

# Artikel 2:9 BW en de ‘ernstig verwijt’-maatstaf bij bestuurdersaansprakelijkheid

Mr. W.A. Westenbroek\*

## 1. Inleiding

Ik heb eerder al betoogd dat de ‘ernstig verwijt’-maatstaf dient te worden losgelaten bij de beoordeling van *externe* bestuurdersaansprakelijkheid omdat (i) externe bestuurdersaansprakelijkheid beoordeeld dient te worden aan de hand van de ‘gewone’ regels van art. 6:162 BW (heeft de bestuurder persoonlijk een zorgvuldigheidsverplichting geschonden jegens een derde?)<sup>1</sup> en (ii) primair en secundair daderschap geen rechtvaardiging vormen voor het hanteren van een hoge drempel voor aansprakelijkheid (deze hoge drempel is een logisch gevolg van rechtspersoonlijkheid).<sup>2</sup> In verband met dit betoog heb ik nader gekeken naar de oorsprong van de ‘ernstig verwijt’-maatstaf die wordt gehanteerd bij interne bestuurdersaansprakelijkheid zoals die per 1 januari 2013 bij de Wet Bestuur en Toezicht<sup>3</sup> is gecodificeerd in art. 2:9 BW. Naar aanleiding daarvan zal ik in deze bijdrage betogen dat de maatstaf ook dient te worden losgelaten bij de beoordeling van *interne* bestuurdersaansprakelijkheid. Ter onderbouwing van deze stellingen zal ik in deze bijdrage ingaan op de ratio en systematiek van art. 2:9 BW, de betekenis van (on)behoorlijk bestuur, de oorsprong van de ‘ernstig verwijt’-maatstaf en tot slot de codificatie van de maatstaf in art. 2:9 BW.

## 2. Ontwikkeling art. 2:9 BW

Art. 2:9 BW is terug te voeren op het in 1925 ingevoerde art. 31 Wet op de Coöperatieve Vereniging<sup>4</sup> en het sinds 1929 geldende art. 47c WvK (oud).<sup>5</sup> Deze laatste bepaling luidde:

‘1. Elke bestuurder is tegenover de vennootschap gehouden tot eene behoorlijke vervulling der hem opgedragen taak. 2. De aansprakelijkheid te dezer zake is eene hoofdelijke voor het geheel, indien het betreft eene aangelegenheid, welke behoort tot den werkring van meer bestuurders. Niet aansprakelijk is echter de bestuurder, die bewijst, dat het feit aan hem niet te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.’

In het sinds 1976 geldende art. 2:8 BW is de term ‘vennootschap’ vervangen door rechtspersoon. Het artikel luidde toen:

‘Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Indien het een aangelegenheid betreft die tot de werkring van twee of meer bestuurders behoort, is ieder van hen hoofdelijk aansprakelijk, tenzij hij bewijst dat de tekortkoming niet aan hem te wijten is, en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.’

Bij de invoering van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek per 1 januari 1992 is art. 2:8 BW vernummerd naar art. 2:9 BW en is een kleine (volgens de parlementaire geschiedenis ‘redactionele’) wijziging doorgevoerd waardoor de zinsnede beginnende met ‘tenzij hij bewijst’ is gewijzigd in ‘tenzij deze niet aan hem is te wijten’.<sup>6</sup>

Het per 1 januari 2013 op grond van de Wet Bestuur en Toezicht ingetreden art. 2:9 BW luidt:

‘1. Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Tot de taak van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld. 2. Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Hij is voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.’

De hieruit blijvende codificatie van de ‘ernstig verwijt’-maatstaf is blijkens de wetsgeschiedenis niet op rechtspolitieke (lees: normatieve) gronden gebaseerd doch slechts ingegeven door de (weliswaar ook rechtspolitieke maar niet normatieve) wens om aan te sluiten bij de in de

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

1. 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.  
 2. W.A. Westenbroek, ‘Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening’, *Ondernemingsrecht* 2016/24, afl. 3, p. 112 e.v.  
 3. Wet Bestuur en Toezicht, Wet van 6 juni 2011, *Stb.* 2011, 275 (per 1 januari 2013 in werking getreden).  
 4. Wet van den 28sten Mei 1925, *Stb.* 204, houdende nieuwe wettelijke regeling van de Coöperatieve Vereniging.  
 5. Wet van den 2 den Juli 1928, *Stb.* 216, tot wijziging en aanvulling van de bepalingen omtrent de naamloze vennootschap en regeling van de aansprakelijkheid voor het prospectus, in werking getreden op 1 april 1929.  
 6. *Kamerstukken II* 1982/83, 17725, 3, p. 57 (MvT).

rechtspraak sinds het arrest *Staleman/Van de Ven*<sup>7</sup> gehanteerde terminologie.<sup>8</sup>

### 3. Systematiek van art. 2:9 BW en stel- en bewijslastverdeling

Hoewel de voornoemde 'tenzij-wijziging' uit 1992 lijkt op een verbetering van de bewijspositie van de bestuurder is dat niet het geval nu deze wijziging zoals gezegd slechts 'redactioneel' van aard was. Ook de 'ernstig verwijt-codificatie' op 1 januari 2013 voegt blijkens de bedoeling van de wetgever niets toe aan de bestaande kaders. De memorie van antwoord bij het huidige art. 2:9 BW bepaalt dan ook dat daar waar individuele bestuurders een beroep kunnen doen op de mogelijkheid van disculpatie 'nodig [is] dat de bestuurder *bewijst* dat hem geen ernstig verwijt ter zake van het onbehoorlijke bestuur kan worden gemaakt'.<sup>9</sup> De systematiek van art. 2:9 BW is volgens de wetgever dus (nog steeds) dat:

- i. de eisende rechtspersoon dient te stellen en bewijzen dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling; en
- ii. nadat onbehoorlijk bestuur is vastgesteld, de individuele bestuurder dient te stellen en bewijzen dat hij gedisciplineerd is.<sup>10</sup>

De vraag of sprake is van (hoofdelijke) aansprakelijkheid van een of meer individuele bestuurders wordt dus per definitie voorafgegaan door de vraag of sprake is van onbehoorlijke taakvervulling van een der bestuurders. Is er geen onbehoorlijke taakvervulling, dan bestaat per definitie geen (hoofdelijke) aansprakelijkheid voor ieder van de bestuurders. Is er wel onbehoorlijke taakvervulling, dan bestaat er in beginsel voor iedere bestuurder hoofdelijke aansprakelijkheid<sup>11</sup> tenzij een individuele bestuurder stelt en bewijst dat:

- i. de onbehoorlijke taakvervulling niet zag op zijn taken;<sup>12</sup> én (*cumulatief*)
- ii. hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur af te wenden.

Als hij daarin slaagt valt hem geen verwijt te maken en is hij niet aansprakelijk. Als hij daar niet in slaagt is hij hoofdelijk aansprakelijk. Vooral uit het oogpunt van bewijslastverdeling is deze systematiek van belang. Want

in de eerste fase rust de bewijslast primair op de vennootschap c.q. curator, in de tweede fase op de bestuurder die moet aantonen dat hem geen (ernstig) verwijt treft op de wijze zoals is aangegeven in de tweede zin van art. 2:9 BW.<sup>13</sup>

### 4. Eenmans-bestuur: geen disculpatie behoudens belet of ontstentenis

De voorgaande systematiek brengt met zich dat eenmaal wanneer onbehoorlijk bestuur is vastgesteld, de *enig* bestuurder van een rechtspersoon zich per definitie niet kan disculperen omdat hij nooit kan aantonen dat het onbehoorlijk bestuur niet zag op zijn taken en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur af te wenden.<sup>14</sup> Dit is mijns inziens slechts anders indien – net zoals bij een meerkoppig bestuur waarover hierna meer – sprake is van belet of ontstentenis aan de zijde van deze bestuurder in de periode dat het onbehoorlijk bestuur is ontstaan én dit belet of deze ontstentenis voortduurt gedurende de periode dat deze bestuurder maatregelen had kunnen nemen om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur te voorkomen (door ontstentenis of belet maakt de bestuurder in feite tijdelijk ook geen onderdeel uit van het orgaan het bestuur).<sup>15</sup>

### 5. Meerhoofdig bestuur: collectieve verantwoordelijkheid, het collegialiteitsbeginsel, taakverdeling en disculpatie

Bij een meerhoofdig bestuur is het uitgangspunt van art. 2:9 BW dat bestuurders collectief verantwoordelijk en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur behoudens de mogelijkheid van de disculpatie. Deze collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid zijn een uitwerking van het zogenaamde collegialiteitsbeginsel op grond waarvan bestuurders van een meerhoofdig bestuur gehouden worden zogenaamd collegiaal bestuur te voeren. Aan het collegialiteitsbeginsel is dus een hoofdelijke aansprakelijkheid voor onbehoorlijk bestuur van alle bestuurders

7. HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360, m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*).

8. *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 3, p. 8-9 (MvT).

9. *Kamerstukken I* 2010/11, 31763, C, p. 5 (MvA). In dat verband zou de bestuurder volgens de memorie van toelichting bij art. 2:9 BW bijvoorbeeld kunnen wijzen op de taakverdeling tussen bestuurders.

10. Zie ook D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid. Een maatpak voor de Board Room* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010, p. 47, die daarover echter schrijft dat de stelplicht en bewijslast 'op het ontbreken van de persoonlijke verwijtbaarheid' expliciet op de gedaagde individuele bestuurder rust.

11. Deze hoofdelijke aansprakelijkheid sluit aan op de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor de collegiale taakvervulling, zie J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998, p. 70 en Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II<sup>o</sup> 2009/446.

12. De letterlijke tekst van art. 2:9 BW is dat de bestuurder 'mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt'. De term 'ernstig verwijt' is echter eerst per 1 januari 2013 gecodificeerd en heeft praktisch geen betekenis in art. 2:9 BW zoals hierna zal blijken.

13. Zie ook F.J.P. van den Ingh in zijn noot bij Rb. Rotterdam 17 juni 1999, *JOR* 1999/244.

14. Zie ook Rb. Amsterdam 17 maart 2010, r.o. 4.3, *JOR* 2011/38, m.nt. W.J.M. van Andel (*Univac*): 'Aangetekend zij in dit verband dat Univac in de betreffende periode de enige statutair bestuurder was, zodat de disculpatiemogelijkheid van artikel 2:9 BW niet aan de orde is.'

15. Belet of ontstentenis kan in een situatie van een eenmans-bestuur mijns inziens alleen maar het gevolg zijn van overmacht zoals plotselinge ziekte en/of overlijden of enige andere oorzaak die ook in het verbintenissenrecht ex art. 6:75 BW als overmacht zou worden aangemerkt.

verbonden.<sup>16</sup> De gedachte daarachter is dat de hoofdlijnen van het bestuursbeleid steeds moeten berusten op beslissingen van het hele bestuur.<sup>17</sup>

Het collegialiteitsbeginsel en het beginsel dat het bestuur als geheel tot een behoorlijke taakvervulling is gehouden, is diep geworteld in ons recht. In de memorie van antwoord bij art. 2:138/248 BW merkte de minister op dat het gaat om een 'fundamenteel en waardevol beginsel van vennootschapsrecht'.<sup>18</sup> De memorie van toelichting bij het huidige art. 2:9 BW vermeldt dan ook dat het beginsel van collectief bestuur ertoe leidt dat alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor onbehoorlijk bestuur, ook als een kwestie tot de taak van een bepaalde bestuurder behoorde.<sup>19</sup> Timmerman noemde de collegialiteit van het bestuur – dat volgens hem zijn oorsprong heeft in het Nederlandse consensus-denken – een van de beginselen van het huidige ondernemingsrecht.<sup>20</sup>

Het collegialiteitsbeginsel, de collectieve verantwoordelijkheid en de hoofdelijke aansprakelijkheid komt in ons rechtspersonenrecht het meest duidelijk terug in het gegeven dat – ook al zijn taken gedelegeerd aan specifieke bestuurders – er besluiten van het bestuur zijn die vanwege hun belang of verstrekking tot de werkkring van het bestuur als college behoren. Genoemd kunnen worden het algemeen beleid, het financiële beleid, de strategie, alsook transacties, overnames, afstoting en samenwerkingsverbanden van relatief grote waarde of die anderszins aanzienlijke implicaties hebben voor het algemene, financiële beleid of de strategie.<sup>21</sup> De daarmee samenhangende hoofdelijke aansprakelijkheid wordt dan ook wel beschouwd als een element van risico-aansprakelijkheid dat een punitief karakter heeft.<sup>22</sup>

Ondanks de hoofdelijke aansprakelijkheid voorziet art. 2:9 BW nog steeds duidelijk in de mogelijkheid dat de taken worden verdeeld tussen de bestuurders.<sup>23</sup> In de literatuur en de wetsgeschiedenis wordt hierover gesteld dat die taakverdeling niets af doet aan de collectieve ver-

antwoordelijkheid van het bestuur maar wel een rol zou kunnen spelen bij de individuele disculpatie.<sup>24</sup> Dit doet de vraag rijzen of er een spanningsveld bestaat tussen enerzijds het collegialiteitsbeginsel en anderzijds de mogelijkheid om binnen het bestuur taken te verdelen.<sup>25</sup> Ten aanzien van het algemene en financiële beleid is dat gelet op het voorgaande sowieso niet het geval maar ook overigens is daar mijns inziens geen sprake van. Het collegialiteitsbeginsel brengt namelijk met zich dat onderscheid moet worden gemaakt tussen:

- i. enerzijds een 'inhoudelijk (on)behoorlijke taakvervulling' op het gebied van de specifieke deeltaken of specifieke beleidsterreinen die aan individuele bestuurders zijn toebedeeld in het kader van een taakverdeling alsmede op het gebied van de taken die per definitie bij alle bestuurders blijven rusten zoals het algemene en het financiële beleid; en
- ii. anderzijds een 'collegiaal (on)behoorlijke taakvervulling' verband houdende met de betrokkenheid bij de gezamenlijke besluitvorming, het houden van toezicht op de organisatie, de structuur en medebestuurders, het zich voldoende laten informeren door medebestuurders en het kritisch zijn op medebestuurders.

De *inhoudelijke* onbehoorlijke taakvervulling van een bestuurder op een bepaald takenpakket dat niet behoort tot het takenpakket van zijn medebestuurders zal overigens in veel gevallen dusdanige gevolgen hebben voor het algemene en financiële beleid van de rechtspersoon dat dit al snel mede tot *inhoudelijke* onbehoorlijke taakvervulling van deze medebestuurders zal leiden, ook al is er geen sprake van een *collegiale* onbehoorlijke taakvervulling.

Als een bestuurder geen *inhoudelijke* onbehoorlijke taakvervulling kan worden verweten (omdat het onbehoorlijk bestuur niet zag op zijn takenpakket noch betrekking had op het algemene of financiële beleid) maar hem wel het verwijt kan worden gemaakt dat hij niet genoeg heeft doorgevraagd, onvoldoende informatie heeft ingewonnen en niet heeft ingegrepen terwijl hij had moeten

16. P.J. Dortmond, 'Bestuur, bestuurder, bestuursbesluit', in: *Van der Heijden Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, 233 (online laatst bijgewerkt op 1 januari 2013).

17. Asser/Maeijer & Kroeze 2-*I*\* 2015/194. Zie ook: F.J.W. Löwensteyn & M.J.G.C. Raaijmakers, in: Pitlo/Löwensteyn, *Rechtspersonenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 71; Sanders & Westbroek/Buijn & Storm, *BV en NV*, Deventer: Kluwer 1994, p. 165; W. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 1993, p. 61.

18. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 37 (MvA).

19. *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 3, p. 8 (MvT).

20. L. Timmerman, 'Grondslagen van geldend ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2009/2, nr. 28-29. Zie ook Asser/Maeijer & Kroeze 2-*I*\* 2015/194 en A.F. Verdam, 'Van collegiaal bestuur, bestuursbesluiten, aantastbaarheid en delegatie, en het besluit van een bestuurslid onder het nieuwe artikel 2:129a lid 3', *Ondernemingsrecht* 2013/102.

21. A.F. Verdam, 'Van collegiaal bestuur, bestuursbesluiten, aantastbaarheid en delegatie, en het besluit van een bestuurslid onder het nieuwe artikel 2:129a lid 3', *Ondernemingsrecht* 2013/102.

22. D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid. Een maatpak voor de Board Room* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010, p. 85 en Hof Amsterdam 21 september 2010, *JIN* 2010/783, m.nt. Van den Berg (*Stichting Freule Lauta van Aysma*), punt 4 van de noot.

23. P.J. Dortmond, 'Bestuur, bestuurder, bestuursbesluit', in: *Van der Heijden Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, 233 (online laatst bijgewerkt op 1 januari 2013).

24. *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 3, p. 8 (MvT); Asser/Maeijer 2-*III* 2000/321 onder verwijzing naar Rb. Rotterdam 17 juni 1999, *JOR* 1999/244, m.nt. F.J.P. van den Ingh, herhaald in: Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*II*\* 2009/445; A.J.P. Schild & L. Timmerman, 'Het nieuwe art. 2:9 BW, uitgelegd voor gewone bestuurders', *WPNR* 2014, afl. 7011, p. 270-274. Y. Borrius, 'Besluitvorming – zelfstandige besluiten individuele bestuursleden', in: *Jaarboek Corporate Governance* 2012/8.5.2; Asser/Maeijer & Kroeze 2-*I*\* 2015/194.

25. Zie hierover ook L. Timmerman, 'Grondslagen van geldend ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2009/2, nr. 28-29 en A.F. Verdam, 'Van collegiaal bestuur, bestuursbesluiten, aantastbaarheid en delegatie, en het besluit van een bestuurslid onder het nieuwe artikel 2:129a lid 3', *Ondernemingsrecht* 2013/102.

ingrijpen (kort gezegd: hij heeft zijn toezichtfunctie niet naar behoren uitgeoefend<sup>26</sup> of onvoldoende sociale controle uitgeoefend),<sup>27</sup> dan valt hem echter nog immer het verwijt te maken van *collegiale* onbehoorlijke taakvervulling, zal hij zich niet kunnen disculperen en zal hij dus toch hoofdelijk aansprakelijk zijn.<sup>28</sup> Met andere woorden, de taakverdeling speelt in beginsel dus niet een belangrijke rol bij de disculpatie.<sup>29</sup> Wat wel van belang is bij een beroep op disculpatie is bijvoorbeeld dat de bestuurder mag afgaan op de juistheid van hetgeen aan hem door zijn medebestuurders is gerapporteerd<sup>30</sup> of dat een bestuurder door zijn medebestuurders wordt belet een behoorlijk bestuur te voeren.<sup>31</sup> Een beroep op disculpatie zou ook moeten slagen in het geval dat het onbehoorlijk bestuur strikt genomen wel zag op de taken van de betrokken bestuurder maar hij van het onbehoorlijk bestuur niet op de hoogte was en dat redelijkerwijs ook niet kon zijn. In het verleden is het voorbeeld genoemd dat een bestuurder met vakantie was<sup>32</sup> of dat een medebestuurder zonder toestemming van de aangesproken bestuurder een onverantwoorde transactie aangaat.<sup>33</sup> In dit soort gevallen is immers de facto sprake van belet om een behoorlijk bestuur te voeren en om maatregelen te treffen het onbehoorlijk bestuur te voorkomen.<sup>34</sup>

## 6. De toetsingsregels voor het vaststellen van onbehoorlijke taakvervulling/onbehoorlijk bestuur

De vraag of het bestuur al dan niet is tekortgekomen in de bestuurstaak ex art. 2:9 BW en onbehoorlijk bestuur kan worden verweten, is niet gemakkelijk te beantwoorden met name omdat (i) besturen beleidsvrijheid impliceert die hand in hand gaat met bestuursautonomie, (ii) de

vraag wanneer sprake is van onbehoorlijk bestuur steeds een zeer casuïstische vraag is en (iii) de vraag altijd achteraf beantwoord moet worden met het gevaar van hindsight bias. Deze moeilijkheid is ook duidelijk naar voren gekomen in de parlementaire geschiedenis bij het op 1 januari 1987 in werking getreden art. 2:138/248 BW (de Derde Misbruikwet).<sup>35</sup> Tot het per 1 januari 2013 op grond van de Wet Bestuur en Toezicht ingetreden art. 2:9 BW was het met name *deze* parlementaire geschiedenis (en niet de parlementaire geschiedenis bij art. 2:9 BW) die meer duidelijkheid gaf over de vraag wat onbehoorlijk bestuur inhoudt. Het is daarom van belang om stil te staan bij deze wetsgeschiedenis.

### 6.1. (Kennelijk) onbehoorlijk bestuur als rechtsgrond voor aansprakelijkheid

Het huidige art. 2:138/248 BW is terug te voeren op het op 1 april 1929 in werking getreden art. 49a WvK (oud)<sup>36</sup> dat bepaalde dat in geval van faillissement de curator van de bestuurder schadevergoeding kan vorderen 'wanneer de toestand der vennootschap geheel of gedeeltelijk te wijten is aan grove schuld of grove nalatigheid van de bestuurder'.<sup>37</sup> Per 1 januari 1987 werd de bepaling vervangen door art. 2:138/248 BW. De minister merkte in de memorie van toelichting op dat art. 2:138/248 BW aansluit bij art. 2:9 BW (toen nog art. 2:8 BW) waarin 'het grondbeginsel van de bestuurdersaansprakelijkheid is geformuleerd als een gehoudenheid van het bestuur tegenover de rechtspersoon tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak'.<sup>38</sup> Daarnaast moest volgens de minister de aansprakelijkheid van de bestuurder zowel in een situatie binnen faillissement (art. 2:138/248 BW) als buiten faillissement (art. 2:9 BW) worden gevonden in de 'rechtsgrond van onbehoorlijke taakvervulling'. De

26. Zie bijvoorbeeld Y. Borrius, 'Taakverdeling en aansprakelijkheid binnen bestuur en raad van commissarissen', in: *Jaarboek Corporate Governance* 2012/8.2.
27. Zie bijvoorbeeld W. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 1993, p. 61.
28. De disculpatiemogelijkheid is in het huidige art. 2:9 BW overigens niet verruimd of gewijzigd vergeleken met art. 2:9 BW (oud) en het beginsel van collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid is onverkort van kracht. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 3, p. 8 (MvT); Y. Borrius, 'Aansprakelijkheid – zelfstandige besluiten individuele bestuursleden', in: *Jaarboek Corporate Governance* 2012/8.5.3; Rb. Oost-Brabant 17 december 2014, *JOR* 2015/129, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Stichting Bureau Jeugdzorg*).
29. Dit roept wel de vraag op of het collegialiteitsbeginsel steeds bij alle soorten rechtspersonen in al zijn consequenties moet worden doorgetrokken mede gelet op het feit dat dit collegialiteitsbeginsel en de daarmee samenhangende collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid zich met name heeft ontwikkeld in het leerstuk van aansprakelijkheid van bestuurders van kapitaalvennootschappen en commerciële verenigingen en stichtingen en niet bij andere rechtspersonen. Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om daar nu verder op in te gaan.
30. M. Mussche, *Vertrouwen op informatie bij bestuurlijke taakvervulling* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011, p. 41; Hof Amsterdam 21 september 2010, r.o. 4.31 en 4.32, *JOR* 2011/40, m.nt. Wezeman (*Stichting Freule Lauta van Aysma*).
31. Vgl. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 19 (MvA) waarin is gezegd dat hij dan zal moeten aftreden, hetgeen zijn beroep op de disculpatiegrond des te gereder aanvaardbaar zal maken.
32. J.R. Glasz, 'Aansprakelijkheid van directeuren en commissarissen, vanuit het vennootschapsrecht bezien', *TVVS* 1986, nr. 86/4, p. 82.
33. W.C.L. van der Grinten, H.J.M.N. Honée & Th.C.M. Hendriks-Jansen, *Van der Heijden Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 257. Zij stelden echter dat er dan geen aansprakelijkheid van het bestuur als collectief bestaat maar slechts individuele aansprakelijkheid (zodat een beroep op disculpatie voor de overige bestuurders niet nodig is). Deze benadering lijkt mij niet stroken met het systeem van de wet.
34. Zo ook D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid. Een maatpak voor de Board Room* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010, p. 307.
35. Wijzigingswet van 16 mei 1986, *Stb.* 275 (de Derde Misbruikwet).
36. Wet van 2 juli 1928, *Stb.* 216, in werking getreden op 1 april 1929, *Stb.* 364 kenbaar uit J.B. Huizink, in: *GS Rechtspersonen*, 'Wetgeschiedenis bij: Burgerlijk Wetboek 2', art. 248, aant. 1 (online laatst bijgewerkt op 29 oktober 2014).
37. In de wet tot vaststelling van Boek 2 van 12 mei 1960, *Stb.* 205 en wet van 8 april 1976, *Stb.* 228 waarmee het toen nog gelijklopende art. 2:138/248 werd ingevoerd is de bepaling stilistisch verbeterd ('de curator' werd tussen 'kan' en 'ingeval' geplaatst) en aangepast aan de geldende spelling. Zie J.B. Huizink, in: *GS Rechtspersonen*, 'Wetgeschiedenis bij: Burgerlijk Wetboek 2', art. 248, aant. 1 (online laatst bijgewerkt op 29 oktober 2014).
38. Wet van 16 mei 1986, *Stb.* 275 en *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, 3, p. 3 en 4 (MvT).

aansprakelijkheid binnen faillissement lag volgens de minister 'in het verlengde' van de aansprakelijkheid buiten faillissement.<sup>39</sup> Wat de minister in feite zei is dat het onbehoorlijk bestuur van art. 2:9 BW van kleur verschieft zodra sprake is van een faillissement en als gevolg van dat faillissement moet worden aangemerkt als een 'kenmerkend onbehoorlijk bestuur' in de zin van art. 2:138/248 BW. Een onderscheid tussen beide begrippen bestaat dus niet echt. Uit de literatuur kan een vergelijkbare conclusie worden getrokken.<sup>40</sup>

### 6.2. *Beleidsvrijheid en het risico van hindsight bias*

Bij de behandeling van het wetsontwerp is expliciet aan de orde gesteld dat de grens tussen behoorlijk bestuur en onbehoorlijk bestuur niet altijd gemakkelijk is te trekken. Daarbij werd de vrees uitgesproken dat de ontwerpdekst van art. 2:138/248 BW te snel tot aansprakelijkheid kon leiden bijvoorbeeld omdat altijd sprake is van een beoordeling achteraf. Ook werd uitdrukkelijk opgemerkt dat ondernemen mogelijk moet blijven zonder al te veel persoonlijke risico's.<sup>41</sup> De minister werd gevraagd zich hierover uit te laten en dat deed de minister ook. De reactie van de minister is van groot belang voor de vraag wanneer van onbehoorlijk bestuur kan worden gesproken.

Over het risico van hindsight bias antwoordde de minister – kort gezegd – dat voor de vraag of sprake is van onbehoorlijk bestuur altijd een beoordeling achteraf moet plaatsvinden maar dat dit geenszins inhoudt dat bestuursdaden die achteraf blijken tot het faillissement te hebben geleid enkel om die reden steeds als onbehoorlijk bestuur moeten worden aangemerkt. Een dergelijke onredelijke uitleg ligt niet zeer voor de hand. De vraag of er van onbehoorlijk bestuur sprake is moet dan ook worden beoordeeld naar het moment waarop de desbetreffende bestuurs-handelingen werden verricht. Getoetst moet worden of de desbetreffende bestuurshandelingen (of nalatigheden) op dat moment als onbehoorlijk moeten worden beschouwd.<sup>42</sup> Bepalend is of zakelijke risico's zijn genomen die ook gezien vanuit het tijdstip van de beslissing als onverantwoordelijk moeten worden aangemerkt.<sup>43</sup> Er is niet bedoeld om de bestuurders een verwijt te maken van fouten, misrekeningen of achteraf beschouwd onjuiste beoordelingen in het zakelijke vlak van feiten en omstandigheden die voor het bepalen van het bestuursbeleid van belang zijn.<sup>44</sup> De wetgever heeft dus een duidelijke instructie gegeven aan de rechter: de beoordeling of sprake is van onbehoorlijk bestuur dient plaats te vinden naar het moment dat de bestuurstaken hebben plaatsgevonden.

De minister ging ook in op de beleidsruimte van het bestuur en op de bestuursautonomie. Volgens de minister moet de rechter bij de vraag of er van onbehoorlijk bestuur sprake is uiteraard steeds rekening houden met alle omstandigheden van het geval en tot een redelijk en billijk oordeel komen. De minister merkte daarbij echter op dat van de rechter niet gevraagd kan worden om op de stoel van de ondernemer plaats te nemen en dat bedacht moet worden dat de grens tussen onbehoorlijk bestuur en bestuur dat weliswaar nadelig voor de vennootschap en haar schuldeisers is uitgepakt, doch dat niet als onbehoorlijk bestuur mag worden aangemerkt, niet steeds even gemakkelijk is te trekken. Er is volgens de minister dus als het ware een 'grijze zone'. Het is de taak van de rechter daarover aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval een beslissing te geven.<sup>45</sup> In de memorie van toelichting bij het per 1 januari 2013 ingetreden art. 2:9 BW is nog een keer duidelijk naar voren gekomen dat de 'behoorlijk bestuur'-norm van art. 2:9 BW beleidsvrijheid impliceert.<sup>46</sup>

In Pitlo/Löwensteyn wordt in verband met het voorgaande in 1986 geschreven dat men dient te bedenken dat de taak van een bestuurder bestaat uit het voeren van een mede op de toekomst gericht beleid, dat het voeren van een beleid nu eenmaal het nemen van risico's impliceert en dat steeds de kans bestaat dat men de bestaande situatie en de toekomstige ontwikkelingen ondanks inzicht en bekwaamheid toch verkeerd beoordeelt.<sup>47</sup>

### 6.3. *Inspanningsverbintenis met een objectieve maatstaf*

Van oudsher is breed aanvaard dat de verplichting van de bestuurder om zijn taak behoorlijk te vervullen een inspanningsverbintenis betreft en dat de maatstaf om te *beoordelen* wanneer sprake is van een tekortschieten in de nakoming van die inspanningsverbintenis een objectieve maatstaf is.<sup>48</sup> Deze objectieve maatstaf kwam bijvoorbeeld reeds tot uiting in de hiervoor genoemde sinds 1925 geldende Wet op de Coöperatieve Vereeniging waarvan art. 31 lid 3 bepaalde dat voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van de bestuurder de bestuurder 'geacht wordt kennis te hebben gekregen' van al datgene, 'wat hem bij eene richtige waarneming zijner betrekking' niet onbekend gebleven zou zijn. Kist en Visser schreven daarover in 1929 dat de bestuurder zijn taak dient 'te verrichten volgens redelijke eischen van inzicht, zorgvuldigheid en toewijding, (...), zoals men in de gegeven omstandigheden van een goed bestuurder mag verwachten'.<sup>49</sup>

39. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 20 (MvA). Zie ook art. 2:138/248 lid 8 BW.

40. Asser/Maeijer & Dortmund 2-III 1994/321 en Asser/Maeijer 2-III 2000/329.

41. *Kamerstukken II* 1981/82, 16631, 5, p. 11 (VV).

42. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 3-4 (MvA).

43. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 14 (MvA).

44. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 20-21 (MvA).

45. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 3-4 en 20 (MvA).

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

47. F.J.W. Löwensteyn & M.J.G.C. Raaijmakers, in: Pitlo/Löwensteyn, *Rechtspersonenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 72.

48. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 4-5 (MvA).

49. J.G. Kist & D.L.E. Visser, *Beginselen van handelsrecht volgens de Nederlandsche wet. De Naamlooze vennootschap volgens de wet van 2 juli 1928, Stb. No 216* (Supplement op Deel III), 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante (N.V.) 1929, p. 236.

In de wetsgeschiedenis bij art. 2:138/248 BW komt deze objectieve maatstaf ook terug. Daaruit blijkt immers dat art. 2:138/248 BW steunt op de gedachte dat een bestuurder moet instaan voor zijn kwaliteiten als zodanig.<sup>50</sup> De instructie aan de rechter is dat hij zal moeten letten op wat verstandige ondernemers in dezelfde of aanverwante branche van bedrijvigheid als onbehoorlijk zouden beschouwen en dat hij zal moeten trachten objectief vast te stellen of het gedrag in kwestie, als kennelijk onbehoorlijk moet worden aangemerkt.<sup>51</sup>

In de literatuur is in dit verband gesteld dat de bestuurder pas aansprakelijk is, wanneer hij heeft gehandeld zoals onder de gegeven omstandigheden een redelijk oordelende bestuurder met de voor een bestuurder van deze rechtspersoon vereiste bekwaamheden nimmer zou hebben gedaan,<sup>52</sup> dat er eerst een tekortkoming is wanneer men is tekortgeschoten in de inspanning die onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze kon worden verlangd<sup>53</sup> en dat aldus een *objectieve* toets<sup>54</sup> wordt gehanteerd. Degene die de taak van de bestuurder op zich neemt moet instaan voor zijn geschiktheid en voor de daartoe vereiste hoedanigheden. Hij kan zich (anders dan een werknemer) niet verschuilen achter onervarenheid of het excuus aanvoeren dat hij naar beste weten heeft gehandeld doch dat het niveau van kennis en bekwaamheid niet toereikend was en hij dient op een geïnformeerde grondslag en doordachte wijze te handelen.<sup>55</sup>

In de rechtspraak is deze objectieve toets ook duidelijk naar voren gekomen. In het hierna te bespreken arrest *Staleman/Van de Ven*<sup>56</sup> spreekt de Hoge Raad bijvoorbeeld over 'het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult'. De Hoge Raad spreekt in de beschikking inzake *Laurus*, waarnaar in de wetsgeschiedenis bij het huidige art. 2:9 BW uitdrukkelijk wordt verwezen,<sup>57</sup> over 'een taakvervulling die niet in

overeenstemming is met de wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris de taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen'.<sup>58</sup> Op het gebied van het enquêterecht zijn nog meer objectieve en concrete toetsingsnormen geformuleerd, bijvoorbeeld (i) het (gedurende geruime tijd) handelen in strijd met statuten en dwingende wetgeving, (ii) het onvoldoende gescheiden houden van de persoonlijke belangen en de belangen van de betrokkenen bij de rechtspersoon en (iii) het onvoldoende verstrekken van informatie dan wel het verstrekken van onjuiste informatie aan aandeelhouders, de ondernemingsraad of andere belanghebbenden bij de rechtspersoon.<sup>59</sup> Meer in het algemeen wordt ook genoemd het handelen in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap.<sup>60</sup> In het kader van aansprakelijkheid van bestuurders in geval van faillissement van de besloten en naamloze vennootschap ex art. 2:138/248 BW spreekt de Hoge Raad voorts bijvoorbeeld van kennelijk onbehoorlijk bestuur 'als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld'.<sup>61</sup>

Het antwoord op de vraag of de bestuurder is tekortgeschoten in de door hem te leveren inspanningsverbintenis wordt dus op een *objectieve wijze* bepaald zonder onderscheid des persoon: als het ware kan worden gesproken van een 'maatman-bestuurder'. Het belang van de objectieve benadering is vooral dat het de bestuurder dwingt om zich bij het aanvaarden van zijn functie af te vragen of hij wel over de vereiste bekwaamheden beschikt om de bestuursfunctie in de vennootschap waarin hij benoemd wordt adequaat te kunnen vervullen. Een ander wenselijk gevolg van deze benadering is dat de achteraf toetsende rechter zich niet in allerlei intern mentale processen hoeft te verdiepen die zich in het hoofd van de handelende bestuurder hebben afgespeeld (al dan niet af te leiden uit de omstandigheden van het geval). Dit zou wel vereist zijn, als voor aansprakelijkheid van een be-

50. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 19 (MvA).

51. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 9, p. 2 (NEV).

52. F.J.W. Löwensteyn & M.J.G.C. Raaijmakers, in: Pitlo/Löwensteyn, *Rechtspersonenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 71.

53. Asser/Maeijer & Dortmund 2-III 1994/321.

54. L. Timmerman, 'Naar geïntegreerde bestuurdersaansprakelijkheid?', in: P. Essers, G. Raaijmakers & G. van der Sangen e.a. (red.), *Met Recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 483 en D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid. Een maatpak voor de Board Room* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010, p. 292.

55. J.R. Glasz, 'Aansprakelijkheid van directeuren en commissarissen, vanuit het vennootschapsrecht bezien', *TVVS* 1986, nr. 86/4, p. 81 e.v.; L.G. Eykman, 'De aansprakelijkheid van directeuren en commissarissen tegenover de vennootschap, bezien vanuit algemene civielrechtelijke beginselen', *TVVS* 1986, nr. 86/4, p. 87 e.v. Asser/Maeijer & Dortmund 2-III 1994/321; B.J. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag: binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2007, p. 525; M. Lückerath-Rovers e.a., *Jaarboek Corporate Governance* 2012/8.4.0; J.B. Huizink, in: *GS Rechtspersonen*, 'Objectivering: Burgerlijk Wetboek 2, Artikel 9, Taakvervulling en aansprakelijkheid bestuurder', art. 2:9, aant. 8.1 (online laatst bijgewerkt op 30 juni 2014) en Rb. Oost-Brabant 17 juli 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4257 (*Stichting Bureau Jeugdzorg*).

56. HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360, m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*).

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

58. HR 8 april 2005, *NJ* 2006/443, m.nt. G. van Solinge en *JOR* 2005/119, m.nt. M. Brink (*Laurus*).

59. Zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/756-760, 'De naamloze en besloten vennootschap' (online laatst bijgewerkt op 1 april 2009) en de daarin genoemde rechtspraak.

60. Hof Amsterdam (OK) 21 juni 1979, *NJ* 1980/71 (*Batco*); Hof Amsterdam (OK) 8 oktober 1987, *NJ* 1988/99, m.nt. J.M.M. Maeijer; HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Ogem*).

61. HR 8 juni 2001, *NJ* 2001/454 en *JOR* 2011/171, m.nt. Tekstra (*Gilhuis q.q./Panmo*). Zie ook HR 7 juni 1996, *NJ* 1996/695, m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1996/69, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Ontvanger/Van Zoolingen*) met betrekking tot aansprakelijkheid op grond van art. 36 Invorderingswet.

stuurder – kort gezegd – subjectieve kwade trouw vereist zou zijn.<sup>62</sup>

6.4. *De mate van verwijtbaarheid: grijze zone maar aansprakelijkheid niet slechts bij grove schuld*

De beleidsruimte en de onzekerheid van toekomstige omstandigheden zorgt ervoor dat er een zeker 'grijze ruimte' bestaat wanneer het gaat om de beoordeling van het handelen van de bestuurder. De rechter mag daarbij niet op de stoel van de bestuurder plaatsnemen. Ook dit heeft de minister expliciet duidelijk gemaakt. De minister heeft echter ook buiten kijf gesteld dat het bestaan van de 'grijze zone' en het gegeven dat de rechter bij de beoordeling van het handelen van de bestuurder niet op de stoel van de bestuurder mag plaatsnemen er niet toe mag leiden dat de toets voor aansprakelijkheid wordt verzwaaard in de zin dat alleen in *uitzonderlijke* gevallen sprake kan zijn van aansprakelijkheid.<sup>63</sup> Daarbij benadrukte de minister dat bewust ervoor is gekozen om de termen 'grote schuld' en 'grote nalatigheid' uit art. 49a WvK (oud) (zoals gezegd de voorloper van art. 2:138/248 BW, zie par. 6.1) los te laten omdat deze de grenzen waarbinnen aansprakelijkheid van de bestuurders bestaat te eng zouden stellen en om een begrip met 'ruimere inhoud'<sup>64</sup> te hanteren welk begrip een 'minder strenge toetssteen' vormt.<sup>65</sup> Dat is het begrip 'onbehoorlijk bestuur' geworden dat aansluit bij de term 'onbehoorlijke taakvervulling' van art. 2:9 BW. De toevoeging van het woordje 'kennelijk' in art. 2:138/248 BW was vooral bedoeld om 'beduidelijkheid weg te nemen, die door leden van verscheidene fracties werd gevoeld, dat een ondernemer te snel in de aansprakelijkheidszone zou kunnen belanden' en om duidelijk te maken dat de rechter 'objectief' en 'zonder wijsheid achteraf' zal moeten vaststellen of het gedrag in kwestie als kennelijk onbehoorlijk moet worden aangemerkt.<sup>66</sup>

7. **Introductie 'ernstig verwijt'-maatstaf bij interne bestuurdersaansprakelijkheid**

7.1. *Oorsprong 'ernstig verwijt'-maatstaf in het arbeidsrecht*

De oorsprong van de 'ernstig verwijt'-maatstaf kan gevonden worden in het arbeidsrecht, meer specifiek de aansprakelijkheid van de werkgever jegens de werknemer respectievelijk van de werknemer jegens de werkgever. Art. 7A:1638x BW (oud) (thans art. 7:658 BW) dat zag op de aansprakelijkheid van de *werkgever* jegens de werknemer bepaalde – kort gezegd – dat als de werkgever

zijn verplichtingen jegens de werknemer niet nakomt, de *werkgever* aansprakelijk is jegens de *werknemer* voor de daardoor bij de werknemer geleden schade tenzij de schade in belangrijke mate mede aan 'grote schuld' van de werknemer is te wijten.<sup>67</sup> In het arrest *Schenkelaars Muziekinstrumentenfabriek*<sup>68</sup> uit 1976 had de Hoge Raad overwogen dat van grote schuld in de zin van deze laatste bepaling alleen sprake kan zijn als 'de *schuld* van de arbeider zo *ernstig is*, dat daartegenover de tekortkoming van de werkgever in de nakoming van zijn verplichtingen als bedoeld in art. 1638x lid 1 in het niet valt'.

Een bepaling over aansprakelijkheid van de werknemer jegens de werkgever voor de behoorlijke vervulling van zijn taak bestond in deze tijd nog niet.<sup>69</sup> Toen de Hoge Raad in het op 4 februari 1983 gewezen *Debrot*-arrest<sup>70</sup> zich moest uitlaten over deze aansprakelijkheid zocht de Hoge Raad blijkens de bewoordingen uit dat arrest dan ook aansluiting bij voormeld art. 7A:1638x BW (oud) en voormeld *Schenkelaars Muziekinstrumentenfabriek*-arrest en overwoog: 'Een werknemer kan (...) voor door hem in de vervulling van zijn dienstbetrekking aan de werkgever toegebrachte schade eerst aansprakelijk zijn indien hem ter zake, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, *een ernstig verwijt* valt te maken.'

7.2. *Betoog in literatuur dat de 'ernstig verwijt'-maatstaf ook voor bestuurder geldt*

In 1986 betoogde Eykman dat het *Debrot*-arrest en het 'ernstig verwijt'-criterium ook betrekking had op de bestuurder in dienstverband. Hij stelde kort gezegd het volgende:

'De bestuurder heeft op grond van art. 2:8 BW (thans art. 2:9 BW) een verantwoordelijkheid om te besturen. Verantwoordelijkheid brengt echter nog geen aansprakelijkheid met zich. De op de bestuurder uit hoofde van zijn functie rustende verplichting betreft een inspanningsverbintenis. De bestuurder verplicht zich niet tot een bepaald resultaat. Aansprakelijkheid kan daarom eerst rijzen als geen redelijk handelend bestuurder aldus gehandeld zou hebben. Ditzelfde beginsel geldt ook bij verschillende sectoren van de beroepsaansprakelijkheid: de arts die moet beslissen of hij al dan niet opereert, de advocaat of hij al dan niet procedeert. De op de werknemer rustende verplichtingen zoals neergelegd in art. 7A:1639 BW is ook geboren uit een verantwoordelijkheidsoogpunt terwijl daar ook een inspanningsverbintenis uit voortvloeit. Om de aansprakelijkheid van (een werknemer en) een

62. B.F. Assink e.a., 'Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht – Een dwarsdoornede', in: B.F. Assink e.a. (red.), *Verslag van Symposium gehouden op 27 oktober 2010, georganiseerd door het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen/Erasmus Universiteit Rotterdam*, Deventer: Kluwer 2011, p. 63.

63. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 3-4 en 20-21 (MvA).

64. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 4 (MvA).

65. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 20-21 (MvA).

66. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 9, p. 2 (NEV). Uit de wetsgeschiedenis blijkt echter dat er geen verschil bestaat tussen de termen 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' van art. 2:138/248 BW en 'onbehoorlijke taakvervulling' van art. 2:9 BW.

67. Het huidige daarvoor in de plaats gekomen art. 7:658 BW (geldend vanaf 1 april 1997) heeft dezelfde strekking maar is tekstueel grondig veranderd; het komt erop neer dat de werkgever aansprakelijk is voor schade van de werknemer tenzij sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid bij de werknemer.

68. HR 27 juni 1975, *NJ* 1976/81, m.nt. G.J. Scholten (*Schenkelaars Muziekinstrumentenfabriek*).

69. Wel bestond art. 7A:1639 BW (oud) dat – kort gezegd – bepaalde dat de werknemer zijn arbeid naar beste vermogen dient te verrichten.

70. HR 4 februari 1983, *NJ* 1983/543, m.nt. P.A. Stein (*Debrot*).

bestuurder onder zijn inspanningsverbintenis te beoordelen dient men zich daarom te wenden tot de algemeen civielrechtelijke beginselen omtrent aansprakelijkheid. Voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van de bestuurder in dienstbetrekking kan dus aansluiting gevonden worden bij het *Debrot*-arrest: er moet hem een ernstig verwijt worden gemaakt.<sup>71</sup>

Op de niet in dienst zijnde bestuurder, was het 'ernstig verwijt'-criterium volgens Eykman niet van toepassing. Welk criterium daar wel op van toepassing was, liet Eykman in het midden.

Van Schilfgaarde stelde vervolgens in 1986 dat het *Debrot*-arrest niet alleen rechtstreeks van toepassing is op de bestuurder die in dienst is van de rechtspersoon (omdat hij in dienst is) maar ook op de bestuurder die niet in dienst is omdat iemand die geen salariëring ontvangt of zijn taak als nevenbetrekking bekleedt niet sneller aansprakelijk zou moeten zijn dan de bestuurder in dienstbetrekking.<sup>72</sup>

Een jaar later, in 1987, herhaalde Van Schilfgaarde zijn betoog. Hij stelde kort gezegd het volgende:

'Het gaat te ver om op basis van art. 2:8 BW (thans art. 2:9 BW) te concluderen dat een bestuurder meer dan een werknemer zou moeten instaan voor het bezit van de voor zijn taak vereiste capaciteiten. De vraag in hoeverre men daarvoor moet instaan hangt geheel af van hetgeen daaromtrent impliciet of expliciet bij het aangaan van de betrekking is bedongen. De algemene vergadering van aandeelhouders die willens en wetens een onbenul tot bestuurder benoemt kan niet verwachten dat die bestuurder zijn taak met veel benul vervult. Anderzijds geldt dat van iedere werknemer die bij zijn aanstelling voorgeeft specialist te zijn, kan worden gevergd dat hij zijn bewering waarmaakt. Over de rechtsgrond voor aansprakelijkheid is niets terug te vinden in het *Debrot*-arrest maar het gaat om een redelijke uitleg van de overeenkomst. Kern van de zaak is dat een werknemer wordt aangenomen voor een reeks van verrichtingen waarvan in het algemeen bij de indiensttreding noch de inhoud, noch de omstandigheden waaronder zij moeten plaatsvinden, nauwkeurig bepaalbaar zijn. De precieze inhoud van zijn verbintenis moet van dag tot dag ingevuld worden. Een redelijke uitleg brengt mee dat de werknemer, indien hij fouten maakt, niet aansprakelijk is tenzij hem – in de woorden van de Hoge Raad – een ernstig verwijt treft. Er is in wezen sprake van een inspanningsverbintenis.

Dit alles geldt op gelijke wijze voor de bestuurder in zijn vennootschapsrechtelijke betrekking.<sup>73</sup>

Net zoals Eykman leek Van Schilfgaarde de rechtsgrond voor aansprakelijkheid dus te zoeken in een civielrechtelijke tekortkoming onder de inspanningsverbintenis ex art. 6:74 BW (Eykman sprak over algemeen civielrechtelijke beginselen omtrent aansprakelijkheid).

In de literatuur is de door Eykman en Van Schilfgaarde betoogde gelijke toepasbaarheid van de 'ernstig verwijt'-maatstaf uit het arbeidsrecht in het vennootschapsrecht door zeker niet de minste (hoog)geleerde schrijvers overgenomen zonder dat door hen lang is stilgestaan of is ingegaan op de onderbouwing door Eykman en Van Schilfgaarde.<sup>74</sup> Van der Grinten c.s. huldigden in 1990 in dit verband in de Asser-serie de opvatting dat het toen zich in ontwerpfase bevindende art. 6.3.2.2 lid 3 BW (thans art. 6:170 lid 3 BW) naar analogie toepassing diende te vinden in de relatie tussen een vennootschap en haar bestuurder die een onrechtmatige daad pleegt waardoor een derde schade lijdt.<sup>75</sup> Een jaar later, in 1991, werd in de Asser-serie onder verwijzing naar de in 1990 gehuldigde opvatting explicieter betoogd dat van aansprakelijkheid van een bestuurder jegens de rechtspersoon op grond van art. 2:9 BW slechts sprake kan zijn indien de bestuurder een ernstig verwijt treft. Van een tekortkoming in de zin van art. 2:9 BW kon alleen sprake zijn als de bestuurder 'ernstig gefaald' had. Een onderbouwing voor dit standpunt ontbrak echter. Verder werd gesteld dat uit de systematiek van art. 6:74 en 6:75 BW in samenhang met art. 2:9 BW volgt dat als ernstige verwijtbaarheid van het bestuur is aangetoond de individuele bestuurder dient aan te tonen dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt treft en dat de onmiskenbare tekortkoming van het bestuur hem niet toe te rekenen is.<sup>76</sup> Niet heel lang daarna overwoog de Hoge Raad in het arrest *Staleman/Van de Ven* dat bestuurders pas aansprakelijk zijn als hen een ernstig verwijt treft.

### 7.3. 'Ernstig verwijt'-maatstaf blijft voortbestaan door *Staleman/Van de Ven*

#### 7.3.1. Inleiding

De 'ernstig verwijt'-maatstaf werd in de rechtspraak over bestuurdersaansprakelijkheid dus geïntroduceerd in het arrest *Staleman/Van de Ven*. Het arrest wordt gezien als een van de kernarresten in het ondernemingsrecht omdat het door de introductie van de 'ernstig verwijt'-maatstaf

71. L.G. Eykman, 'De aansprakelijkheid van directeuren en commissarissen tegenover de vennootschap, bezien vanuit algemene civielrechtelijke beginselen', *TVVS* 1986, nr. 86/4, p. 87 e.v.

72. P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen, Commentaar op de tweede en de derde misbruikwet*, Deventer: Kluwer 1986, p. 17.

73. P. van Schilfgaarde, 'De interne aansprakelijkheid van bestuurders', in: I.P. Asscher-Vonk e.a. (red.), *Schetsen voor Bakels, Opstellen aangeboden aan Prof. H.L. Bakels ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar sociaal recht aan de Rijksuniversiteit te Groningen*, Deventer: Kluwer 1987, p. 267-282 (meer specifiek p. 273-274).

74. Zie bijvoorbeeld J.B. Huizink, *Bestuurders van rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1989, p. 100, J.B. Huizink, 'Bestuurders van rechtspersonen en milieu-aansprakelijkheid', *De NV* 1994, afl. 4, p. 90, C.C.Th. van Andel, *De directeur; bestuurder en werknemer*, Deventer: Kluwer 1992, p. 65, A. van Hees, 'Aansprakelijkheid van een bestuurder, interne en externe aansprakelijkheid', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Financiering en Aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 2-3.

75. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-II 1990/180.

76. Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1991/44. Later herhaald door: W.C.L. van der Grinten, H.J.M.N. Honée & Th.C.M. Hendriks-Jansen, in: *Van der Heijden Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 257. Na het arrest *Staleman/Van de Ven* herhaald in Asser/Maeijer 2-II 1997/44.



beleidsvrijheid aan de bestuurder zou hebben gegeven waardoor de bestuurder zich niet al te risico-avers/defensief hoeft te gedragen en waardoor er een verhoogde aansprakelijkheidsdrempel zou bestaan ten opzichte van het civiele recht.<sup>77</sup> Hierna zal ik nader op de introductie van de 'ernstig verwijt'-maatstaf in dit arrest ingaan.

### 7.3.2. Het hof in Staleman/Van de Ven

Na een uitvoerige behandeling en beoordeling van de omstandigheden van het geval concludeerde het hof in de zaak *Staleman/Van de Ven* dat sprake is van onbehoorlijk bestuur. Letterlijk overwoog het hof:

'Op grond van het hiervoor overwogene is het Hof van oordeel dat aan de directie in beginsel een ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling kan worden gemaakt in de zin van art. 2:9 BW.'<sup>78</sup>

Conform de systematiek van art. 2:9 BW ging het hof daarna (impliciet) in op de mogelijkheid van disculpatie voor de twee betrokken bestuurders. Het hof overwoog:

'Het vorenstaande leidt ertoe, dat de directieleden in beginsel aansprakelijk zijn voor schade, door het bedrijf geleden als gevolg van de onbehoorlijke taakvervulling door de directie. Daarbij ziet het Hof onvoldoende grond voor het maken van onderscheid tussen Staleman enerzijds en Richelle anderzijds. Weliswaar was Staleman kennelijk degene die zich hoofdzakelijk bezighield met de dagelijkse gang van zaken aangaande de lease, doch het moet ervoor gehouden worden dat belangrijke beslissingen omtrent financiering, kredieten en dergelijke (...) tot het beleid van het gehele bestuur behoorden en niet aan een der bestuurders konden worden overgelaten.'

### 7.3.3. A-G verwijst kort naar het *Debrot*-arrest en Van Schilfgaarde

De bestuurders gingen in cassatie en richtten zich onder meer tegen de hiervoor geciteerde overweging van het hof. A-G Mok benoemde in zijn conclusie dat het klachtonderdeel van de bestuurders spreekt van een 'ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling'. Vervolgens verwees de A-G naar het hierboven aangehaalde art. 7A:1638x, naar het *Debrot*-arrest en naar de eerder door Van Schilfgaarde ingenomen stelling dat de formulering van art. 2:9 BW wijst op een inspanningsverbintenis. De A-G besteedde hier verder echter niet veel aandacht aan en ging in op de vraag wanneer van onbehoorlijke taakvervulling kan worden gesproken door in te gaan op de hiervoor uiteengezette wetsgeschiedenis bij de Derde Misbruikwet en door in te gaan op de betekenis die in de literatuur aan de term 'onbehoorlijke taakvervulling' werd gegeven.<sup>79</sup>

### 7.3.4. De Hoge Raad in Staleman/Van de Ven

De terminologie in het door de A-G samengevatte cassatiemiddel ('een ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:9 BW'), welke ook door het hof werd gebruikt en welke overeenkomt met de terminologie gebruikt in het *Debrot*-arrest, werd vervolgens door de Hoge Raad overgenomen:

'Zoals het Hof en ook het onderdeel terecht tot uitgangspunt nemen, is voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt.'<sup>80</sup>

Of in een bepaald geval plaats is voor een ernstig verwijt, diende volgens de Hoge Raad te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden behoorden volgens de Hoge Raad onder meer:

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

## 8. Rechtstheoretische toetsing van de introductie van de 'ernstig verwijt'-maatstaf

### 8.1. Een toevallige woordkeuze?

Uit het arrest van het hof in *Staleman/Van de Ven* blijkt dat het hof reeds gebruikmaakte van de term 'ernstig verwijt' door te overwegen dat 'de directie in beginsel een ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling kan worden gemaakt in de zin van art. 2:9 BW'.<sup>81</sup> De bestuurders gingen daartegen in cassatie en namen de term van het hof over in hun cassatieklachten. Dat de term door de bestuurders werd gebruikt, lijkt een gevolg van de woordkeuze van het hof in de overweging waartegen gecasseerd werd. Uit die overweging blijkt echter niet dat het hof met het gebruik van de term 'ernstig verwijt' een specifieke rechtstheoretisch verfijnde bedoeling had en/of dat het hof tot uitgangspunt had genomen dat voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW is vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het leek niet meer dan een (onnodige doch gelet op de casus begrijpelijke) uiting van de mate waarin het hof de twee betrokken bestuurders 'op de vingers wilde tikken'. Het hof had namelijk ook als volgt kunnen overwegen:

77. L. Timmerman, 'Naar geïntegreerde bestuurdersaansprakelijkheid?', in: P. Essers, G. Raaijmakers & G. van der Sangen e.a. (red.), *Met Recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 481 e.v.

78. Zie rechtsoverweging 19 en 20 van het arrest van het hof, kenbaar uit HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360, m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*).

79. Zie r.o. 3.3.2.1-r.o. 3.3.3.4 (*Debrot*).

80. R.o. 3.3.1 (*Debrot*).

81. Zie rechtsoverweging 19 en 20 van het arrest van het hof, kenbaar uit HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360, m.nt. J.M.M. Maeijer en *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*).

‘Op grond van het hiervoor overwogene is het hof van oordeel dat de directie een onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:9 BW kan worden verweten.’

Voor de vraag of de individuele bestuurder vervolgens aansprakelijk was, was daarna uitsluitend nog relevant of deze bestuurder zich kon disculperen en dat heeft het hof blijkens zijn arrest goed onderkend.

Welke gedachte ten grondslag lag aan de introductie van de ‘ernstig verwijt’-maatstaf en hoe die maatstaf moest worden geduid werd door de Hoge Raad in *Staleman/Van de Ven* in het midden gelaten.<sup>82</sup> Het is dan ook verdedigbaar om aan te nemen dat de Hoge Raad de door hof gekozen terminologie heeft overgenomen in de veronderstelling dat het hof tot uitgangspunt had genomen dat voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW is vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Uit het arrest van het hof blijkt dat zoals gezegd echter niet zonder meer. Het gebruik van de term door de Hoge Raad zou in deze benadering zijn terug te voeren op een ‘toevallige’ woordkeuze en niet op een doordachte rechtstheoretische onderbouwing.

Ik zal hierna – mede gelet op de verwijzing van de A-G daarnaar – echter ervan uitgaan dat de bedoelde onderbouwing gevonden moet worden in de *Debrot*-analogie die haar oorsprong vond in het betoog van Eykman en Van Schilfgaarde, welk betoog in de literatuur door een aantal (hoog)geleerde schrijvers is gevolgd. Ik merk daarbij op dat dit betoog in de tijdgeest van toen begrijpelijk kon zijn omdat bestuurdersaansprakelijkheid een nog niet ontwikkeld leerstuk was en er een schaarste aan jurisprudentie bestond.<sup>83</sup> Illustratief in dat verband is dat Van der Grinten in 1982 nog schreef:

‘(...) in de praktijk van het rechtsleven speelt de juridische aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen niet een rol van betekenis. Het komt uiterst zelden voor dat een bestuurder of commissaris in rechte wordt aangesproken op grond dat hij tekort zou zijn geschoten in zijn taakvervulling (...) [en] dat vorderingen tegen bestuurders en commissarissen uiterst zelden voorkomen.’<sup>84</sup>

Toch meen ik te kunnen stellen dat het betoog reeds bij het wijzen van *Staleman/Van de Ven* de rechtstheoretische toetsing niet kan doorstaan. Dat is anno 2016 zeker het geval. Het betoog gaat om meerdere redenen namelijk niet op omdat de ‘ernstig verwijt’-maatstaf voorbij lijkt te gaan aan (i) de betekenis van onbehoorlijke taakvervul-

ling/onbehoorlijk bestuur, (ii) het bestaan van de hiervoor omschreven toetsingsregels en (iii) de hiervoor omschreven ratio en systematiek van art. 2:9 BW. Ik zal daar hierna nader op ingaan.<sup>85</sup>

## 8.2. De betekenis van onbehoorlijke taakvervulling vs. ‘ernstig verwijt’

Beschouwt men de wetsgeschiedenis dan blijkt dat de wetgever heeft geëxpliciteerd dat in de term ‘onbehoorlijk’ tevens ‘verwijtbaarheid’ moet worden gelezen. Nu zou betoogd kunnen worden dat de Hoge Raad bij de introductie van de ‘ernstig verwijt’-maatstaf in *Staleman/Van de Ven* zich hierop heeft gebaseerd en dat de ‘ernstig verwijt’-maatstaf ingelezen zou moeten worden in de onbehoorlijke taakvervullingsnorm (in de literatuur werd in dit kader gesteld dat voor onbehoorlijk bestuur ernstige verwijtbaarheid nodig is die door de eiseresvennootschap zal moeten worden gesteld en aangetoond)<sup>86</sup> maar dat heeft wetshistorisch niet een sterke basis. De term ‘verwijtbaarheid’ komt in de wetsgeschiedenis immers maar een enkele keer terug, namelijk waar de wetgever duidelijk wilde maken dat de bestuurder niet iets verweten kan worden op basis van hindsight bias. Tegelijkertijd merkte de wetgever uitdrukkelijk op dat de ‘grijze zone’ en het gegeven dat de rechter bij de beoordeling van het handelen van de bestuurder niet op de stoel van de bestuurder mag plaatsnemen (en dat deze dus beleidsvrijheid heeft) er niet toe mag leiden dat de toets voor aansprakelijkheid wordt verzwaaard in de zin dat alleen in ‘uitzonderlijke’ gevallen sprake kan zijn van aansprakelijkheid.<sup>87</sup> Als de bestuurder dus een verwijt van onbehoorlijke taakvervulling kan worden gemaakt, heeft de wetgever nadrukkelijk niet beoogd aansprakelijkheid eerst te doen ontstaan als dat verwijt ernstig (of ‘uitzonderlijk’) genoeg is. Daarbij is van belang dat onze hedendaagse rechtscultuur sterk gebonden is aan geschreven en dus bedachte en gerationaliseerde vormen<sup>88</sup> hetgeen noopt tot een consequent gebruik van taal. Het lijkt rationeel-grammaticaal in dit kader niet logisch om naast of in plaats van de door de wetgever bedachte en gerationaliseerde term ‘onbehoorlijk’ (waarin de term ‘verwijtbaar’ juist ingelezen moest worden) de term ‘ernstig verwijt’ te hanteren: dat is of dubbelop of het is – door de toevoeging van de term ‘ernstig’ – een verzwaring van de term ‘onbehoorlijk’ naar ‘ernstig onbehoorlijk’. Daarbij komt, zoals hiervoor uiteengezet, dat de ‘onbehoorlijk bestuur’-norm ervan uitgaat dat de bestuurder voor zijn kwaliteiten en geschiktheid instaat, dat de bestuurder beleidsvrijheid heeft en moet kunnen onderne-

82. Zo ook B.F. Assink e.a., ‘Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht – Een dwarsdoornede’, in: B.F. Assink e.a. (red.), *Verslag van Symposium gehouden op 27 oktober 2010, georganiseerd door het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen/Erasmus Universiteit Rotterdam*, Deventer: Kluwer 2011, p. 25.

83. J.M. Blanco Fernández, *De Raad van Commissarissen bij de NV en BV* (diss. Maastricht) (Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 19), Maastricht: Rijksuniversiteit Limburg 1993, p. 179.

84. W.C.L. van de Grinten, ‘De Mythe van de aansprakelijkheid’, *De NV* 1982, afl. 11, p. 201.

85. Deze bijdrage leent zich overigens niet voor een uitvoerige beschrijving van deze rechtstheoretische toetsing. Die beschrijving beoog ik op een later moment wel naar buiten te brengen.

86. Asser/Maeijer 2-III 2000/321.

87. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 3-4 (MvA).

88. J.J. van der Ven, ‘Rechtspreken, Aantekeningen over recht en taal’, in: J.F. Glastra van Loon, R.A.V. van Haersolte & J.M. Polak (red.), *Speculum Langemeijer, 31 Rechtsgeleerden opstellen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 501 e.v. Met een gerationaliseerde vorm wordt mijns inziens bedoeld een term die een bepaalde juridisch-rationele betekenis heeft gekregen die niet direct uit een strikt taalkundige beschouwing daaruit is af te leiden.

men en dat de rechter niet op de stoel van de ondernemer moet plaatsnemen en een objectieve maatman-bestuurder-toets moet hanteren. Met andere woorden: er is simpelweg niet snel sprake van onbehoorlijk bestuur en dus per definitie – gelet op de systematiek van art. 2:9 BW – niet snel sprake van aansprakelijkheid. De 'ernstig verwijt'-maatstaf en de later in het arrest *Willemsen/NOM*<sup>89</sup> door de Hoge Raad gegeven onderbouwing daarvan, namelijk dat ermee wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen, miskennen dit en suggereren dat wanneer de bestuurder volgens de objectieve maatman-bestuurder-toets een verwijt treft, hij toch niet aansprakelijk is als hem geen 'ernstig' verwijt treft.

Ook is van belang dat de wetgever kort na het *Debrot*-arrest de noodzaak heeft onderkend om een wettelijke bepaling op te nemen die betrekking had op de aansprakelijkheid van de *werknemer* jegens de *werkgever*<sup>90</sup> hetgeen op 1 januari 1992 heeft geleid tot de invoering van art. 7A:1639da BW (oud) (thans art. 7:661 BW) en art. 7A:1638x BW (oud) (thans art. 7:658 BW). De wetgever zocht daarbij aansluiting bij de toen reeds bestaande ontwerptekst van art. 6.3.2.2 lid 3 BW (thans art. 6:170 lid 3 BW) dat al sinds 1974/1975 goeddeels vaststond op grond waarvan een werkgever die door een derde wordt aangesproken voor bij die derde ontstane schade door toedoen van de werknemer, slechts verhaal kan nemen op de werknemer indien sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid.<sup>91</sup> De wetgever wilde voorkomen dat de schadevergoedingsplicht van de werknemer jegens de werkgever zou moeten worden bepaald door art. 6:74 BW waaruit immers volgt dat er in geval van (gewone) schuld van de schuldenaar ter zake van het tekortschieten in de nakoming van zijn verbintenis (de arbeidsovereenkomst) in principe steeds aansprakelijkheid bestaat. Dat zou – aldus de parlementaire geschiedenis – namelijk voorbijgaan aan het in art. 6.3.2.2 lid 3 BW opgenomen uitgangspunt dat een werkgever, wanneer die kwalitatief wordt aangesproken voor schade veroorzaakt door een werknemer bij een derde, pas regres kan nemen op de werknemer in geval van opzet of bewuste roekeloosheid. In dat verband stelde de wetgever, onder verwijzing naar voormeld *Debrot*-arrest dat de jurisprudentie van de Hoge Raad weliswaar in dezelfde richting ging als art. 6.3.2.2 lid 3 BW maar dat de formulering 'ernstig verwijt' daar wel van afwijkt. De wetgever wilde daarom buiten twijfel stellen dat er geen verschil bestaat tussen

'ernstig verwijt' (wat was gebaseerd op 'grove schuld') enerzijds en 'opzet en bewuste roekeloosheid' anderzijds:

'Het verdient daarom aanbeveling buiten twijfel te stellen dat tussen beide formuleringen in wezen geen verschil bestaat.'<sup>92</sup>

Net zoals in art. 6.3.2.2 lid 3 BW (thans art. 6:170 lid 3 BW) werd in de laatste zin van art. 7:661 BW lid 1 toegevoegd:

'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.'

Dat 'anders' zou kunnen inhouden dat ondanks de afwezigheid van opzet en bewuste roekeloosheid toch aansprakelijkheid kan ontstaan. In de wetsgeschiedenis bij art. 6.3.2.2 lid 3 BW wordt in dit verband expliciet het voorbeeld genoemd: 'het geval dat het gaat om een ondergeschikte die als directeur in dienst was van de aangesproken N.V.'<sup>93</sup> Uit het voorgaande kan het volgende geconcludeerd worden:

- i. De regering heeft bij totstandkoming van art. 2:138/248 BW in 1983/1984 uitdrukkelijk ervoor gekozen om de term 'grove schuld' uit art. 49a WvK (oud) en 'grove nalatigheid' los te laten omdat deze criteria de grenzen waarbinnen aansprakelijkheid van de bestuurders bestaat te eng stellen;
- ii. De regering heeft bij de totstandkoming van art. 6.3.3.2 BW (thans art. 6:170 lid 3) in 1975/1976 expliciet gemaakt dat wanneer het gaat om een ondergeschikte die als directeur in dienst was van de aangesproken N.V. een minder zware toetssteen mogelijk is dan de toets van opzet en bewuste roekeloosheid zoals thans is verwoord in art. 6:170 lid 3 BW; en
- iii. De regering heeft bij de totstandkoming van art. 7:661 BW in 1987/1988 duidelijk gemaakt dat de toets van opzet en bewuste roekeloosheid in wezen niet verschilt met de in de jurisprudentie ontwikkelde term 'ernstig verwijt' (gebaseerd op de oude wettelijke term 'grove schuld').

In de doctrine zijn voormelde conclusies destijds niet uitvoerig en expliciet onder de aandacht gebracht, althans tot een beïnvloeding van de doctrine (in de zin dat men is gaan inzien dat de 'ernstig verwijt'-maatstaf dus niet past bij de beoordeling van interne aansprakelijkheid)

89. HR 20 juni 2008, r.o. 5.3, *NJ* 2009/21, m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (*Willemsen/NOM*) en de vaker in dit verband gehoorde stelling dat de 'ernstig verwijt'-maatstaf recht doet aan de zwaarte van de bestuurstaak, zie bijvoorbeeld J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998, p. 68 en L. Timmerman, 'Naar geïntegreerde bestuurdersaansprakelijkheid?', in: P. Essers, G. Raaijmakers & G. van der Sangen e.a. (red.), *Met Recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 481 e.v.

90. *Kamerstukken II* 1987/88, 17896, 8, p. 27 (MvA).

91. Na een eerste Ontwerp van Wet uit 1963/1964 (*Kamerstukken II* 1963/64, 7729, 2, p. 22) waarin een voorstel voor het huidige art. 6:170 BW was opgenomen, was de tekst van het bij Gewijzigd Ontwerp van Wet uit 1974/1975 gedane voorstel voor art. 6.3.2.2 BW (*Kamerstukken II* 1975/76, 7729, 8, p. 28) evenwel reeds vrijwel gelijklopend als het huidige art. 6:170 BW. Op 1 januari 1992 is het huidige art. 6:170 BW ingetreden (wet van 22 november 1991, *Stb.* 600).

92. *Kamerstukken II* 1987/88, 17896, 8, p. 27-28 (MvA).

93. 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, 6, p. 169 (MvA).

heeft dat niet geleid.<sup>94</sup> Pas veel later, toen de 'ernstig verwijt'-maatstaf inmiddels een vanzelfsprekendheid was geworden in het Nederlands ondernemingsrecht, werd in de literatuur gesteld dat van een ernstig verwijt eerder sprake zal zijn dan van opzet en bewuste roekeloosheid waarmee dus werd onderkend dat een bestuurder sneller aansprakelijk kan zijn dan een werknemer.<sup>95</sup> De oorspronkelijke onderbouwing van de introductie van de 'ernstig verwijt'-maatstaf van Van Schilfgaarde en Eykman werd daarmee weliswaar impliciet los gelaten maar dat neemt niet weg dat gelet op al het voorgaande er wetshistorisch geen rechtvaardiging bestaat voor de toepassing van de 'ernstig verwijt'-maatstaf bij art. 2:9 BW.

### 8.3. Onderscheid tussen inspanningsverbintenis en verantwoordelijkheid

Uit het betoog van Eykman en Van Schilfgaarde blijkt dat een belangrijk argument om de 'ernstig verwijt'-maatstaf te hanteren werd gevonden in het onderscheid dat zij ten aanzien van bestuurders hebben gemaakt tussen hun verantwoordelijkheid ten opzichte van de rechtspersoon en hun aansprakelijkheid ten opzichte van de rechtspersoon. Verantwoordelijkheid zou nog niet per definitie aansprakelijkheid met zich brengen omdat de verantwoordelijkheid van de bestuurder op grond van art. 2:9 BW is aan te merken als een inspanningsverbintenis (en niet een resultaatsverbintenis) net zoals dat het geval is voor de verplichtingen van de werknemer. Het gemaakte onderscheid tussen verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid is later in de literatuur herhaald in vervolg op het betoog van Van Schilfgaarde.<sup>96</sup> De koppeling van 'verantwoordelijkheid' aan een resultaatsverbintenis en 'aansprakelijkheid' aan een 'inspanningsverbintenis' komt in die latere literatuur overigens niet expliciet meer terug terwijl het juist deze koppeling is geweest die ten grondslag heeft gelegen aan de gedachte dat verantwoordelijkheid niet per definitie aansprakelijkheid met zich brengt.

Wat daar ook van zij, het systeem van Boek 2 en het daarin vervatte aansprakelijkheidsregime voor bestuurders kent geen onderscheid tussen verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid noch een koppeling van 'verantwoordelijkheid' aan een resultaatsverbintenis en 'aansprakelijkheid' aan een 'inspanningsverbintenis'. Ook Boek 6 BW, op grond waarvan de aansprakelijkheid voor een tekortkoming in de nakoming van (inspannings- en resultaats)verbintenissen moet worden beoordeeld kent dit onderscheid en deze koppeling niet. De wet en de op

basis van het verbintenissenrecht aangegane (inspannings- en resultaats)verbintenissen leiden tot gedragsnormen (verantwoordelijkheid) die rechtssubjecten dienen na te leven en verbindt consequenties aan de niet naleving daarvan (aansprakelijkheid) tenzij de wet anders bepaald. De wet kan daarnaast aansprakelijkheid vestigen als het aansprakelijke rechtssubject persoonlijk geen enkele gedragsnorm heeft geschonden zoals het geval is bij kwalitatieve aansprakelijkheid.

Wel is het zo dat de verantwoordelijkheid die men op zich neemt bij het aangaan van een inspanningsverbintenis een andere en minder goed bepaalbare verbintenis is dan bij een resultaatsverbintenis. Zo is degene die een inspanningsverbintenis is aangegaan 'verantwoordelijk' voor de nakoming van die inspanning (*in de taalkundige en causale betekenis van het woord*) maar is hij niet 'verantwoordelijk te houden' ('aansprakelijk') indien een juiste nakoming van de inspanningsverbintenis niet leidt tot het gewenste resultaat. In zoverre kan ik overigens meegaan met de stelling dat verantwoordelijkheid geen aansprakelijkheid betekent maar dat is een logisch gevolg van de gedragsnorm die men op zich heeft genomen bij het aangaan van de inspanningsverbintenis. Met andere woorden: het niet bereiken van een bepaald resultaat leidt niet tot verantwoordelijkheid in de zin dat de partij die de inspanningsverbintenis op zich heeft genomen aansprakelijk is. Wat voor zijn aansprakelijkheid slechts relevant is, is de vraag of hij aan zijn inspanningsverbintenis heeft voldaan en hoe dat moet worden beoordeeld. Bij bestuurdersaansprakelijkheid dient dat te geschieden aan de hand van de objectieve maatstaf van de maatman-bestuurder.

Van der Vlis stelde in 1994, in reactie op het betoog van Eykman en Van Schilfgaarde, in dit verband dat voor inspanningsverbintenissen in zijn algemeenheid geldt dat de grenzen minder duidelijk liggen dan bij resultaatsverbintenissen het geval is maar dat de wet geen onderscheid kent tussen beide en er in ieder geval geen aansprakelijkheidsbeperking aan verbindt (zoals de wetgever dat bij de werknemer expliciet wel heeft gedaan in art. 7:661 en 6:170 lid 3 BW). Die aansprakelijkheidsbeperking kan ook niet gebaseerd worden op het gegeven, zoals Van Schilfgaarde stelde, dat de bestuurder allerlei handelingen zal dienen te verrichten die op voorhand nog niet goed bepaalbaar zijn. Voldoende bepaalbaar is immers wel of

94. Sterker, het expliciet in de wetsgeschiedenis genoemde voorbeeld waarvoor de uitzondering in de laatste zin van art. 6:170 lid 3 BW zou gelden (de ondergeschikte directeur van de N.V.) werd in de literatuur weggewuifd, zie Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-II 1990/180 en A. van Hees, 'Aansprakelijkheid van een bestuurder, interne en externe aansprakelijkheid', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Financiering en Aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 2-3.

95. B.F. Assink e.a., 'Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht – Een dwarsdoorsnede', in: B.F. Assink e.a. (red.), *Verslag van Symposium gehouden op 27 oktober 2010, georganiseerd door het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen/Erasmus Universiteit Rotterdam*, Deventer: Kluwer 2011, p. 26 en A.J.P. Schild, 'Ontwikkelingen bestuurdersaansprakelijkheid: een overzicht', *WPNR* 2015, afl. 7087, p. 1046-1056. In de literatuur werd overigens in 2010 nog gesteld dat het begrip 'ernstig verwijt' dat bij art. 2:9 BW wordt gebruikt dezelfde inhoud heeft als toen dit werd gebruikt in jurisprudentie van vóór de invoering van Boek 7 BW, zie: D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid. Een maatpak voor de Board Room* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010, p. 29.

96. Asser/Maeijer 2-III 2000/320; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/439; M.J. Kroeze, L. Timmerman & J.B. Wezeman, *De kern van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 145 e.v.; J.B. Wezeman, 'Persoonlijke aansprakelijkheid van uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders', in: M.J. Kroeze e.a. (red.), *Bestuur en toezicht* (Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 67), Deventer: Kluwer 2009, p. 96.

het bestuur naar algemeen aanvaarde maatstaven zijn taken behoorlijk heeft vervuld.<sup>97</sup>

Uiteraard zijn er wel wettelijke uitzonderingen op het uitgangspunt dat verantwoordelijkheid aansprakelijkheid met zich brengt. In Boek 7 is dat onderscheid bijvoorbeeld impliciet gemaakt doordat een werknemer de verantwoordelijkheid heeft om zich als een goed werknemer te gedragen (zie art. 7:610 BW) terwijl hij bij een schending van die verantwoordelijkheid, welke op een inspanningsverbintenis is gebaseerd, niet per definitie aansprakelijk is omdat hem daarvoor opzet of bewuste roekeloosheid moet kunnen worden verweten (zie art. 7:661 BW). De hogere drempel voor de aansprakelijkheid van de werknemer is dus gebaseerd op een wettelijke uitzondering op de hoofdregel. Het is specifiek deze uitzondering op de hoofdregel geweest die aan de basis heeft gelegen van de introductie van de 'ernstig verwijt'-maatstaf in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht maar voor de bestuurder is die wettelijke uitzondering juist niet gemaakt.

Op de bestuurder rust dus een verantwoordelijkheid bestaande uit een inspanningsverbintenis om zijn taak behoorlijk te vervullen (gedragsnorm). Als de bestuurder daarin tekortschiet, is sprake van onbehoorlijke taakvervulling en indien de rechtspersoon als gevolg van die onbehoorlijke taakvervulling (met het vereiste causale verband) schade lijdt dan is de bestuurder aansprakelijk voor die schade op grond van art. 2:9 BW tenzij hij zich kan disculperen. De vraag of hij zijn taak behoorlijk heeft vervuld (de gedragsnorm heeft nageleefd) dient te worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf van 'redelijk handelend bestuurders' zoals Eykman in 1986 overigens terecht constateerde. Daarom is een bestuurder 'niet zomaar aansprakelijk'.<sup>98</sup> Dat betekent evenwel niet dat men zou moeten aannemen 'dat niet elk falen van een bestuurder, niet elk tekortschieten in de bestuurstaak, waarvoor de bestuurder ten volle verantwoordelijk is, leidt tot aansprakelijkheid',<sup>99</sup> maar dat daarvoor 'een ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling' dient te bestaan. De suggestie dat de schending van de 'verantwoordelijkheidsnorm' in art. 2:9 BW die een inspanningsverbintenis met zich brengt niet per se leidt tot aansprakelijkheid zou art. 2:9 BW ook ondergraven. Art. 2:9 BW bevat immers uitdrukkelijk een gedragsnorm én een door de wetgever vastgelegde beslissingsregel die door de rechter toegepast dient te worden. De 'ernstig verwijt'-maatstaf past hier mijns inziens niet tussen.

#### 8.4. Objectieve toets beroepsbeoefenaren en subjectieve toets werknemers

Er bestaan overigens talloze rechtsverhoudingen die binnen het economisch maatschappelijk verkeer over en weer inspanningsverbintenissen scheppen en geen resultaatverbintenissen en waar men geen 'ernstig verwijt'-maatstaf toepast. De door de bestuurder te leveren inspanningsverbintenis die inhoudt dat hij zijn taak naar behoren moet verrichten, is in 1986 door Eykman vergeleken met de inspanningsverbintenis die geldt voor vrije beroepsbeoefenaren zoals advocaten en accountants.<sup>100</sup> Hij deed dit om te onderbouwen dat de op de bestuurder rustende verplichting uit hoofde van art. 2:9 BW een inspanningsverbintenis betreft en dat bij de beoordeling van de vraag of hij daaraan heeft voldaan rekening moet worden gehouden met een ruime marge. Omdat ook voor de werknemer een inspanningsverbintenis geldt zou, aldus Eykman (en Van Schilfgaarde), de 'ernstig verwijt'-maatstaf ook gelden voor de bestuurder.

Het gelijktrekken van de maatstaf voor de aansprakelijkheid van een bestuurder met die van een werknemer is allerminst vanzelfsprekend omdat de 'ernstig verwijt'-maatstaf uit het *Debrot*-arrest is gebaseerd op een *subjectieve* toets waar rekening wordt gehouden met de *persoon* zelf, die per werknemer verschillend kan uitvallen en die duidt op het bewustzijn van de werknemer.<sup>101</sup> Zo is voor bewust roekeloos handelen vereist dat de werknemer zich onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval daadwerkelijk bewust was van het roekeloze karakter van zijn gedraging<sup>102</sup> en zo mag de aanwezigheid van ernstige verwijtbaarheid althans opzet of bewuste roekeloosheid door een rechter niet bij voorbaat worden aangenomen dan op goede, in de motivering tot uiting te brengen gronden.<sup>103</sup> Om in de woorden van Van Schilfgaarde te spreken: een werknemer wordt (anders dan een bestuurder) dus wel beschermd tegen zijn eigen onbenulligheid.

Deze bescherming van de werknemer is kort na het *Debrot*-arrest op meerdere plaatsen in het Nieuwe Burgerlijk Wetboek gecodificeerd, zoals in art. 6:170 lid 3 BW, art. 7:658 en 7:661 BW. Dat is in het rechtspersonenrecht niet het geval. Voor de beoordeling van aansprakelijkheid van bestuurders geldt een objectieve toets welke is gebaseerd op art. 2:9 BW. De daarin ex art. 2:25 BW dwingendrechtelijk vastgelegde wettelijke (en niet contractuele) verplichting om behoorlijk te besturen geldt op eenzelfde wijze voor iedere bestuurder zonder onderscheid des persoons. Ook een 'onbenul' heeft zich aan

97. P. van der Vlis, 'Interne aansprakelijkheid van bestuurders: de functies van artikel 2:9 BW', *TVVS* 1994/157.

98. Y. Borrius & J.B. Huizink, 'Taakverdeling en aansprakelijkheid binnen bestuur en raad van commissarissen', in: *Jaarboek Corporate Governance* 2012/8.3.2.

99. J.B. Huizink, in: *GS Rechtspersonen*, 'Wetsgeschiedenis bij: Burgerlijk Wetboek 2', art. 9, aant. 5.1 (online laatst bijgewerkt op 29 oktober 2014) en de daarin genoemde bronnen. Zie verder Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/439.

100. L.G. Eykman, 'De aansprakelijkheid van directeuren en commissarissen tegenover de vennootschap, bezien vanuit algemene civielrechtelijke beginselen', *TVVS* 1986, nr. 86/4, p. 90.

101. D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid. Een maatpak voor de Board Room* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010, p. 21.

102. HR 14 oktober 2005, *NJ* 2005/539 (*City Tax/De Boer*). Zie ook HR 10 mei 1996, *NJ* 1996/669 (*Roebbers/Van de Ven*).

103. HR 9 januari 1998, *NJ* 1998/440 (*Godfried/Tribulet*) waarin ernstige verwijtbaarheid gelijk wordt getrokken met opzet of bewuste roekeloosheid. Overigens wordt deze subjectieve toets wel enigszins geobjectieerd in de jurisprudentie: het gaat erom dat uit het gestelde en bewezen gedrag van de werknemer naar objectieve maatstaven kan worden afgeleid dat het bedoelde bewustzijn aanwezig was, zie HR 2 december 2005, r.o. 3.4.2, *JAR* 2006/15 (*Dieteren/Express Transport*).

deze wettelijke verplichting te houden onafhankelijk van de vraag wat (onbenullige) aandeelhouders of anderen met hem hebben afgesproken. Het betoog van Van Schilfgaarde bevat dan ook een fundamentele weeffout. Indien de wetgever had beoogd diezelfde bescherming aan de bestuurder te bieden dan had de wetgever bij de invoering van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1992 diezelfde bescherming ook wel expliciet in art. 2:9 BW opgenomen. Dat is niet gebeurd.

Eykman en Van Schilfgaarde hadden de analogie beter kunnen doortrekken met de beroepsbeoefenaar in plaats van met de werknemer. Die analogie is namelijk goed omdat (i) de beroepsbeoefenaar veelal in een opdracht en/of lastgevingsrelatie zal staan ten opzichte van degene aan wie hij zijn diensten verleent (waardoor de regels van art. 7:400 BW e.v. gelden) en (ii) van oudsher wordt aangenomen dat de relatie tussen de bestuurder en de rechtspersoon eveneens als zodanig kan worden aangemerkt.<sup>104</sup> De verhouding tussen de bestuurder en de rechtspersoon wordt ook vaak daadwerkelijk vormgegeven door een overeenkomst van opdracht.<sup>105</sup> Bovendien rust op beroepsbeoefenaren – net zoals op bestuurders – vaak ook een inspanningsverbintenis en niet een resultaatverbintenis.

Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is de maatstaf die wordt aangelegd bij de beoordeling van de vraag of de beroepsbeoefenaar ex art. 6:74 BW aansprakelijk is voor een tekortkoming in de uitvoering van de opdracht ex art. 7:401 BW of de opdrachtnemer 'heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot te werk zou zijn gegaan'. Wat dat concreet inhoudt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.<sup>106</sup> In tal van arresten heeft de Hoge Raad zich daarover uitgelaten voor verschillende soorten opdrachtnemers zoals artsen, notarissen, belastingadviseurs, accountants, en assurantietussenpersonen.<sup>107</sup> De – zo men dat zo wil noemen – 'bescherming' van de beroepsbeoefenaar tegen 'te snelle' aansprakelijkheid ligt niet in een 'ernstig verwijt'-maatstaf maar in de objectieve toets die

ligt besloten in de door de Hoge Raad vastgestelde objectieve toetsingsmaatstaf.<sup>108</sup>

De maatstaf die de Hoge Raad hier heeft aangelegd heeft zeer grote gelijkenis met de hiervoor uiteengezette objectieve maatstaf die moet worden toegepast bij de beoordeling van aansprakelijkheid van een bestuurder ex art. 2:9 BW. Gelet op de grote gelijkenis tussen beide toetsen, zou het logisch zijn om de toets van art. 2:9 BW gelijk te trekken met de toets van art. 7:401 BW en daar geeft de wetsgeschiedenis ook aanleiding voor: de rechter moet aan de hand van de feiten achterhalen waaraan de bestuurder als vakman moet voldoen op het gebied van kennis en vaardigheden en vervolgens toetsen wat een redelijk bestuurder onder vergelijkbare omstandigheden redelijkerwijs had moeten doen of nalaten: deze norm wordt gebruikt voor alle professionals als algemene globale maatstaf: de zorgplicht van de redelijke bekwame en redelijk handelend professional.<sup>109</sup>

#### 8.5. Rechtsgrond voor aansprakelijkheid: art. 2:9 BW derogeert aan arbeidsrechtelijke verhouding

Eykman en Van Schilfgaarde hebben – vermoedelijk naar analogie van de in het *Debrot*-arrest gekozen benadering – naar voren gebracht dat art. 2:9 BW niet als zelfstandige rechtsgrond voor de aansprakelijkheid van bestuurders kan fungeren maar dat Boek 6 BW bepalend blijft.<sup>110</sup> Dit was niet onbegrijpelijk als men weet dat ten tijde van het wijzen van het *Debrot*-arrest nog geen wettelijke bepaling bestond die betrekking had op de aansprakelijkheid van de werknemer voor schade die de werkgever lijdt als gevolg van een handelen of nalaten door de werknemer. De rechtsgrond voor deze werknemersaansprakelijkheid was art. 6:74 BW. Het betoog van Eykman en Van Schilfgaarde werd, zoals gezegd, in 1986 gevoerd, kort voor de totstandkoming in 1987 van de hiervoor genoemde wetsgeschiedenis die heeft geleid tot de invoering van art. 7A:1639da BW (oud) (thans art. 7:661 BW) en waarin de term 'grove schuld' en de daarop gebaseerde term 'ernstig verwijt' zijn vervangen door de termen 'opzet' en 'bewuste roekeloosheid'. Van Schilfgaarde ging er toen nog (ten

104. J.G. Kist & L.E. Visser, *Beginselen van Handelsrecht volgens de Nederlandsche Wet* (Derde Deel), 's-Gravenhage: Boekh. Vh Gebr. Belinfante 1914, p. 511.

105. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/195.

106. HR 9 november 1990, NJ 1991/26 en HR 9 juni 2000, NJ 2000/460.

107. Vgl. onder meer HR 24 september 1993, NJ 1994/227, m.nt. H.E. Ras (commissionair); HR 29 mei 1998, NJ 1999/287, m.nt. W.M. Kleijn; HR 20 december 2002, NJ 2003/325, m.nt. W.M. Kleijn; HR 13 januari 2006, NJ 2006/59 (notaris); HR 14 december 2007, NJ 2008/8; HR 4 september 1998, NJ 1998/828 (belastingconsulent en bedrijfsadviseur); HR 2 februari 2001, NJ 2002/379, m.nt. H.J. Sniijders (belastingadviseur/accountant); HR 7 april 2006, NJ 2006/245 (belastingadviseur); HR 7 maart 2003, NJ 2003/302 (advocaat); HR 10 januari 2003, NJ 2003/375, m.nt. Mendel; HR 1 december 2006, NJ 2006/657 (assurantietussenpersoon); HR 23 mei 1997, NJ 1998/192, m.nt. C.J. van Zeben; HR 23 maart 2007, NJ 2007/333, m.nt. M.R. Mok; HR 5 juni 2009, NJ 2012/183, m.nt. J.B.M. Franken (bank); HR 10 januari 2003, NJ 2003/537, m.nt. W.M. Kleijn (notaris); HR 12 juli 2002, NJ 2003/151, m.nt. F.C.B. van Wijmen (arts).

108. Dit werd voor de aansprakelijkheid van een advocaat onlangs bevestigd in HR 18 september 2015, NJ 2016/66, m.nt. P. van Schilfgaarde en JOR 2015/289, m.nt. S.C.J.J. Kortmann.

109. A. Hammerstein, 'Inleiding op het Symposium Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht', in: B.F. Assink e.a. (red.), *Verslag van Symposium gehouden op 27 oktober 2010, georganiseerd door het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen/Erasmus Universiteit Rotterdam*, Deventer: Kluwer 2011, p. 109 die evenwel schreef dat we behoefte hebben aan begrippen als kennelijk onbehoorlijk en ernstig verwijt om aan te geven wanneer de grijze zone is gepasseerd. Aangezien we die begrippen niet nodig hebben in het kader van art. 7:401 BW zie ik niet in waarom dat wel zo zou zijn bij art. 2:9 BW.

110. Mogelijk steunt deze gedachte op J.G. Kist & L.E. Visser, *Beginselen van Handelsrecht volgens de Nederlandsche Wet* (Derde Deel), 's-Gravenhage: Boekh. Vh Gebr. Belinfante 1914, p. 519: die schreven: 'Tegenover de naamloze vennootschap zijn de bestuurders over het algemeen aansprakelijk voor de behoorlijke vervulling van hun taak. Schade aan haar veroorzaakt door opzettelijke benadeling, nalatigheid of handelingen in strijd met wet, statuten, of industrie, behoren zij aan haar te vergoeden; het is de gewone contractuele aansprakelijkheid, welke op ieder rust tegenover een ander, die van zijn diensten, tot welken arbeid ook, gebruik maakt.'

onrechte) van uit dat het *Debrot*-arrest en het 'ernstig verwijt'-criterium voor de werknemer binnen het Nieuwe Burgerlijk Wetboek zijn gelding zou houden binnen de toepassing van art. 6:74 BW.<sup>111</sup> Ook bij de interne aansprakelijkheid werd ervan uitgegaan dat deze was gebaseerd op de algemene bepalingen van het verbintenissenrecht. Volgens Van Schilfgaarde ging het – naar analogie van het *Debrot*-arrest – om een redelijke uitleg van de (inspannings)verbintenis in de overeenkomst tussen de bestuurder en de rechtspersoon en bracht die uitleg met zich dat de bestuurder, indien hij fouten maakt, niet aansprakelijk is tenzij hem – in de woorden van de Hoge Raad – een ernstig verwijt treft.

Hierdoor heeft gedurende enige tijd de gedachte bestaan dat de grondslag voor aansprakelijkheid van een bestuurder jegens de rechtspersoon in het verbintenissenrecht diende te worden gevonden. Het Hof 's-Hertogenbosch voelde in 1993 kennelijk de noodzaak om de aandacht te vestigen op art. 2:9 BW en overwoog dat de interne aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover de rechtspersoon 'niet uitsluitend haar grondslag vindt in wanprestatie of onrechtmatige daad maar moet worden beoordeeld aan de hand van het bepaalde in art. 2:9 BW in samenhang met art. 2:8 BW en met de algemene bepalingen van het verbintenissenrecht'.<sup>112</sup> Het Hof 's-Hertogenbosch had dit nog wat krachtiger mogen stellen. De minister had, zoals hiervoor uiteengezet, voor de bestuurder immers expliciet bepaald dat 'onbehoorlijke taakvervulling' de rechtsgrond vormt voor zijn aansprakelijkheid. In het systeem van de wet vormt art. 2:9 BW derhalve expliciet een zelfstandige rechtsgrond voor aansprakelijkheid die ex art. 2:25 BW dwingendrechtelijk is voorgeschreven. Wetssystematisch bestaat er om die reden dus geen rechtvaardiging om te betogen dat de wetgever bedoeld had om de rechtsgrond voor aansprakelijkheid buiten art. 2:9 BW te vinden en om in dat verband een 'ernstig verwijt'-maatstaf te hanteren die juist gebaseerd was op de (contractuele/verbintenisrechtelijke) arbeidsrechtelijke relatie en de regels van Boek 6 en/of Boek 7A BW. En die grond bestond ook niet toen Eykman en Van Schilfgaarde hun betoog hielden. In de relatie tussen de rechtspersoon en de bestuurder is het op grond van art. 2:25 BW dwingendrechtelijke art. 2:9 BW bepalend.<sup>113</sup> Dit is anno 2016 weliswaar vanzelfsprekend maar het werd meer dan twintig jaar geleden – vóór het arrest *Staleman/Van de Ven* – ook al betoogd door een aantal (hoog)geleerde schrijvers in reactie op het betoog van Eykman en Van Schilfgaarde.

Blanco Fernández stelde in 1993 bijvoorbeeld dat de werknemer als in de regel zwakkere partij een bijzondere bescherming verdient en dat de positie van de werknemer in dit opzicht verschilt van die van de bestuurder. De overwegingen welke voor het arbeidsrecht gelden zijn niet transposeerbaar naar het vennootschapsrecht en hetgeen de Hoge Raad in het *Debrot*-arrest bepaalde in het kader van de arbeidsovereenkomst levert onvoldoende grond op om dezelfde maatstaf aan te nemen voor de aansprakelijkheid van bestuurders.<sup>114</sup>

Van der Vlis stelde in 1994 bijvoorbeeld dat de aansprakelijkheidsbeperking uit het arbeidsrecht niet geldt voor een bestuurder omdat uit het systeem van de wet en de leer van de Hoge Raad volgt dat een bestuurder-werknemer in de eerste plaats zijn verplichtingen heeft als bestuurder. De facto derogert art. 2:9 BW dus aan art. 7A:1639 BW. Art. 7A:1639da BW wordt dus – als het verwijt aan de bestuurder betrekking heeft op de vervulling van zijn taak als bestuurder terzijde gesteld door art. 2:9 BW.<sup>115</sup>

Glasz, Beckman en Bos hadden dezelfde opvatting en stelden dat op de overeenkomst met een bestuurder-werknemer de normstelling van het rechtspersonenrecht geldt. In die normstelling ligt een bandbreedte besloten voor de beoordeling behoorlijk of onbehoorlijk. Indien sprake is van onbehoorlijk bestuur dan impliceert dat verwijtbaarheid. De marge in de beoordeling omtrent de (on)behoorlijkheid vermijdt de discussie omtrent de mate van verwijtbaarheid. Als onbehoorlijk bestuur is vastgesteld is elk van de bestuurders op grond van de wet hoofdelijk aansprakelijk behoudens disculpatie.<sup>116</sup>

Kortom: het toepassen van een maatstaf uit het arbeidsrecht gebaseerd op de veronderstelling dat art. 2:9 BW geen zelfstandige rechtsgrond voor aansprakelijkheid bevat, miskent dat de wetgever de aansprakelijkheid van bestuurders een eigen plek heeft gegeven in het systeem van de wet en daar een eigen objectieve toetsingsmaatstaf aan heeft gekoppeld. Ik meen dan ook dat de hiervoor genoemde kritische literatuur onvoldoende aandacht heeft gekregen.

#### 8.6. *Strijd met ratio en systematiek art. 2:9 BW: hoofdelijkheid, stelplicht en bewijslast*

Het element van verwijtbaarheid dat in de term 'onbehoorlijk' moet worden gelezen (welke verwijtbaarheid al dan niet kan ontstaan door het handelen van slechts één bestuurder) leidt volgens de ratio en systematiek van art. 2:9 BW tot de *collectievehoofdelijke* aansprakelijkheid

111.P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen, Commentaar op de tweede en de derde misbruikwet*, Deventer: Kluwer 1986, p. 17 en P. van Schilfgaarde, 'De interne aansprakelijkheid van bestuurders', in: I.P. Asscher-Vonk e.a. (red.), *Schetsen voor Bakels, Opstellen aangeboden aan Prof. H.L. Bakels ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar sociaal recht aan de Rijksuniversiteit te Groningen*, Deventer: Kluwer 1987, p. 267-282.

112.Hof 's-Hertogenbosch 15 juni 1992, r.o. 4.1.5, NJ 1993/41.

113.B.F. Assink e.a., 'Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht – Een dwarsdoorsnede', in: B.F. Assink e.a. (red.), *Verslag van Symposium gehouden op 27 oktober 2010, georganiseerd door het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen/Erasmus Universiteit Rotterdam*, Deventer: Kluwer 2011, p. 26.

114.J.M. Blanco Fernández, *De Raad van Commissarissen bij de NV en BV* (diss. Maastricht) (Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 19), Maastricht: Rijksuniversiteit Limburg 1993, p. 174-175, 177.

115.P. van der Vlis, 'Interne aansprakelijkheid van bestuurders; de functies van artikel 2:9 BW', *TVVS* 1994/157.

116.J.R. Glasz, H. Beckman & J.A.M. Bos, *Bestuur en Toezicht, Taken Verantwoordelijkheden Aansprakelijkheden van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Kluwer 1994, p. 113-114. Zie ook J.R. Glasz, *Enige Beschouwingen over zinvol commissariaat*, Deventer: Kluwer 1995, p. 48.

van iedere bestuurder die deel uitmaakt van het bestuur. Dat betekent echter (nog) niet dat iedere bestuurder ook daadwerkelijk een verwijt treft en aansprakelijk is. Iedere bestuurder kan immers een beroep doen op de disculpatiemogelijkheid van art. 2:9 BW. Als hij daarin slaagt valt hem geen verwijt te maken en is hij niet aansprakelijk. Er zijn dus in feite twee 'verwijtbaarheidsvragen'.

De Hoge Raad lijkt beide verwijtbaarheidsvragen echter gelijktijdig en geïntegreerd te beantwoorden in *Staleman/Van de Ven* door de vraag naar aansprakelijkheid van de individuele bestuurder te beperken tot een 'overallvraag' of deze bestuurder een ernstig verwijt treft. Dit blijkt duidelijk uit de hiervoor in par. 7.3.4 omschreven door de Hoge Raad geformuleerde omstandigheden die volgens de Hoge Raad relevant zijn ter beantwoording van de vraag of sprake is van een ernstig verwijt.

De hiervoor in par. 7.3.4 onder (i) tot en met (iii) genoemde 'omstandigheden' zijn bijvoorbeeld relevant om vast te stellen aan welke gedragsnorm de bestuurder heeft te voldoen volgens de objectieve maatstaf van de maatmanbestuurder en dus relevant voor de vraag of sprake is van (on)behoorlijke taakvervulling. Slagter schreef in dit verband in 1993 dat de taken van een bestuurder mede worden bepaald door de aard van de rechtspersoon, de statuten en de taakverdeling tussen bestuurders.<sup>117</sup> In Pitlo/Löwensteyn wordt in dit verband geschreven dat bestuurders ervoor instaan dat zij deskundigheid en ervaring bezitten die voor het besturen van een rechtspersoon 'als de hunne' is vereist<sup>118</sup> waarmee de auteurs duidelijk maakten dat de aard van de rechtspersoon invulling geeft aan de kwaliteiten die van de betrokken bestuurder mogen worden verwacht. De hiervoor in par. 7.3.4 onder (iv) en (v) genoemde 'omstandigheden' lijken voorts eerder een herhaling van het uit de literatuur en wetsgeschiedenis blijkende gegeven dat de bestuurder voor zijn taak berekend moet zijn ('de gegevens waarover de bestuurder behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen' en 'het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder').<sup>119</sup> De vernoemde door de Hoge Raad genoemde 'omstandigheden van het geval' zijn in feite dus geen 'omstandigheden' die relevant zijn in het kader van de toetsing van de aansprakelijkheid van de individuele bestuurder maar zijn eerder een herhaling van *uitgangspunten* en *toetsingskaders* die uit de wetsgeschiedenis blijken aan de hand waarvan de aansprakelijkheid beoordeeld dient te worden. De hiervoor in par. 7.3.4 onder (iii) genoemde 'omstandigheid' is tot slot juist een omstandigheid die betrekking heeft op de vraag of de bestuurder zich kan *disculperen* en daarom niet aansprakelijk is (ka-

pitaalvennootschappen uitgezonderd omdat de taak daar van oudsher in zijn geheel aan het bestuur is opgedragen).

Deze 'overall-benadering' van de Hoge Raad doet dus de vraag rijzen of deze wel past in de hiervoor uiteengezette ratio en systematiek van art. 2:9 BW. Die ratio en systematiek gaan immers uit van collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur waarbij (i) de *rechtspersoon* dient te stellen en bewijzen dat sprake is van onbehoorlijk bestuur (al dan niet door het handelen van slechts één bestuurder) hetgeen leidt tot hoofdelijke aansprakelijkheid (*de eerste verwijtbaarheidsvraag*) en (ii) de *bestuurder*, om aan aansprakelijkheid te ontkomen, dient te stellen en bewijzen dat hij zich kan disculperen (*de tweede verwijtbaarheidsvraag*). Hoe past de 'ernstig verwijt'-maatstaf hierin? Een overall-toets die erop neerkomt dat voor aansprakelijkheid van de bestuurder een ernstig verwijt moet komen vast te staan lijkt hier moeilijk mee te rijmen en lijkt afbreuk te doen aan de gedachte van collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid. Strik merkt dan ook terecht op dat deze geïntegreerde aanpak in de jurisprudentie over art. 2:9 BW wetssystematisch lastig in te passen is, leidt tot gemakzuchtige procesvoering van partijen, slecht gemotiveerde beslissingen en een gebrek aan eenheid in de rechtspraak.<sup>120</sup>

Dat de maatstaf wetssystematisch lastig in te passen is, volgt ook uit het collegialiteitsbeginsel. De 'ernstig verwijt'-maatstaf dient, zo heeft de Hoge Raad dat inmiddels aangeduid, al te defensief, risicomijdend, kopschuw ondernemerschap tegen te gaan en vormt een hoge drempel voor aansprakelijkheid.<sup>121</sup> Maar terwijl dit argument enerzijds voorbijgaat aan het feit dat de norm voor onbehoorlijke taakvervulling deze ruimte al biedt, geldt dat dit argument bezwaarlijk opgaat voor de verplichting van iedere bestuurder om zijn taak *collegiaal* behoorlijk te vervullen (zie hiervoor par. 5). In het kader van de vraag of een bestuurder zijn taak *collegiaal* behoorlijk heeft vervuld door voldoende toezicht te houden op medebestuurders, kritisch te zijn, vragen te stellen, enz. lijkt deze 'ondernemerschapsmotivering' immers niet op te gaan. Ondanks een eventuele taakverdeling blijven de bestuurders die niet zijn belast met een specifieke taak die aan een specifieke bestuurder is toebedeeld de verantwoordelijkheid houden om erop toe te zien dat die taak naar behoren wordt vervuld en om bij gebreke daarvan maatregelen te treffen: daar past geen risicomijdend gedrag bij maar het tegenovergestelde: onderzoekend, doorvragend, kritisch en risico's analyserend. Dat houdt collegiaal besturen in. Als een bestuurder het *gewone* verwijt valt te maken dat hij onvoldoende toezicht heeft gehouden op

117. W.J. Slagter, *Compendium voor het Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 1993, p. 60.

118. F.J.W. Löwensteyn & M.J.G.C. Raaijmakers, in: Pitlo/Löwensteyn, *Rechtspersonenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 273.

119. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/446. Zie ook F.J.P. van den Ingh in zijn noot bij Rb. Rotterdam 17 juni 1999, *JOR* 1999/244 die schrijft: 'Ook in de omstandigheden die de Hoge Raad noemt, lopen collectieve en individuele beoordeling door elkaar. Zo horen de aard van de activiteiten en de daaruit voortvloeiende risico's alsmede door een ander orgaan opgestelde richtlijnen vooral in de eerste fase thuis en de andere omstandigheden, met name de taakverdeling, meer in de tweede fase.'

120. D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid. Een maatpak voor de Board Room* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010, p. 23 en 27.

121. B.F. Assink e.a., 'Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht – Een dwarsdoorsnede', in: B.F. Assink e.a. (red.), *Verslag van Symposium gehouden op 27 oktober 2010, georganiseerd door het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen/Erasmus Universiteit Rotterdam*, Deventer: Kluwer 2011, p. 63.



medebestuurders, onvoldoende informatie heeft opgevraagd en onvoldoende kritisch is geweest dan kan hij zich niet disculperen. Zou men als uitgangspunt nemen dat deze bestuurder eerst aansprakelijk is als hem in dat verband een *ernstig* verwijt valt te maken, zou dat het collegialiteitsbeginsel en art. 2:9 BW ondermijnen.

## 9. Codificatie en conclusie

De onduidelijke verhouding tussen de ‘ernstig verwijt’-maatstaf en de systematiek van art. 2:9 BW die uitgaat van een collectieve verantwoordelijkheid en een disculpatiemogelijkheid leidt bovendien tot onduidelijke rechtspraak<sup>122</sup> en tot onenigheid in de literatuur over de betekenis en waarde van de ‘ernstig verwijt’-maatstaf. Het gaat het bestek van deze bijdrage echter te buiten om daar nu verder op in te gaan<sup>123</sup> dus ik merk hier slechts op dat in de literatuur verschillende standpunten zijn verdedigd, zoals dat de maatstaf (i) van belang is in het kader van de vraag naar onbehoorlijk bestuur (‘waarvoor ernstige verwijtbaarheid nodig is die door de eiseres-vennootschap zal moeten worden gesteld en aangetoond’),<sup>124</sup> (ii) een toetsingsnorm of beslissingsregel inhoudt,<sup>125</sup> (iii) een toerekeningsmaatstaf inhoudt die evenwel voorbijgaat aan de ratio en systematiek van art. 2:9 BW,<sup>126</sup> en (iv) heroverweging verdient.<sup>127</sup>

Waar ik in deze conclusie nog bij wil stilstaan is dat toen de wetgever overging tot codificatie van de ‘ernstig verwijt’-maatstaf in het per 1 januari 2013 ingetreden nieuwe art. 2:9 BW, de hiervoor – thans nog op hoofdlijnen – gedane constateringen bij mijn weten nog niet in onderlinge samenhang waren gedaan en de wetgever zich blijkens de memorie van toelichting bij deze codificatie vrij eenvoudig baseerde op het arrest *Staleman/Van de Ven* met het argument om aan te sluiten bij in de rechtspraak gehanteerde terminologie.<sup>128</sup> De wetgever heeft zo een maatstaf gecodificeerd die de wetgever dus ook in 1992

had kunnen codificeren bij de introductie van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. De ‘ernstig verwijt’-maatstaf beoogt immers duidelijk te maken dat een bestuurder beleidsruimte heeft, moet kunnen ondernemen en niet met hindsight bias aansprakelijk moet kunnen worden gesteld terwijl deze uitgangspunten reeds lang en breed waren uiteengezet in de wetgeschiedenis van voor 1992 en invulling gaven aan de betekenis van de term ‘onbehoorlijke taakvervulling/bestuur’. Het lijkt erop dat de literatuur en jurisprudentie waarin de ‘ernstig verwijt’-maatstaf wordt onderbouwd ertoe hebben geleid dat de wetgever deze betekenis uit het oog heeft verloren. Daarnaast leek ook de wetgever niet goed stil te hebben gestaan bij de vraag welke betekenis de ‘ernstig verwijt’-maatstaf nu moet toekomen. Dit blijkt uit de wijze *waarop* de maatstaf is gecodificeerd. Terwijl in de literatuur na *Staleman/Van de Ven* grotendeels werd aangenomen dat de maatstaf van belang was in het kader van de vraag naar onbehoorlijk bestuur dan wel een toetsingsnorm zou vormen voor het vaststellen van onbehoorlijk bestuur, is de maatstaf niet als een onderdeel van de ‘onbehoorlijk bestuur’-norm opgenomen maar juist in het deel van art. 2:9 BW dat volgt na ‘tenzij’. De ‘ernstig verwijt’-maatstaf is dus onderdeel geworden van de disculpatiemogelijkheid.

Bestudeert men het huidige art. 2:9 BW dan zou de vraag moeten opkomen wat de zinsnede in art. 2:9 BW ‘tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden’ nu precies betekent.<sup>129</sup> Wordt met deze zinsnede bedoeld dat voor mogelijk wordt gehouden dat ondanks dat het onbehoorlijk bestuur betrekking had op de taken van de betrokken bestuurder, hij toch niet aansprakelijk is omdat hem geen ernstig verwijt treft? En wat voor situatie zou dat betreffen, anders dan een situatie van belet of ontstentenis (in welk geval overigens betoogd kan worden dat een bestuur-

122. Een aantal voorbeelden: In HR 11 juni 1999, *NJ* 1999/586, *JOR* 1999/146 (*Van Hooren/Hendriks*) werd geoordeeld dat hoewel sprake was van onbehoorlijke taakvervulling van de *enig* bestuurder, deze enige bestuurder niet aansprakelijk was omdat hem geen ernstig verwijt trof. In HR 10 december 1999, *NJ* 2000/6 en *JOR* 2000/11, m.nt. C.H. Jansen (*Prickartz/M*) werd geoordeeld dat de enig bestuurder niet behoefde aan te tonen (dus zich niet behoefde te disculperen) dat het verdwijnen van kasgelden niet aan hem te wijten was. In Rb. Arnhem 21 mei 2008, ECLI:NK:RBARN:2008:BD2527 (*Stichting STOAS*) sprak de rechtbank over een dubbele toets volgens welke eerst moet worden beoordeeld of er sprake is van onbehoorlijke taakvervulling en vervolgens of het bestuur daarvan een ernstig verwijt is te maken (vergelijkbaar is Hof Amsterdam 12 juni 2012, r.o. 3.3.2, *RO* 2012/62 en *JOR* 2012/348 (*Nederlandse Rode Kruis*)). In Hof Leeuwarden 7 juli 2009, *JIN* 2009/671, m.nt. Hoekstra overwoog het Hof bijvoorbeeld dat een bestuurder ‘naar het oordeel van het hof niet, althans niet voldoende onderbouwd betwist had dat de onderhavige aangelegenheden behoorden tot zijn werkkring als bedoeld in art. 2:9, tweede zin BW, zodat hij krachtens deze bepaling jo art. 2:11 BW in beginsel voor het geheel aansprakelijk is ter zake van de betreffende tekortkomingen’, hetgeen blijkt geeft van een verkeerde uitleg van het collegialiteitsbeginsel bij de kapitaalvennootschap dat per definitie – los van een taakverdeling – uitgaat van hoofdelijke aansprakelijkheid behoudens disculpatie. In Rb. Rotterdam 14 juli 2010, *JOR* 2010/336, m.nt. Y. Borrius, legde de rechtbank art. 2:9 BW zo uit dat bestuurders niet hoofdelijk aansprakelijk zijn voor zaken die niet tot hun werkkring behoren en dat aan disculpatie dan niet wordt toegekomen. Zie punt 9 van de noot van Borrius.

123. Dat beoog ik in een later stadium alsnog te doen.

124. Asser/Maeijer 2-III 2000/321.

125. L. Timmerman, *Toetsing van ondernemingsbeleid door de rechter, mede in rechtsvergelijkend perspectief. Over het onderscheid tussen gedragsnormen en toetsingsnormen*, Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen 2004, p. 8-12; zie later ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/448 en Asser/Maeijer & Kroeze 2-I 2015/200.

126. D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid. Een maatpak voor de Board Room* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010, p. 23-24, 28, 30 en 49.

127. J.M. Blanco Fernández, ‘Rechtspositie en aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen’, *Ondernemingsrecht* 2000, afl. 17, p. 474 en J.M. Blanco Fernández, *De Raad van Commissarissen bij de NV en BV* (diss. Maastricht) (Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 19), Maastricht: Rijksuniversiteit Limburg 1993, p. 175.

128. *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 3, p. 8-9 (MvT).

129. De vraag welke taken de betrokken aangesproken bestuurder had gelet op zijn taakverdeling, is immers vrij objectief te beantwoorden.

der helemaal geen onderdeel uitmaakt van dat bestuur zodat hij per definitie geen aansprakelijkheid hoeft te vrezen)? Of wordt hiermee bedoeld dat omdat het onbehoorlijk bestuur geen betrekking had op de taken van de betrokken bestuurder, hem geen ernstig verwijt treft waardoor hij niet aansprakelijk is? Maar hoe verhoudt zich dat met de tweede (cumulatieve) voorwaarde van de zinsnede waar de 'ernstig verwijt'-maatstaf blijkens de tekst van de wet geen rol speelt? Is het niet immers zo dat wanneer de bestuurder nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden hij juist wel aansprakelijk is en hem dus wel een 'ernstig verwijt' treft (zou men de term willen blijven hanteren)?

Men komt ook pas toe aan de zinsnede die begint na 'tenzij' (de disculpatievraag) als men onbehoorlijk bestuur heeft vastgesteld, oftewel als men op basis van een redelijk en billijk oordeel, rekening houdend met hindsight bias, de beleidsvrijheid en in voorkomend geval de ondernemersgeest met de daarmee noodzakelijk gepaard gaande risico's, tot de conclusie is gekomen dat het bestuur *als orgaan*, al dan niet door toedoen van één bestuurder als onderdeel daarvan, zakelijke risico's heeft genomen die ook bezien vanuit het tijdstip van de beslissing als onverantwoordelijk moeten worden aangemerkt,<sup>130</sup> dat het bestuur daarmee voorbij de 'grijze zone' is gegaan en dat het dus verwijtbaar (wat ingelezen moet worden in onbehoorlijk)<sup>131</sup> heeft gehandeld. Als dat eenmaal is vastgesteld dan is het uitgangspunt collectieve aansprakelijkheid en dan kan de individuele bestuurder alleen nog maar aan aansprakelijkheid ontkomen door aan te tonen dat hij als zelfstandig rechtssubject, die de verantwoordelijkheid heeft genomen om onderdeel uit te maken van dat *collegiale* bestuur, part noch deel heeft gehad in de *inhoudelijke onbehoorlijke taakvervulling*, voor het overige zijn taken *collegiaal* behoorlijk heeft vervuld en niet nalatig is geweest om de gevolgen van de inhoudelijke onbehoorlijke taakvervulling af te wenden. Dat is de systematiek van art. 2:9 BW. Er bestaat in dit model geen rechtvaardiging om bij de beoordeling van die disculpatiemogelijkheid opnieuw een 'hoge drempel' van aansprakelijkheid te hanteren in de vorm van de 'ernstig verwijt'-maatstaf die wordt onderbouwd met argumenten die reeds worden meegenomen bij de vraag of sprake is van onbehoorlijk bestuur, dat zou van de collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid immers een lege huls maken. Hoewel de wetgever de maatstaf heeft gecodificeerd, kan geconcludeerd worden dat de maatstaf in art. 2:9 BW dus geen zelfstandige betekenis toekomt.

Het is de verantwoordelijkheid van de wetgever om in het belang van de rechtszekerheid de onduidelijkheid rondom art. 2:9 BW, die leidt tot verschillende theorieën en toepassingen in de literatuur respectievelijk de rechtspraak, weg te nemen: verdient de bestuurder ten opzichte van de rechtspersoon eenzelfde bescherming als de werknemer ten opzichte van de werkgever of niet en hoe verhouden het collegialiteitsbeginsel en de daaruit

voortvloeiende collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid zich tot de disculpatiemogelijkheid en de mogelijkheid om taken te verdelen? Wenst de wetgever vast te houden aan de aan het collegialiteitsbeginsel klevende gevolgen van collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid en zijn daar uitzonderingen op mogelijk? Ik merk daarbij op dat art. 2:9 BW zoals dat nu luidt nog steeds is gebaseerd op het in 1925 ingevoerde art. 31 Wet op de Coöperatieve Vereniging en het 1929 ingevoerde art. 47c WvK (oud). Daarmee gaat de bepaling al meer dan 90 jaar terug. De bepaling is in de loop der tijd stukje bij beetje veranderd maar het kan soms geen kwaad om iets helemaal opnieuw op te bouwen in plaats van het steeds maar weer een beetje aan te passen.<sup>132</sup> Daarmee wordt het mooier, duidelijker en meer van deze tijd.

130. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 14 (MvA).

131. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, 6, p. 3-4 (MvA).

132. Ik beoog hiervoor in een later stadium een voorstel te doen.