen schade van de aandeelhouder van die vennootschap impliceert. Het is een goed arrest dat niet uit zijn verband moet worden getrokken.

25

Zie M.L. Tuil, '(Geen) aansprakelijkheid bij onjuiste gegevensverschaffing bij zekerheidsverlening Een rol voor 'dwalingsaansprakelijkheid' na Hoge Raad 5 augustus 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, *NJ* 2015, 22 (RCI/X)?' in *MvV* 2015/2 die betoogt dat het op dezelfde datum als *Hezemans Air* gewezen arrest *RCI/Kastrop* voor een financier die overweegt aan de vennootschap krediet te verschaffen tot ongewenste resultaten leidt.

26

W.J.M. van Veen, *Boek 2 BW, statuten en aandeelhoudersovereenkomsten - stand van zaken en blik vooruit*, Deventer: Kluwer 2011, p. 19.

27

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

28

De rechtspraak over externe bestuurdersaansprakelijkheid van de periode voor Ontvanger/Roelofsen laat dat zeer helder zien. Zie HR 31 januari 1958, *NJ* 1958, 251 (*Van Dullemen/Sala*), HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Beklamel*) en HR 3 april 1992, *NJ* 1992, 411 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Van Waning/Van der Vliet*).

29

HR 11 oktober 1991, *NJ* 1993, 165 m.nt. C.J.H. Brunner en G.J.M. Corstens (*Staat en Van Hilten/M*).

30

Zie r.o. 3.3 en 3.4 en het daaraan ten grondslag liggende cassatiemiddel in r.o. 3.2.

31

HR 11 oktober 1991, *NJ* 1993, 165 m.nt. C.J.H. Brunner en G.J.M. Corstens (*Staat en Van Hilten/M*), r.o. 11.

32

Ook ambtenaren blijven persoonlijk aansprakelijk voor hun eigen fouten. Een wettelijke uitzondering daarop is geregeld voor gerechtelijke ambtenaren (in opleiding). Zie art. 42 lid 1 t/m lid 4 van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Wrra): “1. Voor schade die een rechterlijk ambtenaar of een rechterlijk ambtenaar in opleiding bij de vervulling van zijn ambt aan een derde toebrengt en waarvoor hij zelf krachtens de wet aansprakelijk zou zijn, is jegens de derde uitsluitend de Staat aansprakelijk. (...) 2. Voor schade als bedoeld in het eerste lid en voor schade die hij bij de vervulling van zijn ambt aan de Staat toebrengt, is een rechterlijk ambtenaar of rechterlijk ambtenaar in opleiding jegens de Staat niet aansprakelijk, behalve voor zover de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid.”

33

Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/157.

34

Die toerekening heeft een wettelijke basis in art. 3:66 BW: De handeling wordt als het ware losgemaakt van de persoon die haar verricht en toegerekend aan een ander. Zie Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004/2. De schakelbepaling van art. 3:78 BW regelt expliciet dat de daarin genoemde wetsbepalingen, waaronder art. 3:66 BW, ook van toepassing zijn wanneer iemand optreedt als vertegenwoordiger buiten volmacht. Art. 3:66 BW vormt daarmee de wettelijke grondslag voor de toerekening van de door een bestuurder namens een rechtspersoon verrichte rechtshandeling aan de rechtspersoon. Art. 3:79 BW bepaalt voorts dat alle bepalingen van titel 3 van Boek 3 BW (welke titel handelt over vertegenwoordiging) overeenkomstige toepassing vinden buiten het vermogensrecht voor zover de aard van de rechtshandeling of rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Deze bepalingen vinden dus overeenkomstige toepassing in het rechtspersonenrecht en in het kader van de wettelijke of verbintenisrechtelijke vertegenwoordiging van de rechtspersoon.

35

Vgl. B.F. Assink en W.J. Slagter, *Compendium voor het Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 2265 die in het kader van aandeelhoudersaansprakelijkheid ook met behulp van een peildatum laat zien dat er een onderscheid bestaat tussen de aansprakelijkheid van de rechtspersoon als het ene rechtssubject en de aansprakelijkheid van de aandeelhouder als het andere rechtssubject.

36

Van een situatie als deze was in feite sprake in HR 31 januari 1958, *NJ* 1958, 251 (*Van Dullemen/Sala*) dat een zaak van externe bestuurdersaansprakelijkheid betrof waar het evenwel niet ging om een eigendomsrecht maar om een gebruiksrecht op grond van een huurovereenkomst. Dit arrest waarnaar expliciet wordt verwezen in HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 295 m.nt. J.M.M. Maeijer (*New Holland Belgium/Oosterhof*) lag aan de basis van het arrest HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*) waarin op zijn beurt expliciet werd verwezen naar *New Holland Belgium/Oosterhof*.

37

Zie ook J.B. Huizink, Bestuurdersaansprakelijkheid, een pot nat?', *O&F* 2009/17, p. 110.

38

J. van Bekkum, 'Tulip Air neemt zorg en onzekerheid over Spaanse Villa niet weg', *WPNR* 2015/7055, p. 280-286.

39

De gedupeerde kan beide wegen bewandelen (zie ook J.B. Huizink, Bestuurdersaansprakelijkheid, een pot nat?', *O&F* 2009/17, p. 110) en kan voorts kiezen om de schilder niet zelf aan te spreken en uitsluitend de werkgever aan te spreken. Als de schilder door de gedupeerde wordt aangesproken kan deze zich op grond van art. 6:257 BW (de blokkering van de 'paardensprong') jegens de opdrachtgever wel beroepen op eventuele exoneratieclausules die de schildersonderneming met deze opdrachtgever is overeengekomen. Mocht hem dat niet baten dan kan de schilder ex art. 6:170 lid 3 jo 6:10 lid 2 BW regres nemen op de schildersonderneming.

40

P.D. Olden, 'Koester de maatstaf "ernstig verwijt": beter hebben we niet', *Ondernemingsrecht* 2015/70, afl. 11, p. 367.

41

In april/mei 2016 verschenen dan ook berichten in de media dat gedupeerden de betrokken aannemerscombinatie voor de rechter dagen.

42

Bron: resultaten onderzoek kamer van koophandel van 15 februari 2017. Hierbij zij opgemerkt dat er geen verplichting bestaat voor rechtsvormen om het aantal werkzame personen op te geven en bij te houden zodat de hierin genoemde getallen indicatief zijn (zo zijn er ook veel rechtsvormen die nul werkzame personen vermelden waaronder minstens 12.138 eenmanszaken). Uit gegevens van het Centraal Planbureau voor de Statistiek blijkt evenwel dat de beroepsbevolking eind 2016 uit ca. 8,8 miljoen natuurlijke personen bestaat waartoe ca. 915.000 ambtenaren en ca. 500.000 werklozen behoren. Indien men deze getallen (915.000 en 500.000) optelt bij het totaal aantal werkzame personen zoals blijkt uit de tabel dan komt men uit op een totaal van ca. 8,8 miljoen. Aangezien deze cijfers overeenkomen met de door het CBS genoemde cijfers, geven de cijfers afkomstig van de kamer van koophandel een goed beeld van de verdeling van de beroepsbevolking over de verschillende rechtsvormen in Nederland.

43

De tabel geeft overigens een vertekend beeld over de grootte van de genoemde rechtsvormen. Uit de cijfers van de kamer van koophandel blijkt dat bij meer dan 10% van de eenmanszaken bijvoorbeeld twee of meer natuurlijke personen zijn betrokken. Bij duizenden eenmanszaken zijn meer dan twee personen

betrokken. Bij honderden eenmanszaken zijn tussen de 20 en de 50 werkzame personen betrokken. Bij sommige eenmanszaken zijn honderden werkzame personen betrokken.

44

Zo kunnen handelingen van de ene rechtsvorm aan de andere rechtsvorm worden toegerekend. Zie bijvoorbeeld HR 8 augustus 2014, *JOR* 2014/320 m.nt. A.J. Tekstra (*X/Staat*).

45

Hetgeen volgens Van Bekkum gelijk moet worden gesteld met ‘ernstig verwijt’. Zie J. van Bekkum, ‘Tulip Air neemt zorg en onzekerheid over Spaanse Villa niet weg’, *WPNR* 2015/7055, p. 280-286, voetnoot 15.

46

Ook de Staat, provincies, gemeentes, waterschappen en andere lichamen, waar in totaal ca. 915.000 ambtenaren werken, zijn ex art. 2:1 BW rechtspersonen die zich - vanzelfsprekend - richten op het algemeen belang.

47

Zie ook S.M. Bartman, ‘Anders dan het orakel van Delphi’, *Ondernemingsrecht* 2014/143, afl. 17, p. 723.

48

Enige nuance is hier wel op zijn plaats omdat een deel van de genoemde rechtspersonen ook een onderneming zal drijven.

49

Welk ‘maatschappelijk’ belang de Hoge Raad op het oog zou hebben licht de Hoge Raad niet toe maar gelet op de verwijzing in de arresten *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop* naar het arrest *Willemsen/NOM* mag aangenomen worden dat hij het belang dat een bestuurder moet kunnen ondernemen bedoelt.

50

C.H.C. Overes, ‘Aansprakelijkheid van stichtingsbestuurders; bestuurders opgelet!’, *Ondernemingsrecht* 2015/103, afl. 15, p. 518 schreef bijvoorbeeld dat het winststreven voor stichtingen niet als rechtvaardiging kan dienen bij het nemen van financiële risico’s hetgeen de marge waarbinnen het bestuur risico’s kan nemen verkleint. Zie ook A. Hendrikse, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid in de not-for-profit sector: van liefdewerk, oud papier, de dingen die voorbijgaan’, *Ondernemingsrecht* 2009/40, afl. 13, p. 175, A. Hendrikse, ‘Insolvente stichtingen en bestuurdersaansprakelijkheid’, in: R.J. van Galen e.a. (red.), *De insolvente vennootschap, Insolad Jaarboek2010*, Deventer: Kluwer 2010, p. 48 en M.L. Lennarts, ‘Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders bij stichtingen’, in: *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 136 e.v.

51

F.J.W. Löwensteyn, *Pitlo.Rechtspersonenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, 75, herhaald in F.J.W. Löwensteyn en M.J.G.C. Raaijmakers, *Pitlo/Löwensteyn. Rechtspersonenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 72.

52

Waarvan ca. 1, 1 miljoen zelfstandig ondernemers via hun eenmanszaak.

53

In HR 18 september 2015, *NJ* 2016, 66 m.nt. P. van Schilfgaarde en *JOR* 2015/289 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Breeweg/Wijnkamp*) overwoog de Hoge Raad overigens uitdrukkelijk dat de ernstig verwijtmaatstaf niet geldt voor de advocaat die een beroepsfout begaat doch tevens bestuurder is van een rechtspersoon.

54

Van Bekkum maakt overigens een onderscheid voor situaties buiten en binnen faillissement. Dit lijkt mij niet goed werkbaar. Zie daarover J. van Bekkum, 'Reactie op Mr. W.A. Westenbroek, 'Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening', *Ondernemingsrecht* 2016/24', *Ondernemingsrecht* 2016/98, p. 485-487 en mijn reactie daarop in '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* 2016/98, afl. 13 p. 487-489 (par. 8).