

# Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening

De toerekening van rechtshandelingen aan de rechtspersonen vormt geen rechtvaardiging voor het hanteren van de ernstig verwijt maatstaf. Rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit staan centraal

## Ondernemingsrecht 2016/24

In de arresten *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop* overwoog de Hoge Raad dat de ernstigverwijtmaatstaf een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder vormt welke onder meer wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de rechtspersoon. Hiermee zegt de Hoge Raad dat toerekening van (rechts)handelingen een hoge drempel voor aansprakelijkheid van die bestuurder rechtvaardigt. Deze redenering doet afbreuk aan de idee van rechtspersoonlijkheid en de daarmee noodzakelijk samenhangende toerekening van (rechts)handelingen aan de rechtspersoon en miskent de functie van toerekening. Met toerekening wordt uitsluitend beoogd een maatschappelijk wenselijk rechtsgevolg teweeg te brengen tussen enerzijds de partij die door het feitelijk handelen van een (natuurlijk) persoon wordt gebonden aan welke partij dat handelen kan worden toegerekend en anderzijds een derde partij die door dat feitelijk handelen van die (natuurlijk) persoon is benadeeld en/of op dat feitelijk handelen gerechtvaardigd heeft vertrouwd. Omdat de rechtspersoon een door de wetgever gecreëerd abstract rechtssubject is dat zonder menselijke tussenkomst in het maatschappelijk (economisch) (rechts)verkeer geen betekenis/functie heeft, zal zij steeds als gevolg van toerekening van (rechts)handelingen deel uitmaken van dat maatschappelijk (economisch) (rechts)verkeer. Met toerekening wordt niet beoogd dat de feitelijk handelend persoon zelf wordt ontheven van eigen zorgvuldigheidsverplichtingen die op hem als zelfstandig rechtssubject rusten. Het feit dat handelingen van natuurlijke personen zoals bestuurders kunnen worden toegerekend aan de rechtspersoon, waardoor deze rechtspersoon zogenaamd 'primair' zou handelen, kan dus nimmer een rechtvaardiging vormen voor het hanteren van een hoge drempel voor externe bestuurdersaansprakelijkheid.

### 1. Inleiding

Ik ben een voorstander van het loslaten van de ernstigverwijtmaatstaf bij de beoordeling van (externe) bestuurders-

aansprakelijkheid.<sup>2</sup> Vooral nog heb ik daar niet veel expliciete medestanders voor hoewel ik steun ontleen aan de redelijk recente bijdrage van Verstijlen in *Geschriften* vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015 waarin hij schrijft: "Er is onvoldoende grond voor het vereist stellen van een 'ernstig verwijt' indien de relatie tussen de bestuurder persoonlijk en een derde aan de orde is."<sup>3</sup> Bartman heeft daarnaast iets minder recentelijk de onderbouwing van de maatstaf door de Hoge Raad bekritiseerd<sup>4</sup> en ook Huizink heeft zich in het verleden kritisch uitgelaten.<sup>5</sup>

Maar voor het overige is de ernstigverwijtmaatstaf nog springlevend en wordt deze door sommigen als een heilige graal verdedigd alsof de maatstaf al zo oud is als de mensheid.<sup>6</sup> Dat deze maatstaf, die is ontwikkeld voor de beoordeling van *interne* aansprakelijkheid (wat daar ook van zij), eerst in het arrest *Ontvanger/Roelofsen*<sup>7</sup> uit 2006 van toepassing is verklaard op *externe* bestuurdersaansprakelijkheid en dus een zeer korte geschiedenis heeft, terwijl voorts de nodige vraagtekens zijn te plaatsen bij de wijze van totstandkoming ervan, wordt daarmee genegeerd.

Een onderbouwing voor de toepasselijkheid van de ernstigverwijtmaatstaf bij de beoordeling van externe bestuurdersaansprakelijkheid ontbrak in *Ontvanger/Roelofsen*. Eerst in de arresten *Spaanse Villa*<sup>8</sup>, *Hezemans Air*<sup>9</sup> en *RCI/Kastrop*<sup>10</sup> is deze onderbouwing alsnog gegeven. In *Spaanse Villa* maakte de Hoge Raad eerst een expliciet onderscheid tussen de regels van de 'gewone onrechtmatige daad' en de regels van externe bestuurdersaansprakelijkheid. In *Hezemans Air* en *RCI/Kastrop* overwoog de Hoge Raad vervolgens dat voor de 'ongewone' onrechtmatige daad van externe bestuurdersaansprakelijkheid een hoge drempel voor aansprakelijkheid in de vorm van de ernstigverwijtmaatstaf

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. waar deze bijdrage een vervolg op is.

3 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.

4 S.M. Bartman, 'Anders dan het orakel van Delphi', *Ondernemingsrecht* 2014/143, afl. 17, p. 723.

5 J.B. Huizink, 'Maakt de Hoge Raad het vennootschapsrecht opnieuw node-loos ingewikkeld?', *Onderneming & Financiering* 2013, afl. 1, p. 23-32.

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

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

8 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*).

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

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

1 Winand Westenbroek is advocaat te Amsterdam.

geldt die onder meer wordt gerechtvaardigd “door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de rechtspersoon”.<sup>11</sup>

Deze redenering van de Hoge Raad neemt als uitgangspunt dat de betrokken handelingen van de bestuurder worden toegerekend aan de rechtspersoon. Deze toerekening zorgt er immers voor dat men kan spreken van “primair” handelen van de rechtspersoon. Hoewel het op zich juist is dat handelingen van de bestuurder doorgaans aan de rechtspersoon kunnen worden toegerekend, is de redenering dat *daardoor* een hoge drempel voor de externe aansprakelijkheid van de bestuurder van een rechtspersoon wordt gerechtvaardigd mijns inziens onjuist. De redenering doet namelijk afbreuk aan de meest basale beginselen uit Boek 2 BW over rechtspersonen: rechtspersoonlijkheid en de daarmee noodzakelijk samenhangende toerekening van (rechts) handelingen aan de rechtspersoon. In deze bijdrage wil ik daarop de aandacht vestigen.

Ik zal in deze bijdrage niet ingaan op de overweging van de Hoge Raad in voormelde arresten dat een hoge drempel voor aansprakelijkheid tevens zou worden gerechtvaardigd door het feit dat daardoor voorkomen wordt dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen hoewel ook die overweging mijns inziens geen stand kan houden. Ik beperk mij in dit verband tot (i) de verwijzing naar mijn eerdere betoog dat niet is in te zien waarom de manoeuvreerruimte die een bestuurder *intern* nodig heeft om te besturen *extern* zou moeten kunnen worden geworpen tegen derden die niet betrokken zijn bij de rechtspersoon;<sup>12</sup> en (ii) de opmerking dat het gegeven dat het bestuur als orgaan moet kunnen ondernemen reeds meegewogen wordt bij het beoordelen van de vraag of sprake is van onbehoorlijk bestuur van het bestuur als collectief ex artikel 2:9 BW; als het bestuur ‘onverantwoordelijke risico’s’ neemt wordt de grens bereikt van wat behoorlijk bestuur is, aldus de Parlementaire Geschiedenis,<sup>13</sup> en ontstaat *collectieve* aansprakelijkheid. Het is dan niet consequent of logisch om bij de beoordeling van de vraag naar de *individuele* aansprakelijkheid opnieuw mee te wegen dat de individuele bestuurder risico’s moet kunnen nemen (lees: zijn handelen niet in onwenselijke mate door defensieve overwegingen moet laten bepalen). Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om dat verder toe te lichten maar ik beoog dat in een andere bijdrage alsnog te doen.

## 2. Rechtspersonen en rechtspersoonlijkheid

De rechtspersoon is een creatie van de mens. Het is een door de wetgever gecreëerde en erkende rechtsvorm. Wat alle rechtspersonen gemeen hebben is dat zij, los van de natuurlijke personen die daarbij betrokken zijn, eigen bezittingen kunnen hebben, in rechte kunnen optreden, verplichtingen kunnen aangaan en rechten hebben. Kort gezegd: zij kunnen zelfstandig in het maatschappelijk verkeer optreden. De rechtspersoon is zelfstandig drager van eigen rechten en verplichtingen.<sup>14</sup>

De rechtspersoon is echter een juridische abstractie. Zonder menselijke tussenkomst/feitelijk handelen zal een rechtspersoon dus geen (rechts)handelingen kunnen verrichten of een onrechtmatige daad kunnen plegen. De rechtspersoon en de daarbij betrokken natuurlijke personen kunnen dan ook niet los van elkaar worden gezien en de juridische abstractie van de rechtspersoon kan dus nooit in al haar consequenties worden doorgevoerd alsof de rechtspersoon volledig los wordt gezien van de daarbij betrokken natuurlijke personen.<sup>15</sup> Deze noodzakelijke samenhang is een gevolg van het accepteren van de abstracte rechtsvorm ‘rechtspersoon’ voor wie alleen maar verplichtingen kunnen ontstaan door menselijke tussenkomst. Het ontstaan van die verplichting voor de rechtspersoon geschiedt op basis van toerekening van handelingen van de natuurlijke persoon aan de rechtspersoon.

De Hoge Raad heeft dan ook overwogen dat de toerekeningsleer, zoals geformuleerd in het hierna aangehaalde en welbekende arrest Kleuterschool Babel,<sup>16</sup> een oplossing biedt voor het probleem dat een juridische constructie, zijnde een juridisch abstract rechtssubject zoals de rechtspersoon met eigen rechten en verplichtingen, slechts door natuurlijke personen aan het maatschappelijk verkeer kan deelnemen en dat toerekening aan de rechtspersoon dan mede wordt gerechtvaardigd doordat de in feite handelende persoon en de rechtspersoon aan wie dat handelen wordt toegerekend, vanuit het perspectief van de benadeelde tot op zekere hoogte met elkaar zijn te ‘vereenzelvigen’.<sup>17</sup> Ook in de literatuur en in oudere jurisprudentie wordt in dit verband de term vereenzelviging gebruikt.<sup>18</sup> De benadeelde

11 Onder verwijzing door de A-G Wesseling-van Gent in haar conclusie bij Hezemans Air naar de door A-G Timmerman in zijn conclusie bij 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*) gegeven motivering over primaire en secundaire aansprakelijkheid. A-G Timmerman verwijst op zijn beurt weer naar S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevenden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 88 e.v.

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

13 *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, nr. 3, p. 9 (MvT).

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

15 M.J. Kroeze in *Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/16, Rechtspersoon: abstractie ten aanzien van het subject (online bijgewerkt tot 13 januari 2015), Deventer: Kluwer (losbladig en online).

16 HR 6 april 1979, NJ 1980/34, m.nt. C.J.H. Brunner (*Kleuterschool Babel*).

17 HR 11 november 2005, LJN AT6018, NJ 2007/31; JOR 2006/90 (*Voorsluijs*). Het gaat hier dus om een andere ‘vereenzelviging’ dan bedoeld om misbruik van identiteitsverschil aan te pakken. Zie daarover: HR 13 oktober 2000, NJ 2000/698; JOR 2000/238 (*Rainbow*). HR 3 november 1995 (r.o. 4.4.2), NJ 1996/215 (*Roco/Staat*), HR 9 juni 1995, NJ 1996/213 (*Citco*), HR 26 januari 1994, NJ 1994/545 (*Heuga*); *Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\** 2009/835, De naamloze en besloten vennootschap, Vereenzelviging (online bijgewerkt tot 1 april 2009), Deventer: Kluwer (losbladig en online).

18 M.J. Kroeze in *Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\** 2015/86, De rechtspersoon, Toerekening van vereenzelviging (online bijgewerkt tot 13 januari 2015), Deventer: Kluwer (losbladig en online); J.W. Hoekzema in *Groene Serie Onrechtmatige daad*, VIII.7.1.1.4 Terminologie: vereenzelviging of toerekening? (online bijgewerkt tot 31 mei 2015), Deventer: Kluwer (losbladig en online); HR 17 maart 1976, NJ 1977/525.

mag afgaan op wat hij waarneemt en hoeft zich niet te verdiepen in interne verhoudingen.<sup>19</sup>

De toerekeningsleer is dus met name functioneel in de verhouding tussen natuurlijk persoon en rechtspersoon. Zonder toerekening zou de rechtspersoon in het maatschappelijk verkeer niet functioneren en haar doel niet kunnen nastreven (en daarom geen functie hebben). Maar wat houdt die toerekening dan precies in?

### 3. De betekenis van toerekening

Met de term toerekening van gedragingen en wetenschap (de toerekeningsleer) wordt bedoeld dat gedragingen en wetenschap van de ene persoon hebben te gelden als gedragingen en wetenschap van de andere (rechts)persoon zoals onder meer is bedoeld in het arrest Kleuterschool Babel. *Doordat* een handeling of wetenschap kan worden toegerekend aan een ander wordt deze (ook) een *dader* van een onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 lid 1 BW. Het betreft met andere woorden een daderschapsvraag: wie is de dader?

Deze 'toerekening' moet niet verward worden met de toerekening van de onrechtmatige daad aan de dader in de zin van artikel 6:162 lid 3 BW of de toerekening van schade in de zin van artikel 6:98 BW.<sup>20</sup> Toerekening als bedoeld in artikel 6:162 lid 3 BW ziet uitsluitend op de vraag of de *onrechtmatige daad* van de dader in de zin van artikel 6:162 lid 1 BW aan de dader kan worden toegerekend omdat deze is te wijten aan zijn schuld of aan een oorzaak die krachtens wet of verkeersopvattingen voor zijn rekening komt. *Wie* de dader is staat daarmee reeds vast en het gaat alleen nog maar om de vraag of de dader een verwijt treft. Toerekening in deze zin betreft met andere woorden de verwijtbaarheidsvraag. Uit het arrest Staat en Van Hilten/M<sup>21</sup> blijkt voormeld onderscheid helder. De Hoge Raad overweegt daarin: "In het oordeel (...) dat de Staat gehouden is de door de onrechtmatige gedraging van mr. Van Hilten geleden schade te vergoeden, ligt besloten dat (...) deze gedraging als een onrechtmatige daad van de Staat heeft te gelden en ook aan de Staat kan worden toegerekend." Duidelijk is dat de Hoge Raad hier dus eerst de daderschapsvraag beantwoordt (heeft de feitelijke gedraging als een onrechtmatige daad van de Staat te gelden?) en vervolgens de verwijtbaarheidsvraag (kan de onrechtmatige daad aan de Staat worden toegerekend?).

19 M.J. Kroeze in *Asser/Maeijer & Kroeze 2-1\** 2015/90, De rechtspersoon, Ruimhartige toerekening (online bijgewerkt tot 13 januari 2015), Deventer: Kluwer (losbladig en online).

20 M.J. Kroeze in *Asser/Maeijer & Kroeze 2-1\** 2015/86, De rechtspersoon, Terminologie: toerekening of vereenzelviging (online bijgewerkt tot 13 januari 2015), Deventer: Kluwer (losbladig en online) stelt dat van het gevaar van deze verwarrring weinig te duchten is. Uit J.W. Hoekzema in *Groene Serie Onrechtmatige daad*, VIII.7.1.1.5, De aansprakelijkheid van de rechtspersoon, Plaats in het BW (online bijgewerkt tot 31 mei 2015), Deventer: Kluwer (losbladig en online), waarin onder verwijzing naar artikel 6:162 lid 3 BW wordt gesteld dat een onrechtmatige daad de overheid in beginsel op grond van verkeersopvattingen wordt toegerekend, blijkt echter dat die verwarrring wel kan ontstaan. Zie ook S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevend*, Deventer: Kluwer 2009, p. 51 en de daarin genoemde bronnen.

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

Met de term toerekening wordt voorts bedoeld het toerekenen van (rechts)handelingen aan de rechtspersoon op grond van de wettelijke regels van vertegenwoordiging waardoor de rechtspersoon verbintenissen kan aangaan (waarover hierna in paragraaf 4.3 meer).

### 4. Toerekening is geen rechtvaardiging voor hoge drempel en ernstigverwijtmaatstaf

#### 4.1 Inleiding

Als we rechtspersoonlijkheid accepteren, accepteren we ook dat het handelen van de rechtspersoon juridisch los moet kunnen worden beoordeeld van het handelen van de natuurlijk persoon en vice versa. Dat altijd een feitelijk handelen van één of meer natuurlijke personen vooraf zal moeten gaan aan de vaststelling dat een rechtspersoon heeft gehandeld en dat ter juridische beoordeling van dat handelen, het feitelijk handelen van één of meer natuurlijke personen bepalend zal zijn, maakt dat niet anders. Er zijn namelijk altijd twee of meer rechtssubjecten met eigen rechten en verplichtingen: een of meer natuurlijke personen enerzijds, die door hun eigen feitelijk handelen een verplichting creëren voor de rechtspersoon, en de rechtspersoon anderzijds die daardoor eveneens handelt. Geen van hen kan zich ontdoen van de op hen, als in Nederland erkend en geaccepteerd rechtssubject, rustende verplichtingen en verantwoordelijkheden, in welke functie of hoedanigheid dan ook. Anders gezegd: geen van hen verliest daarmee rechtssubjectiviteit. Dit lijkt simpel maar in literatuur en jurisprudentie vormt het feit dat de handelingen van een bestuurder aan de rechtspersoon kunnen worden toegerekend toch een rechtvaardiging voor de "hoge drempel" van externe aansprakelijkheid van de bestuurder. Ik zal hierna nader uiteenzetten waarom dat onjuist is.

#### 4.2 Toerekening van onrechtmatige daad aan rechtspersoon

Van belang is allereerst om stil te staan bij de vraag hoe de gedachte is ontstaan dat de toerekening van handelingen van de bestuurder aan de rechtspersoon relevant is ter bepaling van de maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder jegens een derde. Het antwoord hierop moet worden gevonden in de ontstaansgeschiedenis van het leerstuk van toerekening van de onrechtmatige daad aan een rechtspersoon. Anders dan bij toerekening van rechtshandelingen aan de rechtspersoon (op grond van vertegenwoordiging, waarover hierna in paragraaf 4.3 meer), bestaat er geen wettelijke basis om feitelijke gedragingen van de ene persoon toe te rekenen aan de ander in de zin dat dat deze ander geacht wordt die feitelijke gedragingen te hebben verricht en daarmee onrechtmatig te hebben gehandeld. De wetgever wilde dat aan de jurisprudentie overlaten.<sup>22</sup>

22 J.W. Hoekzema in *Groene Serie Onrechtmatige daad*, VIII.7.1.1.5, De aansprakelijkheid van de rechtspersoon, plaats in het BW, (online bijgewerkt tot 31 mei 2015), Deventer: Kluwer (losbladig en online) onder verwijzing naar Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 599 e.v. en p. 621-622.

De toerekeningsleer (buiten vertegenwoordiging) is dan ook ontstaan en ontwikkeld op basis van rechtspraak, namelijk rechtspraak waarin doorgaans de vraag centraal stond onder welke omstandigheden een rechtspersoon geacht kan worden een onrechtmatige daad te hebben gepleegd. Lange tijd was vaste rechtspraak dat de rechtspersoon uitsluitend door middel van zijn organen een onrechtmatige daad kon plegen wanneer het orgaan had gehandeld binnen de formele kring van zijn bevoegdheid, de zogenaamde 'orgaantheorie'.<sup>23</sup> Als het orgaan niet had gehandeld of het orgaan niet binnen de formele kring van zijn bevoegdheid had gehandeld kon de rechtspersoon dus per definitie geen onrechtmatige daad plegen.

Sinds het eerdergenoemde arrest Kleuterschool Babel is de heersende leer dat aansprakelijkheid van rechtspersonen is verruimd tot de handelingen die in het maatschappelijk verkeer als handelingen van de rechtspersoon hebben te gelden, ongeacht of de handelingen door een orgaan van de rechtspersoon zijn verricht.<sup>24</sup> Deze maatstaf wordt sindsdien ook toegepast bij de toerekening van wetenschap van een functionaris/werknemer aan een rechtspersoon bij de toepassing van de wilsvertrouwensleer ex artikel 3:33-35 BW.<sup>25</sup> Bij deze laatste toepassing is relevant of de wederpartij er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de (rechts)persoon beschikte over de wetenschap die hij aan die (rechts)persoon wil toerekenen.<sup>26</sup> In het algemeen wordt aangenomen dat de wetenschap van organen van de rechtspersoon in de regel wordt toegerekend aan de rechtspersoon.<sup>27</sup> Dat lijkt mij logisch: het bestuur is immers verantwoordelijk voor het reilen en zeilen van de rechtspersoon. De vraag of wetenschap (of feitelijk handelen) aan de rechtspersoon kan worden toegerekend kan overigens ook buiten het onrechtmatige daadsrecht of het verbintenissenrecht<sup>28</sup>

spelen, indien daar enig rechtsgevolg aan is verbonden.<sup>29</sup> Zo speelt wetenschap van bepaalde feiten ook een rol bij verzwijging in het verzekeringsrecht en in het procesrecht (bijvoorbeeld kennis van de inhoud van een verstekvonnis en bij verjaring).

Het leerstuk van de toerekening van de (onrechtmatige) handeling aan de rechtspersoon is mede ontwikkeld om de (economische) werkelijkheid van de rechtspersoon en het rechtsverkeer te dienen en bescherming te bieden aan diegenen die met publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersonen van doen hebben via de natuurlijke personen die bij deze rechtspersonen betrokken zijn. Deze bescherming was mede noodzakelijk door (i) de enorme uitbreiding van het economisch verkeer, waarbij ook in steeds toenemende mate niet alleen ondernemingen maar ook andere organisaties door rechtspersonen worden gedreven; en (ii) het veel sterker ingrijpen van publiekrechtelijke lichamen in het maatschappelijk leven.<sup>30</sup> De toerekeningsleer heeft in de jurisprudentie dan ook met name toepassing gevonden waar het gaat om onrechtmatige gedragingen van publiekrechtelijke lichamen (gemeente, provincie en Staat zijn allemaal publiekrechtelijke rechtspersonen, zie artikel 2:1 BW).<sup>31</sup> Een verklaring daarvoor zou kunnen zijn dat vaak geen sprake zal zijn geweest van eigen onrechtmatige gedragingen van de feitelijk handelend natuurlijk persoon (maar wel van het overheidslichaam) en/of dat de bepalingen van kwalitatieve aansprakelijkheid ex artikel 6:170-172 BW zich daar moeilijker laten toepassen (zo is een wethouder – vgl. het arrest Kleuterschool Babel – niet aan te merken als een werknemer, niet-ondergeschikte of vertegenwoordiger ex artikel 6:170-172 BW) zodat de toerekeningsleer soelaas moet bieden.

Hoewel de Kleuterschool Babel-leer de heersende leer is op grond waarvan getoetst moet worden of een handeling kan worden toegerekend aan een rechtspersoon, is de orgaantheorie nog steeds van belang in die zin dat het enkele feit dat door een orgaan is gehandeld van doorslaggevend belang kan zijn om de gedraging in het maatschappelijk verkeer (ook) aan te merken als een gedraging van de rechtspersoon.

De hiervoor omschreven ontwikkeling in de jurisprudentie heeft geleid tot het thans bestaande uitgangspunt dat voor de bestuurder 'een hoge drempel voor aansprakelijkheid' geldt in de vorm van de ernstigverwijtmaatstaf omdat handelingen van de bestuurder in het maatschappelijk verkeer "altijd

23 Voor het laatst door de Hoge Raad toegepast in HR 10 juni 1955, *NJ* 1955/552 (*Het Noorden/NHL*). Zie verder: HR 25 februari 1916, *NJ* 1916/497, HR 26 maart 1920, *NJ* 1920/476 (*Curie/Suriname*), HR 6 januari 1921, *NJ* 1921/310 (*Staat/Baeck*), en HR 21 mei 1937, *NJ* 1937/638 (*Timmer/Staat en Van der Palm*).

24 HR 20 juni 1980, *NJ* 1980/622 (*PLEM/PSP*); HR 2 februari 1990, *NJ* 1990/384 (*Garage Cordia/Aruba*); HR 11 oktober 1991, *NJ* 1993/165, m.nt. C.J.H. Brunner en G.J.M. Corstens (*Staat en Van Hilten/M*); HR 11 november 2005, *NJ* 2007/231, m.nt. J.B.M. Vranken (*Voorsluijs*); HR 25 juni 2010, *NJ* 2010/371 (*Gelderland/Vitesse*). Zie verder J.W. Hoekzema in *Groene Serie Onrechtmatige daad*, VIII.7.1.1.3, De grondslag van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon (online bijgewerkt tot 31 mei 2015), Deventer: Kluwer (losbladig en online); S.C.J.J. Kortmann in *Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I* 2004/145 e.v. De vertegenwoordiging (online bijgewerkt tot 1 april 2004), Deventer: Kluwer (losbladig en online); M.J. Kroeze in *Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\** 2015/80 en 81, De rechtspersoon, Onrechtmatig handelen (online bijgewerkt tot 13 januari 2015), Deventer: Kluwer (losbladig en online).

25 HR 9 juli 2010, *JOR* 2010/295, m.nt. B.P.M. van Ravels; HR 9 juli 2010, *NJ* 2012/194, m.nt. C.E. Du Perron en HR 21 augustus 2012, *JA* 2012/149, m.nt. J.L. Smeehuijzen.

26 HR 16 mei 1986, *NJ* 1986/638 en HR 27 januari 1989, *NJ* 1989/816, m.nt. M.M. Mendel.

27 R.P.J.L. Tjittes, *Toerekening van kennis*, Deventer: Kluwer 2001, p. 42.

28 Zo ook bij afgebroken onderhandelingen door een vertegenwoordiger namens zijn principaal, zie S.C.J.J. Kortmann in *Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I* 2004/159, De vertegenwoordiging (online bijgewerkt tot 1 april 2004), Deventer: Kluwer (losbladig en online).

29 M.J. Kroeze in *Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\** 2015/92, De rechtspersoon, Toerekening van andere feitelijke handelingen (online bijgewerkt tot 13 januari 2015), Deventer: Kluwer (losbladig en online).

30 Vgl. M.J. Kroeze in *Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\** 2015/80 en 2015/90, De rechtspersoon, 80 (Onrechtmatig handelen) en 90 (Ruimhartige toerekening) (online bijgewerkt tot 13 januari 2015), Deventer: Kluwer (losbladig en online).

31 Zie naast eerdergenoemde jurisprudentie ook HR 22 november 1985, *NJ* 1986/722 (*V&D/Groningen*); HR 30 januari 1987, *NJ* 1988/89 (*Blaricum Roezen*); HR 2 september 1994, *NJ* 1995/660; HR 28 april 1997, *JOR* 1997/47; HR 20 oktober 2000, *NJ* 2001/118; Rb. Arnhem 25 februari 2009, *RVR* 2009/64; Rb. Almelo 29 maart 2011, *RVR* 2011/74; Rb. Rotterdam 10 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7534.



te gelden hebben als handelingen van de rechtspersoon<sup>32</sup> en dat “handelingen van organen rechtens hebben te gelden als het handelen van de rechtspersoon zelf”.<sup>33</sup> Als gevolg hiervan zou sprake zijn van zogenaamd ‘primair daderschap’ van de rechtspersoon en ‘secundair daderschap’<sup>34</sup> van de bestuurder; daarom zou terughoudendheid moeten gelden bij de vaststelling van aansprakelijkheid van een bestuurder en in die behoefte zou de ernstigverwijtmaatstaf voorzien.<sup>35</sup> Dat de hiervoor omschreven ontwikkeling in de jurisprudentie echter alleen maar betrekking had op de vraag wanneer een *rechtspersoon* onrechtmatig kan hebben gehandeld en geen betrekking had op de vraag wanneer de *persoon wiens handelingen worden toegerekend* aan die rechtspersoon onrechtmatig heeft gehandeld, is daarmee uit het oog verloren. Het feit dat toerekening plaatsvindt, zegt namelijk niets over de vraag wanneer de handelend persoon zelf aansprakelijk is. Dit zal ik hierna verder toelichten, om te beginnen door stil te staan bij de wettelijke toerekening op grond van vertegenwoordiging.

#### 4.3 Toerekening door vertegenwoordiging (van de rechtspersoon)

Vertegenwoordiging impliceert dat sprake is van toerekening. De feitelijke vertegenwoordigingshandelingen van degenen die de rechtspersoon vertegenwoordigen worden ‘toegerekend’ aan de rechtspersoon: vertegenwoordiging houdt in dat handelingen van de een rechtens als handelingen van de ander gelden. De handeling wordt als het ware losgemaakt van de persoon die haar verricht en toegerekend aan een ander.<sup>36</sup>

Er bestaat een wettelijke basis voor toerekening op grond van vertegenwoordiging, namelijk artikel 3:66 BW dat bepaalt dat een door de gevolmachtigde binnen de grenzen van zijn bevoegdheid in naam van de volmachtgever verrichte “rechtshandeling” in haar gevolgen de volmachtgever treft. Hoewel deze bepaling spreekt van een “in naam

van de volmachtgever verrichte rechtshandeling” zou het zuiverder zijn om te spreken van een ‘in naam van de volmachtgever verrichte handeling’. De gevolmachtigde verricht immers geen rechtshandeling maar verricht een feitelijke handeling als gevolg waarvan de volmachtgever – door toerekening – geacht wordt de rechtshandeling te zijn aangegaan. Gemakshalve zal ik hierna echter blijven spreken van toerekening van rechtshandelingen. Waar het om draait is dat de rechtshandeling altijd *primair* de vertegenwoordigde zal treffen (tenzij sprake is van onbevoegde vertegenwoordiging, maar dat terzijde).

De schakelbepaling van artikel 3:78 BW regelt expliciet dat de daarin genoemde wetsbepalingen, waaronder artikel 3:66 BW, ook van toepassing zijn wanneer iemand optreedt als vertegenwoordiger buiten volmacht. Artikel 3:66 BW vormt daarmee de wettelijke grondslag voor de toerekening van de door een bestuurder namens een rechtspersoon verrichte rechtshandeling aan de rechtspersoon. Artikel 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.

Kortom: rechtshandelingen verricht door een bestuurder van een rechtspersoon of door een gevolmachtigde op grond van de wettelijke regels van vertegenwoordiging treffen altijd ‘primair’ de rechtspersoon op grond van artikel 3:66 BW. Dat neemt niet weg dat het de handelingen van de bestuurder/gevolmachtigde zijn die ertoe leiden dat de rechtspersoon/volmachtgever wordt gebonden en dat de bestuurder/gevolmachtigde verantwoordelijk blijft voor zijn eigen feitelijke handelen. Dat de gevolmachtigde ex artikel 3:60 BW als rechtssubject, dat los moet worden gezien van het rechtssubject van de vertegenwoordigde, ‘primair’ verantwoordelijk blijft voor zijn eigen feitelijk handelen en daarvoor op grond van artikel 6:162 BW kan worden aangesproken terwijl hij tegelijkertijd ex artikel 3:66 BW de volmachtgever ‘primair’ kan binden door de uitoefening van zijn volmacht, staat in de literatuur en jurisprudentie niet ter discussie. De vertegenwoordiger heeft immers de persoonlijke rechtsplicht om zich te onthouden van gedragingen die in strijd zijn met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt.<sup>37</sup> Doet hij dat niet, dan is hij ‘primair’ aansprakelijk (niet ‘secundair’). Voor een bestuurder die de rechtspersoon vertegenwoordigt is dat niet anders, ook niet als zijn handelen kan worden toegerekend aan de rechtspersoon.

#### 4.4 Vertegenwoordiging of toerekening: ieder rechtssubject blijft verantwoordelijk voor zijn eigen handelen

Kortmann schreef in dit verband sprekend dat het handelen steeds een menselijk, persoonlijk handelen van de dader is.

32 A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, in *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2011/333*, De verbintenis uit de wet, Aansprakelijkheid handelende persoon naast aansprakelijkheid rechtspersoon (online bijgewerkt tot 1 december 2010), Deventer: Kluwer (losbladig en online) en P.J. Dortmond in *Van der Heijden Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, 240, Onrechtmatige handeling (online bijgewerkt tot 1 januari 2013), Deventer: Kluwer (losbladig en online).

33 A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, in *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/201* en 325 e.v. (online bijgewerkt tot 1 mei 2015), Deventer: Kluwer (losbladig en online).

34 Zie over deze termen S.N. de Valk, Aansprakelijkheid van leidinggevenden, Deventer: Kluwer, 2009, p. 88 e.v. en S.C.J.J. Kortmann, *Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-1 2004/155*, De vertegenwoordiging, (online bijgewerkt tot 1 april 2004), Deventer: Kluwer (losbladig en online). J.B. Huizink, ‘Bestuurders van rechtspersonen en milieu-aansprakelijkheid’, *De NV* 1994/4, p. 90 e.v. hanteerde in 1994 reeds de term secundaire aansprakelijkheid waarbij hij erkende de term niet ‘fraai’ te vinden. De term secundaire aansprakelijkheid werd ook gebruikt door W.C.L. van der Grinten, H.J.M.N. Honée & Th.C.M. Hendriks-Jansen, *Van der HeijdenHandboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 240.

35 L. Timmerman, ‘Naar geïntegreerde bestuurdersaansprakelijkheid?’ in P. Essers, G. Raaijmakers en G van der Sangen e.a. (red.), *Met Recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 485-486; P.D. Olden, ‘Koester de maatstaf “ernstig verwijt”: beter hebben we niet’, *Ondernemingsrecht* 2015/70, afl. 11, p. 367.

36 S.C.J.J. Kortmann in *Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-1 2004/2*, De vertegenwoordiging (online bijgewerkt tot 1 april 2004), Deventer: Kluwer (losbladig en online).

37 S.C.J.J. Kortmann in *Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-1 2004/99*, De vertegenwoordiging, (online bijgewerkt tot 1 april 2004), Deventer: Kluwer (losbladig en online). Zie ook HR 4 februari 1977, NJ 1977/278, m.nt. G.J. Scholten (*Gerritsen/Zwaan*).

Indien het handelen kan worden toegerekend aan een ander, dan blijft toch gelden dat het handelen ook is een handelen van de dader. Een rechtsorde van vrije mensen heeft mede tot grondslag dat eenieder verantwoordelijk is voor eigen daden, ongeacht of hij in de uitoefening van een functie heeft gehandeld. Van een verantwoording voor de eigen daad kan men zich niet bevrijden door verwijzing naar een ander. Om een zwaar woord te gebruiken: de menselijke waardigheid zou worden tekort gedaan, indien het recht deze verantwoordelijkheid niet zou aanvaarden.<sup>38</sup>

Het is dan ook wezenlijk in ons recht dat niemand zich van de verantwoordelijkheid voor zijn eigen daden kan ontdoen, ook niet door deze handelingen 'in hoedanigheid' van bestuurder, werknemer, vertegenwoordiger of welke hoedanigheid dan ook te verrichten.<sup>39</sup> Zij moeten allemaal de door hen persoonlijk in acht te nemen zorgvuldigheidsnormen gehoorzamen en een bestuurder heeft daar niet meer ruimte of vrijheid in dan ieder ander rechtssubject in de maatschappij.<sup>40</sup> In 1993 overwoog de Hoge Raad dan ook dat "het hof terecht ervan is uitgegaan dat een orgaan van een rechtspersoon naast die rechtspersoon persoonlijk jegens een benadeelde aansprakelijk kan zijn indien dit heeft gehandeld in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer jegens de benadeelde betaamt".<sup>41</sup>

#### 4.5 Doel: toerekening beoogt wenselijke bescherming te bieden aan de wederpartij

Het argument dat de hoge drempel voor aansprakelijkheid in de vorm van de ernstigverwijtmaatstaf wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de rechtspersoon miskent voorts het doel van het toerekenen van (rechts)handelingen. Dat doel is juist, zoals hiervoor in paragraaf 4.2 uiteengezet, het beschermen van de benadeelde/wederpartij van de publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersoon.

Voorvoemde bescherming wordt gegeven doordat, als gevolg van toerekening, een rechtsgevolg ontstaat in de verhouding tussen de (benadeelde) (contracts-)partij en de partij aan wie gedragingen of kennis worden toegerekend. Kortmann zegt dan ook dat de vraag van toerekening van (feitelijke) handelingen rechtens slechts relevant is indien aan de handeling rechtsgevolg is verbonden.<sup>42</sup> Ik denk dat deze stelling juist is met dien verstande dat het niet zo is

dat aan de handeling zelf per definitie rechtsgevolg is verbonden maar dat het beoogde rechtsgevolg dat geldt ten aanzien van de (rechts)persoon aan wie wordt toegerekend een gevolg is van de toerekening van de handeling van de feitelijk handelend persoon aan de rechtspersoon.

Maar indien de toerekeningsleer slechts relevant is indien aan de handeling van de feitelijk handelende een rechtsgevolg is verbonden dat geldt ten aanzien van de (rechts)persoon aan wie wordt toegerekend, dient zich meteen de vraag aan waarom men dat rechtsgevolg in een voorkomend geval ten aanzien van de (rechts)persoon aan wie wordt toegerekend wil doen gelden.

Het antwoord daarop ten aanzien van toerekening op grond van de wettelijke bepalingen van vertegenwoordiging spreekt voor zich: de vertegenwoordiger (bestuurder) en de wederpartij beogen dat rechtsgevolg te laten intreden ten opzichte van de vertegenwoordigde (rechtspersoon) zodat die rechtspersoon deelneemt aan het voor hen relevante maatschappelijk (economisch) (rechts)verkeer.<sup>43</sup>

Het antwoord daarop ten aanzien van de niet-wettelijke (maar op jurisprudentie gebaseerde) toerekening van feitelijke handelingen en wetenschap van een natuurlijk persoon aan de rechtspersoon is veelal dat het maatschappelijk wenselijk wordt geacht om ten aanzien van de rechtspersoon vast te stellen dat deze een onrechtmatige daad heeft gepleegd. Waarom dat in een voorkomend geval maatschappelijk wenselijk kan zijn volgt uit het Kleuterschool Babel-arrest: omdat de betrokken gedraging van de (natuurlijk) persoon "in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden" als een gedraging van een ander (rechts)persoon. Gelet op dit criterium is het begrijpelijk waarom in de literatuur wordt gesuggereerd dat de bestuurder niet wordt geacht zelf te handelen maar dat zijn handelen heeft te gelden als een handeling van de rechtspersoon maar dat is onjuist (zie paragraaf 4.4. hiervoor). Het criterium impliceert simpelweg een normatieve toets die wordt ingevuld aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval (Brunner en Stein hebben in dit verband erop gewezen dat het door de Hoge Raad geformuleerde criterium lijdt aan een zekere vaagheid).<sup>44</sup> Het gaat mijns inziens dan ook niet zozeer om de vraag of de gedragingen "in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van een ander hebben te gelden". Het gaat om de vraag of het maatschappelijk wenselijk is dat een bepaalde handeling of wetenschap van een natuurlijk persoon tot een bepaald rechtsgevolg moet leiden bij of in relatie tot een ander(e) (rechts)persoon zonder dat dit iets verandert aan een rechtsgevolg dat eventueel heeft te gelden in relatie tot de feitelijk handelend natuurlijk persoon.

Illustratief in dat verband is het zogenaamde vriescel-arrest van de Hoge Raad.<sup>45</sup> In die zaak had een directeur van een rechtspersoon een andere directeur van een rechtspersoon

38 S.C.J.J. Kortmann in *Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-1 2004/155*, De vertegenwoordiging, (online bijgewerkt tot 1 april 2004), Deventer: Kluwer (losbladig en online).

39 Het voorstel in J. van Bekkum, 'Tulip Air neemt zorg en onzekerheid over Spaanse Villa niet weg', *WPNR 2015/7055*, p. 280-286, om de toerekening exclusief te laten zijn en de schuld drempel voor iedereen die betrokken is bij de rechtspersoon (dus niet alleen de bestuurder) te verhogen, is strijdig met dat beginsel.

40 Vgl. 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. 326, 327 en 331.

41 HR 19 maart 1993, *NJ 1994/92*, m.nt. E.A.A. Luijten r.o. 4.1 (*Nederrijn/De Leij*).

42 S.C.J.J. Kortmann in *Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-1 2004/144*, De vertegenwoordiging (online bijgewerkt tot 1 april 2004), Deventer: Kluwer (losbladig en online).

43 De derde wordt daarnaast beschermd op grond van artikel 3:61 lid 2 BW indien sprake is van een ontoereikende volmacht en door artikel 3:70 BW indien wegens het ontbreken van een volmacht niet aan de rechtspersoon kan worden toegerekend.

44 HR 25 juni 1999, *NJ 2000/33*, m.nt. P.A. Stein (*Vriescel*) en HR 6 april 1979, *NJ 1980/34*, m.nt. C.J.H. Brunner (*Kleuterschool Babel*).

45 HR 25 juni 1999, *NJ 2000/33*, m.nt. P.A. Stein (*Vriescel*).

in een vriescel opgesloten om een huurverlaging af te dwingen in de huurrelatie tussen de twee rechtspersonen. De Hoge Raad oordeelde dat dit gedrag aan de rechtspersoon kon worden toegerekend en een toerekenbare tekortkoming onder de huurovereenkomst opleverde als gevolg waarvan de wederpartij de huurovereenkomst mocht ontbinden. Dat het opsluiten van een persoon in een koelcel niet bepaald kan worden gezien als een gedraging die in het maatschappelijk verkeer als een gedraging van de rechtspersoon heeft te gelden, behoeft mijns inziens echter geen toelichting. De uitkomst in het vriescelarrest was dan ook vooral een maatschappelijk wenselijke uitkomst: de vennootschap wiens directeur werd opgesloten kon toch niet gehouden worden aan de huurovereenkomst met de vennootschap wiens directeur die handeling had verricht? Die uitkomst kon alleen maar bereikt worden door toepassing van de toerekeningsleer (dus door vereenzelviging van de bestuurder met de rechtspersoon).<sup>46</sup>

Waar het om gaat is dat de wetgever en de Hoge Raad met de vertegenwoordigingsregels en de toerekeningsleer recht hebben gedaan aan de hiervoor bedoelde (economische) werkelijkheid van de rechtspersoon om daarmee het rechtsverkeer te dienen en bescherming te bieden *aan derden* die via de daarbij betrokken natuurlijke personen met rechtspersonen van doen hebben. Benadeelden moeten de rechtspersoon kunnen aanspreken voor gedragingen van deze natuurlijke personen. De wetgever en de Hoge Raad hebben daarmee echter nimmer beoogd bescherming te bieden *aan de bestuurder* van een rechtspersoon. Het behoeft geen toelichting dat de wetgever en de Hoge Raad met de toerekeningsleer evenmin hebben beoogd om rechtssubjectiviteit los te laten. De omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de rechtspersoon, wat er ook zij van die stelling, kan gelet hierop dus helemaal geen rechtvaardiging vormen voor het hanteren van een hoge drempel voor aansprakelijkheid in de vorm van de ernstigverwijtmaatstaf.<sup>47</sup>

#### 4.6 **Bestuurder heeft geen status aparte; toerekening geschiedt continue**

In weerwil van al het voorgaande lijken de literatuur en jurisprudentie bestuurders van een rechtspersoon een soort

status aparte te willen geven in vergelijking met andere betrokkenen bij de rechtspersoon door ze te beschermen met een hoge drempel van aansprakelijkheid welke – kort gezegd – wordt gerechtvaardigd door het toerekeningsleerstuk.

De neiging om deze hoge drempel te onderbouwen gaat zo ver dat door sommigen zelfs wordt gesteld dat bestuurders een ‘andere positie innemen dan werknemers’, dat ‘aandeelhouders niet bijdragen in schulden van de vennootschap boven het bedrag van hun storting, dat bestuurders helemaal niet bijdragen en dat dit de normaalsituatie is: beperkte aansprakelijkheid’.<sup>48</sup> Met deze laatste stelling wordt vanzelfsprekend miskend dat met de term ‘beperkte aansprakelijkheid’ slechts bedoeld is dat *aandeelhouders* tot het bedrag van hun volstortingsplicht bijdragen in de schulden van de vennootschap en dat deze term niets te maken heeft met de omvang van de eventuele aansprakelijkheid van de bestuurders: bestuurders dragen namelijk niet bij in die schulden vanwege rechtspersoonlijkheid, net zoals werknemers en andere rechtssubjecten betrokken bij de rechtspersoon daaraan niet bij hoeven te dragen om de eenvoudige reden dat dit andere rechtssubjecten zijn dan de rechtspersoon. Bij stichtingen, verenigingen of overheidslichamen, die geen ‘beperkte aansprakelijkheid’ kennen maar wel rechtspersoonlijkheid, is dat niet anders. Er bestaat in deze zin geen onderscheid tussen bestuurders en werknemers. Voor zowel bestuurders als werknemers geldt dat hun onrechtmatige gedragingen ‘primair’ eigen onrechtmatige gedragingen zijn die in beide gevallen onder omstandigheden kunnen worden toegerekend aan de rechtspersoon en/of voor welke gedragingen de rechtspersoon aansprakelijk kan worden gesteld op grond van de regels van kwalitatieve aansprakelijkheid van artikel 6:170-172 BW.<sup>49</sup>

Belangrijk is daarbij om vast te stellen dat het leerstuk van toerekening van (rechts)handelingen allerm minst exclusief is voorbehouden aan handelingen die door een bestuurder namens de rechtspersoon worden verricht. Integendeel, toerekening van handelingen van de een aan de ander gebeurt in het maatschappelijk verkeer aan de lopende band waarbij veelal geen bestuurder komt kijken. Of het nu gaat om een aankoop in de supermarkt die wordt afgerekend bij de kassa, het vragen om informatie in een warenhuis, het boeken van een vakantie bij de reisagent, het kopen van een auto bij de garagist, het aangaan van de arbeidsovereenkomst bij de HR-adviseur, het communiceren met ambtenaren/functionarissen van overheidslichamen<sup>50</sup>, zelfs frauduleus handelen van een werknemer:<sup>51</sup> de feitelijke (vertegenwoordigings) handelingen en de wetenschap van de daarbij betrokken natuurlijke personen ten opzichte van de derde kunnen allemaal worden toegerekend aan de rechtspersoon/achterban. Hoewel de hiervoor bedoelde werknemers/ambtenaren

46 Zou men dit afzetten tegen de criteria die zijn ontwikkeld voor het toerekenen van gedragingen in het strafrecht in HR 21 oktober 2003 NJ 2006/328, m.nt. P.A.M. Mevis (*Zijpe Beheer*) en HR 14 januari 1992, NJ 1992/413 dan zou het maar zeer de vraag zijn of een strafrechter – zou de vriescel-zaak strafrechtelijk zijn behandeld – tot de conclusie zou zijn gekomen dat de vennootschap strafrechtelijk aansprakelijk is voor het strafrechtelijk laakbaar handelen van diens directeur door iemand op te sluiten in een vriescel.

47 Anders dan gesuggereerd door P.D. Olden, ‘Ondernemingsrecht, Toerekening of afrekening’, *Ondernemingsrecht* 2013/1, afl. 1, p. 3 en door M.J. Kroeze in *Asser/Maeijer & Kroeze 2-1\** 2015/90, De rechtspersoon, Ruimhartige toerekening (online bijgewerkt tot 13 januari 2015), Deventer: Kluwer (losbladig en online) biedt de toerekeningsleer dus geen bescherming van de feitelijk handelende persoon. Voor zover de feitelijk handelende wordt beschermd, is dat een gevolg van het feit dat de onrechtmatige daad niet aan hem/haar kan worden toegerekend op grond van artikel 6:162 lid 3 BW omdat hem/haar geen verwijt treft. Dit staat los van het feit dat zijn/haar handelingen kunnen worden toegerekend (zoals bedoeld in de zin van het arrest Kleuterschool Babel) aan de rechtspersoon.

48 P.D. Olden in ‘Koester de maatstaf “ernstig verwijt”: beter hebben we niet’, *Ondernemingsrecht* 2015/70, afl. 11, p. 367.

49 In HR 4 november 1988, NJ 1989/244 (*Shell/Van Doorn*) heeft de Hoge Raad overwogen dat ook een bestuurder als een ondergeschikte in de zin van artikel 6:170 BW kan worden aangemerkt.

50 De toerekeningsleer vindt, zoals gezegd, vaak toepassing bij toerekening aan overheidslichamen.

51 Zie bijvoorbeeld HR 3 november 1982, NJ 1983/510.

geen formele vertegenwoordigingsbevoegdheid zullen hebben om namens de publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersoon (rechts)handelingen te verrichten, zullen zij in het rechtsverkeer toch geacht worden deze (uitdrukkelijk of stilzwijgend) te hebben,<sup>52</sup> althans zullen hun handelingen in het rechtsverkeer worden toegerekend aan de publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersoon.

Toerekening kan zelfs plaatsvinden tussen twee natuurlijke personen, zo heeft de Hoge Raad in 1976 reeds geoordeeld dat de verstrekking van onjuiste inlichtingen door de secretaresse van een particuliere werkgever aan een bedrijfsvereniging als onrechtmatige daad aan de particuliere werkgever kan worden toegerekend.<sup>53</sup> De Hoge Raad overwoog daartoe dat de werkgever met zijn secretaresse was te *veenzelvigen* en dat de onjuiste inlichtingen een zodanig onzorgvuldig handelen tegenover de bedrijfsvereniging opleverden dat deze als onrechtmatige daad zijn toe te rekenen aan de werkgever. Ook kunnen handelingen van (rechts) personen die zich in beginsel buiten elkaars sfeer begeven aan elkaar worden toegerekend. Zo overwoog de Hoge Raad in 2014 dat handelingen van een door de rechtspersoon ingeschakeld accountantskantoor aan de rechtspersoon kunnen worden toegerekend.<sup>54</sup>

Zou de recente redenering van de Hoge Raad in de arresten Hezemans Air en RCI/Kastrop, namelijk dat een hoge drempel voor de aansprakelijkheid van bestuurders jegens derden gerechtvaardigd wordt door de omstandigheid dat hun gedragingen kunnen worden toegerekend aan de rechtspersoon, in de praktijk moeten worden toegepast dan zou deze redenering in de praktijk moeten gelden voor alle in deze paragraaf omschreven (rechts)personen en dat is natuurlijk niet zo. Indien hun feitelijke handeling onrechtmatig is kunnen zij zich niet verschuilen achter het gegeven dat hun handelen kan worden toegerekend aan de werkgever of opdrachtgever die op grond daarvan zelf ook *primair* aansprakelijk kan zijn.<sup>55</sup> Voor de bestuurder is dat niet anders.

#### 4.7 *Bestuurders zijn de facto niet snel primair aansprakelijk en nooit secundair aansprakelijk*

Dan nu het goede nieuws voor bestuurders: het voorgaande betekent vanzelfsprekend niet dat bestuurders steeds persoonlijk aansprakelijk zijn wanneer de door hen verrichtte feitelijke (of rechts)handelingen namens de rechtspersoon uiteindelijk tot schade leiden bij een derde. Dat bestuur-

ders in beginsel niet aansprakelijk zijn voor schade voor een toerekenbare tekortkoming van de rechtspersoon onder een overeenkomst die zij namens de rechtspersoon zijn aangegaan, staat immers buiten kijf (de bestuurder is als rechtssubject geen partij bij die overeenkomst, zie artikel 3:66 BW), ook als dit een, voor de onderneming of derde, risicovolle overeenkomst was.

Daarnaast zal het ook niet steeds zo zijn dat feitelijke gedragingen van een bestuurder welke door toerekening aan de rechtspersoon een onrechtmatige daad van de rechtspersoon opleveren, tevens een eigen onrechtmatige daad van de bestuurder opleveren. Zo kan een rechtspersoon aansprakelijk zijn voor gedragingen van een natuurlijk persoon (al dan niet bestuurder) terwijl die natuurlijk persoon zelf geen rechtsnorm heeft geschonden jegens de benadeelde.<sup>56</sup> Voorstelbaar is immers dat gedragingen en wetenschap van verschillende personen aan de rechtspersoon worden toegerekend, die op zichzelf en ieder afzonderlijk beschouwd niet onrechtmatig zijn, maar die in combinatie na toerekening van zowel die gedragingen als die wetenschap aan de rechtspersoon die kwalificatie wel rechtvaardigen.<sup>57</sup>

Dit is een logisch gevolg van de juridische abstractie van de rechtspersoon. Gelet op het feit dat een rechtspersoon als één rechtssubject kan optreden in het maatschappelijk verkeer, welk optreden de facto uitsluitend mogelijk is door toedoen van één of meer natuurlijke personen, moet gewerkt worden met de abstractie dat de wetenschap en gedragingen van meerdere individuele natuurlijke personen als het ware worden samengesmolten tot de gedraging en wetenschap van één persoon, zijnde de rechtspersoon. Deze rechtspersoon kan als gevolg van deze 'samensmelting' *primair* een onrechtmatige daad worden verweten zonder dat de gedragingen van de daarbij betrokken natuurlijke personen, zoals de bestuurders, onrechtmatig zijn. Omgekeerd geldt, zoals gezegd, dat de omstandigheid dat toerekening aan een ander plaatsvindt niet betekent dat de handelend persoon zelf minder snel *primair* aansprakelijk is voor zijn eigen onrechtmatige gedragingen.

Met de termen *primair* en *secundair* daderschap, waar de Hoge Raad zijn hoge drempel op baseert, kan het voorgaande worden verduidelijkt maar de term 'secundair daderschap' suggereert – mogelijk onbedoeld – dat de bestuurder 'secundair' aansprakelijk kan zijn voor de *primaire* normschending van de rechtspersoon. Daarvan is echter geen sprake. In het aansprakelijkheidsrecht geldt immers als uitgangspunt dat eenieder alleen voor zijn *eigen* daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden, behoudens welom-

52 En als ze niet uitdrukkelijk of stilzwijgend gevolmachtigd zijn terwijl de wederpartij (bijvoorbeeld de klant in de supermarkt) daar (vanzelfsprekend) wel van uitging, dan zal de rechtspersoon in de voormelde gevallen op de onjuistheid van deze veronderstelling geen beroep kunnen doen op grond van artikel 3:61 lid 2 BW (schijn van volmachtverlening). Zie in dit verband ook de conclusie van A-G Spier bij HR 11 maart 2011, NJ 2012/388, onder 3.33.

53 HR 17 maart 1976, NJ 1977/525.

54 HR 8 augustus 2014, JOR 2014/320 m.nt. A.J. Tekstra (X/Staat).

55 Dit volgt ook uit het feit dat artikel 6:170-172 BW, die betrekking hebben op kwalitatieve aansprakelijkheid maar die theoretisch gezien gelijktijdig met de toerekeningsleer kunnen worden toegepast, uitgaan van hoofdelijke aansprakelijkheid: de dader blijft persoonlijk aansprakelijk voor zijn onrechtmatig gedrag. Zie F.T. Oldenhuis, 'De Aansprakelijkheid van de ondergeschikte ex art. 162', in: *Groene Serie Onrechtmatige daad*, art. 6:170, aant. 68 (online bijgewerkt tot 1 april 2010), Deventer: Kluwer (losbladig en online).

56 A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, in *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011/203, De verbintenis uit de wet, Fout vertegenwoordigde; samenloop; draagplicht (online bijgewerkt tot 1 december 2010), Deventer: Kluwer (losbladig en online).

57 M.J. Kroeze in *Asser/Maeijer & Kroeze 2-1\** 2015/84, De rechtspersoon, Toerekeningsmaatstaf (online bijgewerkt tot 13 januari 2015), Deventer: Kluwer (losbladig en online).



schreven, op de wet gebaseerde, uitzonderingen.<sup>58</sup> Die wettelijke uitzondering zijn bijvoorbeeld de kwalitatieve aansprakelijkheidsbepalingen van artikel 6:169-184 BW. De wet kent voor de bestuurder echter geen wettelijke uitzondering en dus is een bestuurder alleen aansprakelijk voor zijn *eigen* daden en nalatigheden; hij is dan *primair* aansprakelijk. Van belang is daarbij dat de normen die in specifieke omstandigheden op de rechtspersoon rusten verschillen met de normen die op de bestuurder rusten (hetgeen duidelijk naar voren komt bij contractbreuk door de rechtspersoon). De primaire schending van een norm door de rechtspersoon impliceert dus niet een ('primaire' laat staan 'secundaire') schending van een norm door de bestuurder.<sup>59</sup>

De term 'secundair' daderschap kan dus niet meer inhouden dan de vaststelling dat een bestuurder – door rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit – nu eenmaal niet zo snel 'primair' aansprakelijk zal zijn. Het argument in literatuur en jurisprudentie dat een hoge drempel wordt gerechtvaardigd door het feit dat primair de rechtspersoon handelt (en secundair de bestuurder) gaat dus niet op. De termen primair en secundair daderschap kunnen weliswaar behulpzaam zijn om de theorie te begrijpen maar kunnen geen grondslag vormen voor maatstaven van aansprakelijkheid.

## 5. Tot slot

In zijn conclusie bij een recent arrest van de Hoge Raad, waarin de ernstigverwijtmaatstaf een rol speelde, overwoog A-G Spier: "Kort en goed: ik besef dat de rechtsontwikkeling al een eindje is doorgesloten in een richting die m.i. niet in alle opzichten gelukkig is. Maar dat is een gegeven."<sup>60</sup> Daar ben ik het grondig mee eens. Met de introductie van de hoge drempel van aansprakelijkheid in de vorm van de ernstigverwijtmaatstaf in het arrest Ontvanger/Roelofsen en de onderbouwing daarvan in de arresten Spaanse Villa, Hezemans Air en RCI/Kastrop is uit het oog verloren dat de bescherming van de bestuurder van een rechtspersoon jegens derden gebaseerd is op rechtssubjectiviteit en dat de aansprakelijkheid van deze bestuurder jegens de derde gebaseerd is op het feit dat de bestuurder *primair* aansprakelijk is omdat hij *persoonlijk* een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden jegens een derde. Het zou de rechtspraak daarom duidelijker en eenvoudiger maken

om de ernstigverwijtmaatstaf met haar onderbouwing los te laten.

De maatstaf en de onderbouwing zijn overigens ook onnodig omdat uit het arrest Ontvanger/Roelofsen blijkt dat de rechter nog immer genoopt wordt om externe bestuurdersaansprakelijkheid te toetsen aan de hand van criteria die in eerdere rechtspraak zijn ontwikkeld, namelijk in het eerder genoemde arrest Beklamel en het arrest Van Dullemen/Sala<sup>61</sup> zoals samengevat in het arrest New Holland Belgium/Oosterhof.<sup>62</sup> De hoge drempel van aansprakelijkheid in de vorm van de ernstigverwijtmaatstaf bestond toen nog niet en de termen *primaire* en *secundaire* aansprakelijkheid (en het toerekeningsleerstuk) speelden evenmin een rol. Centraal stond de vraag of de bestuurder persoonlijk (*primair*) een zorgvuldigheidsnorm had geschonden. In het eerder aangehaalde arrest Staat en Van Hilten/M kwam dit ook duidelijk naar voren. De Hoge Raad oordeelde daarin dat vereist is dat de functionaris *persoonlijk* een rechtsnorm jegens een benadeelde heeft geschonden waarvan in dat geval sprake zou kunnen zijn als de functionaris redelijkerwijs niet kon menen zijn plicht te doen, althans bij afweging van alle betrokken belangen, redelijkerwijs niet tot de betrokken gedraging had kunnen komen, althans indien de functionaris lichtvaardig tot de betrokken gedraging is gekomen.<sup>63</sup> Het bekende Beklamel-arrest<sup>64</sup> is daar een goed voorbeeld van. Beklamel laat overigens zien dat er voor de bestuurder in de praktijk van een Beklamel-situatie helemaal geen 'hoge drempel' voor aansprakelijkheid bestaat: een bestuurder die namens de rechtspersoon een overeenkomst aangaat loopt juist een groter risico loopt dan de werknemer die op last van de bestuurder die overeenkomst namens de rechtspersoon aangaat. De reden daarvoor is dat de bestuurder wordt geacht over een bepaalde mate van geobjectiveerde wetenschap te beschikken ("wist of moet hebben geweten") waardoor hij ook sneller dan de werknemer een zorgvuldigheidsnorm zal schenden jegens de derde met wie de vennootschap contracteert. Als men dus al over 'drempels' voor aansprakelijkheid zou moeten spreken, hetgeen wij mijns inziens niet zouden moeten doen gelet op rechtspersoonlijkheid en rechtssubjectiviteit, dan zou men moeten concluderen dat de Beklamel-norm zelfs leidt tot een 'lagere drempel' van aansprakelijkheid voor de bestuurder. En dat is een merkwaardige vaststelling: want terwijl enerzijds de Beklamel-norm nog staat als een huis spreekt de Hoge Raad van een "hoge drempel" van aansprakelijkheid. Dat leidt tot onduidelijkheid en rechtsonzekerheid voor bestuurders, rechtspersonen en derden.

Hoewel de voornoemde (oudere) rechtspraak duidelijke en concrete normen bevat die vandaag de dag nog steeds terecht worden toegepast, is de vraag of een bestuurder per-

58 HR 11 november 2005, LjN AT6018, NJ 2007/31, JOR 2006/90 (Voorluis), r.o. 3.5 en HR 23 februari 1954, NJ 1954/378 (Ijzerdraad). De mogelijkheid dat handelen van de rechtspersoon aan de natuurlijk persoon wordt toegerekend wanneer "de betrokken handeling aan zijn schuld is te wijten, dat wil zeggen: wanneer, gelet op de omstandigheden van het geval, hem persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt" zoals overwogen in HR 11 oktober 1991, NJ 1993/165, m.nt. C.J.H. Brunner en G.J.M. Corstens (Staat en Van Hilten/M) lijkt mij dan ook ongelukkig geformuleerd. Uit het persoonlijk verwijt blijkt reeds dat de natuurlijk persoon dan zelf primair onrechtmatig heeft gehandeld.

59 Van "dubbele aansprakelijkheid", zoals bedoeld in Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/334, De verbintenis uit de wet, Dubbele aansprakelijkheid mogelijk (online bijgewerkt tot 1 mei 2015), Deventer: Kluwer (losbladig en online) onder verwijzing naar rechtspraak over externe bestuurdersaansprakelijkheid, is strikt genomen dus geen sprake.

60 HR 19 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745.

61 HR 31 januari 1958, NJ 1958/251 (Van Dullemen/Sala) waar HR 3 april 1992, NJ 1992/411 (Van Waning/Van der Vliet) een variant op vormt.

62 HR 18 februari 2000, NJ 2000/295, m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.4.1 (New Holland Belgium/Oosterhof).

63 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. 3.2.

64 HR 6 oktober 1989, NJ 1990/286, m.nt. J.M.M. Maeijer (Beklamel) dat weer verwijst naar HR 25 november 1927, NJ 1928, p. 364 (Kretschmar/Mendes de Leon).

soonlijk een zorgvuldigheidnorm heeft geschonden overigens dusdanig casuïstisch dat deze zich niet steeds laat beantwoorden door de toepassing van deze rechtspraak. Dat blijkt uit het arrest RCI/Kastrop waarin de Hoge Raad mijn inziens ten onrechte overwoog dat een bestuurder niet aansprakelijk was jegens een derde terwijl niet ter discussie stond dat hij persoonlijk een zorgvuldigheidnorm jegens die derde had geschonden (door Beklamel letterlijk toepassen in de plaats van de ratio erachter toe te passen).<sup>65</sup> De bedoelde oudere rechtspraak laat echter wel zien waar het om draait: heeft de bestuurder gelet op zijn kennisvoorsprong (wist of behoorde te weten; vgl. de Beklamel-norm) en/of zijn machtspositie als bestuurder ten opzichte van de rechtspersoon, waardoor hij de rechtspersoon op een bepaalde wijze kan laten handelen (vgl. de nakomingsfrustratienorm uit Van Dullemen/Sala), persoonlijk een zorgvuldigheidnorm geschonden jegens een derde door op een bepaalde wijze te handelen of na te laten te handelen?<sup>66</sup> Is dat het geval, dan is hij *primair* aansprakelijk. Het feit dat dit handelen kan worden toegerekend aan de rechtspersoon, is in dat verband niet relevant en vormt al helemaal geen reden om een hogere drempel voor deze aansprakelijkheid te hanteren.

65 Zie ook M.L. Tuil, '(Geen) aansprakelijkheid bij onjuiste gegevensverschaffing bij zekerheidsverlening – Een rol voor 'dwalingsaansprakelijkheid' na HR 5 augustus 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015/22 (RCI/X)?', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2015/2, p. 60 e.v. en A. Karapetian, 'RCI Financial Services/Kastrop & mededelingsplichten van de bestuurder van een vennootschap: hoe het strafrecht ons een handje helpt', *Tvl* 2015/51, afl. 6, p. 336 e.v.

66 In feite gaat het dus om een vorm van financiële gevaarstelling. Vgl. B.E.L.J.C. Verbunt en R.F. van den Heuvel, 'De rol van toerekening van wetenschap bij aansprakelijkheid voor zuiver nalaten in het rechtspersonenrecht', in M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten, en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2006-2007*, Deventer: Kluwer 2007, p. 211-230. Zie voorts mijn noot bij Hof 's-Hertogenbosch 12 augustus 2014, *JOR* 2015/2.