

Metaalmoetheid na 88 jaar ‘externe’ bestuurdersaansprakelijkheid en Spaanse Villa, het is tijd voor herbezinning: laat de ernstig verwijt maatstaf los

Externe bestuurdersaansprakelijkheid is hetzelfde als de schending van een persoonlijk op de bestuurder rustende zorgvuldigheidsverplichting en dus als een ‘gewone’ onrechtmatige daad. De ernstig verwijt maatstaf is onnodig en leidt slechts tot onduidelijkheid.

Ondernemingsrecht 2015/69

Naar aanleiding van het arrest *Spaanse Villa* uit 2012 is er in de jaren 2013 en 2014 commotie ontstaan over de vraag of de Hoge Raad de ‘ernstig verwijt’ maatstaf voor externe bestuurdersaansprakelijkheid had losgelaten. In het arrest *Hezemans Air* uit 2014 heeft de Hoge Raad die commotie weggenomen door te overwegen dat in het arrest *Spaanse Villa* geen sprake was van (externe) bestuurdersaansprakelijkheid maar van een ‘gewone’ onrechtmatige daad gebaseerd op de schending van een persoonlijk op de betrokken bestuurder rustende zorgvuldigheidsverplichting. Daar zou de hiervoor bedoelde verzwaarde maatstaf niet voor gelden. De visie van de auteur is dat externe bestuurdersaansprakelijkheid echter steeds is gebaseerd op de schending van een persoonlijk op de betrokken bestuurder rustende zorgvuldigheidsverplichting hetgeen duidelijk blijkt uit de jurisprudentie in de periode tussen 1927 en 2006 en uit het eenvoudige feit dat deze aansprakelijkheid is gebaseerd op de wettelijke grondslag van artikel 6:162 BW. De toepassing van de ernstig verwijt maatstaf op het gebied van externe bestuurdersaansprakelijkheid is een gevolg van een ondoordachte ontwikkeling van de jurisprudentie in 2006 waarin getracht is een uniform criterium te formuleren voor interne en externe aansprakelijkheid. Dit is niet alleen onnodig omdat de gewenste hoge drempel voor aansprakelijkheid jegens een derde reeds gecreëerd wordt doordat in beginsel niet de bestuurder maar de rechtspersoon heeft gehandeld (vertegenwoordigd door de bestuurder) maar ook onwenselijk omdat het leidt tot een onduidelijke juridisering en theoretisering over de toepasselijkheid van artikel 6:162 BW.

1. Inleiding

“Spaanse Villa” zijn in de jaren 2013 en 2014 tussen juristen veelgebruikte woorden bij het onderwerp externe bestuurdersaansprakelijkheid.² Annotator en schrijvers struikelden als het ware over elkaar heen omdat de Hoge Raad in het arrest van 23 november 2012, dat bekend is geworden onder voormelde naam, het criterium op grond waarvan bestuurders aansprakelijk zijn jegens derden zou hebben ‘verlicht’.³ Kort gezegd, althans zo werd het arrest in de literatuur door sommigen opgevat, zou de Hoge Raad het criterium voor ‘externe’ (bestuurders)aansprakelijkheid verlicht hebben door de mogelijkheid open te laten dat een bestuurder niet op grond van de ernstig verwijt maatstaf maar op grond van een eigen onrechtmatige daad aansprakelijk kon zijn jegens derden die in een bepaalde relatie stonden met de door die bestuurder vertegenwoordigde vennootschap.

Het heeft enige tijd geduurd voordat de stof was neerge-daald. Toen de Hoge Raad op 5 september 2014 zijn arrest *Hezemans Air*⁴ wees, waarin de lijn ingezet vóór *Spaanse Villa* werd bevestigd, was de rust geheel teruggekeerd: in

2 Dat veelal wordt gesproken van ‘externe bestuurdersaansprakelijkheid’ is te begrijpen maar strikt genomen is sprake van gewone aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. Hierna zal ik dan ook spreken van ‘externe’ (bestuurders)aansprakelijkheid.

3 HR 23 november 2012, *NJ* 2013/302, m.nt. P. van Schilfgaarde; *JOR* 2013/40, m.nt. W.J.M. van Andel en K. Rutten (*Spaanse Villa*). Het arrest wordt onder meer besproken door M. Stolp, ‘Enkele belangrijke aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW belicht’, *NJB* 2013/1344, afl. 22, p. 1440-1447; M.J. Kroeze, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid of eigen onrechtmatige daad. Maatstaf voor aansprakelijkheid’, *Ondernemingsrecht* 2013/47, p. 243-246; E. van Wechem, ‘Kroniek vermogensrecht’, *NJB* 2013/785, afl. 15, p. 954-955; H.-J. de Kluiver, ‘Kroniek van het Ondernemingsrecht’, *NJB* 2013/789, afl. 15, p. 997-998, onder 8; L. Timmerman, ‘Structuur en gedragsnorm in de ondernemingsrechtspreek van de Hoge Raad’, *WPNR* 2013/6969, p. 247, voetnoot 12; F. Verstijnen, ‘Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid’, *NJB* 2013/551, afl. 11, p. 664-670; M.H.C. Sinnighe Damsté, ‘Externe bestuurdersaansprakelijkheid versus onrechtmatige daad’, *TOP* 2013, afl. 1, p. 32-36; M.J.G.C. Raaijmakers, Costa Blanca: ‘Directe aansprakelijkheid bestuurder buiten BV om’, *AA* 2013, p. 125-128; P. Olden, ‘Toerekening of afrekening?’, *Ondernemingsrecht* 2013/1, p. 3-4; J. de Meij, ‘Zij aan zij aansprakelijk: wanneer verliest de bestuurder zijn vennootschappelijke bescherming?’, *V&O* 2013, afl. 1, p. 1-4; J.B. Huizink, ‘Maakt de Hoge Raad het vennootschapsrecht opnieuw nodeloos ingewikkeld?’, *Onderneming & Financiering* 2013, afl. 1, p. 23-32; P.D. Olden, ‘Voor- dracht ondernemingsrecht diner’, *Ondernemingsrecht* 2013/81 en J.H.M. Willems, ‘De barbier van Sevilla: uitdijende bestuurdersaansprakelijkheid volgens Paul Olden’, *Ondernemingsrecht* 2013/82.

4 HR 5 september 2014, *JOR* 2014/296, m.nt. M.J. Kroeze (*Hezemans Air*).

1 Mr. W.A. Westenbroek is advocaat te Amsterdam. Deze bijdrage is op 20 februari 2015 bij de redactie ingediend. Naar aanleiding daarvan heeft de redactie de auteur gevraagd om zijn bijdrage aan te kondigen tijdens het Ondernemingsrecht diner en om in te stemmen met plaatsing daarna. Tijdens het Ondernemingsrecht diner van 11 juni 2015 te Amsterdam heeft de auteur zijn visie in het kort naar voren gebracht. Deze bijdrage vormt de verdere onderbouwing van zijn voordracht van 11 juni 2015.

Spaanse Villa was volgens de Hoge Raad geen sprake van (externe) bestuurdersaansprakelijkheid maar van een 'gewone onrechtmatige daad' waar de 'gewone regels van onrechtmatige daad' voor gelden. Volgens Kraaiipoel kon "de *controverse*" dan ook "vooral worden samengevat als *much ado about nothing*".⁵ Maar waarom bestond alle ophef nu eigenlijk en is de jurisprudentie van de Hoge Raad (kennelijk) inmiddels niet zo onduidelijk dat het tijd is voor een herbezinning? Ik meen van wel: de ernstig verwijt maatstaf voor externe aansprakelijkheid moet worden losgelaten. Daarvoor bestaan onder meer de volgende argumenten:

- (i) de totstandkoming van de ernstig verwijt maatstaf voor 'externe' (bestuurders)aansprakelijkheid in 2006 is gebaseerd op een verkeerde interpretatie door de Hoge Raad van terminologie die is gehanteerd in jurisprudentie in de periode tussen 1997 en 2006 (paragraaf 3);
- (ii) de Hoge Raad en de literatuur verliezen uit het oog dat 'externe' (bestuurders)aansprakelijkheid een (gewone) onrechtmatige daad is hoewel de inmiddels sterk ingewortelde ernstig verwijt maatstaf anders doet vermoeden (paragraaf 4);
- (iii) rechtspersoonlijkheid zorgt al voor een hoge drempel voor 'externe' (bestuurders)aansprakelijkheid: de ernstig verwijt maatstaf is daarvoor niet nodig (paragraaf 5);
- (iv) de manoeuvreerruimte voor de bestuurder om te kunnen ondernemen vormt geen rechtvaardiging voor de ernstig verwijt maatstaf (paragraaf 6);
- (v) het streven naar zogenaamde normatieve convergentie (lees: het streven naar een uniforme maatstaf voor interne en externe aansprakelijkheid) is onnodig omdat geen sprake is van samenloop van rechtsregels (paragraaf 7);
- (vi) de ernstig verwijt maatstaf leidt tot een onnodige juridisering en biedt geen duidelijkheid over 'externe' (bestuurders)aansprakelijkheid (paragraaf 8); en
- (vii) de toepassing van de ernstig verwijt maatstaf leidt tot onnodige belasting van de rechterlijke macht en tot onbegrijpelijke rechtspraak (paragraaf 9).

2. Oorsprong ernstig verwijt is toepassing van artikel 2:9 BW – interne aansprakelijkheid

Voor een goed begrip van de problematiek die ik wil bespreken is het van belang om eerst stil te staan bij *echte* (interne) bestuurdersaansprakelijkheid, waar de oorsprong ligt van de ernstig verwijt maatstaf. Het begrip ernstig verwijt is in het *Staleman/Van de Ven*-arrest⁶ uit 1997 door de Hoge Raad binnen het ondernemingsrecht geïntroduceerd als de te hanteren maatstaf bij beantwoording van de vraag of een bestuurder zozeer in een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak is tekortgeschoten dat hij krachtens artikel 2:9 BW tegenover de rechtspersoon aansprakelijk is voor de

schade die zij als gevolg van die tekortkoming lijdt. De Hoge Raad overwoog dat voor interne aansprakelijkheid op de voet van artikel 2:9 BW is vereist dat aan de bestuurder een "ernstig verwijt" kan worden gemaakt.

3. Ontwikkeling jurisprudentie en totstandkoming van de ernstig verwijt maatstaf

3.1 Inleiding

De basis voor 'externe' (bestuurders)aansprakelijkheid is artikel 6:162 BW. Een bestuurder van een vennootschap is eerst aansprakelijk jegens een derde wanneer hij *zelf* inbreuk maakt op een recht, handelt of nalaat in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Als men kijkt naar de geschiedenis van de jurisprudentie over 'externe' (bestuurders)aansprakelijkheid, dan blijkt dat deze in de periode tussen 1927 en 2006 steeds was gebaseerd op de ongeclausuleerde toepassing van dit artikel 6:162 BW. Kenmerkend voor deze jurisprudentie is dat deze normscheppend was en dat er maatschappelijke betamelijkheidsnormen zijn concreetiseerd. De maatschappelijke betamelijkheidsstoets van artikel 6:162 BW werd ingekleurd aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval en belangrijker: de ernstig verwijt maatstaf bestond niet.⁷

3.2 Kretschmar/Mendes de Leon

Reeds in 1927 overwoog de Hoge Raad in het arrest *Kretschmar/Mendes de Leon*⁸ dat bestuurders voor hun handelen namens de vennootschap ook "persoonlijk aansprakelijk" kunnen zijn als zij "persoonlijk een onrechtmatige daad hebben gepleegd" bijvoorbeeld wanneer zij tegen beter weten in een "geheel scheeve voorstelling" van zaken geven.

In de loop der jaren zijn er in de jurisprudentie van de Hoge Raad verschillende verschijningsvormen van onrechtmatig handelen door een bestuurder aan de orde gekomen, waarvan twee het meest bekend zijn, namelijk nakomingsfrustratie en schending van de Beklamel-norm.

3.3 Van Dullemen/Sala (Nakomingsfrustratie)

De Hoge Raad overwoog in het in 1958 gewezen arrest *Van Dullemen/Sala*⁹ dat "de zorgvuldigheid die" een bestuurder "persoonlijk naar verkeersnormen" jegens een derde "*had in acht te nemen*" medebracht dat zijn weigering om een verbintenis van die vennootschap na te komen "*als een onrechtmatige daad*" aan die bestuurder was aan te rekenen.

In *Van Dullemen/Sala* is aan de hand van concrete door het hof vastgestelde omstandigheden een maatschappelijke betamelijkheidsnorm (of zorgvuldighheidsnorm) geconcre-

5 B.I. Kraaiipoel, 'De Spaanse Villa, een fata morgana', *Bb* 2015/2.

6 HR 10 januari 1997, *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*).

7 Dit wordt het beste geïllustreerd door de relevante overweging van de hierna te bespreken arresten uitvoerig te citeren maar dat laat de omvang van deze bijdrage helaas niet toe.

8 HR 25 november 1927, *NJ* 1928/364, m.nt. Scholten (*Kretschmar/Mendes de Leon*).

9 HR 31 januari 1958, *NJ* 1958/251 (*Van Dullemen/Sala*).

tiseerd die persoonlijk op de bestuurder rustte. In deze casus luidde deze norm – kort gezegd – ‘indien de vennootschap waarvan gij bestuurder bent het verhuurde dient te ontruimen, bent u als bestuurder onder deze omstandigheden persoonlijk jegens de huurder gehouden om daar volle medewerking aan te verlenen’. Er zijn hierna vergelijkbare normen in de jurisprudentie ontwikkeld als gevolg waarvan een bestuurder aansprakelijk is indien hij de nakoming van verplichtingen van de vennootschap frustreert dan wel feitelijke betalingsonmacht creëert met voorzienbare benadeling van haar crediteur(en) als gevolg (verhaalsfrustratie/betalingsonwil).¹⁰ Ik zal daar hierna niet verder op ingaan. In het kader van deze bijdrage vat ik deze normen samen als de **Nakomingsfrustratie-norm**.

3.4 *Beklamel*

In het in 1989 gewezen arrest *Beklamel*¹¹ heeft de Hoge Raad opnieuw geconcludeerd dat een bestuurder van een vennootschap voor zijn handelen als bestuurder van de vennootschap “persoonlijk aansprakelijk is” voor de door de derde geleden schade “daar deze veroorzaakt is door zijn onrechtmatig handelen”.

Ook in *Beklamel* is een maatschappelijke betamelijkheidsnorm geconcretiseerd die persoonlijk op de bestuurder rustte. Deze norm luidde kort gezegd: ‘als bestuurder van een vennootschap zult gij geen overeenkomst aangaan met een derde waarvan u weet of redelijkerwijs behoort te begrijpen dat de vennootschap die overeenkomst niet zou nakomen en geen verhaal zou bieden’. Of korter: ‘gij zult niet iemand voor de gek houden’. Door dat wel te doen, handelde de bestuurder onrechtmatig. In feite is dit dezelfde norm als reeds geconcretiseerd in het hiervoor genoemde arrest *Kretschmar/Mendes de Leon*. Gemakshalve noem ik deze hierna de **Beklamel-norm**.

3.5 *Introductie terminologie die lijkt op ernstig verwijt maatstaf uit interne aansprakelijkheid*

De hiervoor genoemde arresten vormen in feite de basis van het leerstuk van ‘externe’ (bestuurders)aansprakelijkheid en tot zover is alles duidelijk, maar dan creëert de Hoge Raad onduidelijkheid door in een tweetal arresten de termen “voldoende”, “ernstig”, “persoonlijk” en “verwijt” te introduceren. Het eerste arrest is het in 1997 gewezen arrest *Henkel/JMG*.¹² Daarin overwoog de Hoge Raad:

“dat wanprestatie van een rechtspersoon onder omstandigheden kan meebrengen dat de bestuurder op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk is ten aanzien van de benadeelde, indien hem te dier zake een persoonlijk verwijt treft.”

Ter omschrijving van deze omstandigheden verwees de Hoge Raad vervolgens naar de Beklamel-norm. Het “persoonlijk verwijt” begrip werd gehanteerd om – kort gezegd – te onderstrepen dat een bestuurder eerst op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk kan zijn indien hij op een bepaalde hem te verwijten wijze persoonlijk betrokken is geweest bij de wanprestatie van de vennootschap. Oftewel: een bestuurder die niet persoonlijk daarbij betrokken is geweest, zal dat dus niet zijn. Aan het begrip “verwijt” werd geen verdere kwalificatie gegeven. Niets nieuws onder de horizon dus.

Het tweede arrest is het in 2000 gewezen arrest *New Holland Belgium/Oosterhof*.¹³ Daarin overwoog de Hoge Raad al refererend aan *Beklamel*:

“In een dergelijk geval zal in het algemeen – behoudens door de bestuurder aan te voeren, zijn handelwijze rechtvaardigende of verontschuldigende omstandigheden – moeten worden aangenomen dat de bestuurder een zodanig verwijt treft dat hij persoonlijk jegens de wederpartij van de vennootschap aansprakelijk is op grond van onrechtmatig handelen (vgl. onder meer HR 6 oktober 1989, nr. 13 618, NJ 1990, 286).”

En al refererend aan *Van Dullemen/Sala*:

“in een dergelijk geval kan weliswaar sprake zijn van persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder op grond van onrechtmatig handelen (vgl. HR 31 januari 1958, NJ 1958, 251), maar zal het van de concrete omstandigheden van het geval afhangen of het aan de bestuurder te maken verwijt voldoende ernstig is om hem persoonlijk aansprakelijk te houden.”

Maar ook deze toevoegingen van de Hoge Raad boden niets nieuws.¹⁴ Dat aansprakelijkheid zal afhangen van de concrete omstandigheden van het geval was namelijk al in *Van Dullemen/Sala* bepaald en dat geen aansprakelijkheid zal bestaan als de bestuurder een beroep toekomt op een rechtvaardigingsgrond of schulduitsluitingsgrond volgt simpelweg uit de wet, zie artikel 6:162 lid 2 BW (rechtvaardigingsgrond)¹⁵ en artikel 6:162 lid 3 BW (schulduitsluitingsgrond).

Hoewel voorts de terminologie in alle voornoemde arresten tussen 1997 en 2005 gelijkenissen vertoont met de ernstig verwijt maatstaf uit het op artikel 2:9 BW gebaseerde arrest *Staleman/Van de Ven* (uit 1997), dat betrekking had op *interne* bestuurdersaansprakelijkheid, legde de Hoge Raad dat verband in al deze arresten (terecht) niet. Er wordt niet

10 Zie bijvoorbeeld HR 26 maart 2010, NJ 2010/189 (*Zandvliet/ING Bank*); HR 11 september 2009, NJ 2009/565 (*ComSystems/Van den End q.q.*); HR 17 juni 2005, JOR 2005/234 (*De Berghorst/Maas*); HR 3 april 1992, NJ 1992/411, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Van Waning/Van der Vliet*).
11 HR 6 oktober 1989, NJ 1990/286, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Beklamel*).
12 HR 14 november 1997, NJ 1998/270, m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.5 (*Henkel/JMG*).

13 HR 18 februari 2000, NJ 2000/295, m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.4.1 (*New Holland Belgium/Oosterhof*).
14 A. Karapetian, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid na Van de Riet/Hoffman: over hoe het is, hoe het was en zou moeten zijn’, *WPNR* 2015/7052 (par. 4.4.1) doet deze constatering ook ten aanzien van een vergelijkbare overweging in het (later) in 2006 gewezen arrest *Ontvanger/Roelofsens*.
15 Een dergelijke rechtvaardigingsgrond kan bijvoorbeeld ook zijn het in het belang van de vennootschap met voorrang betalen van bepaalde ‘dwang-crediteuren’ ten koste van crediteuren die onbetaald blijven.

één keer verwezen naar *Staleman/Van de Ven* of naar artikel 2:9 BW. De gehanteerde terminologie wordt niet verder toegelicht en lijkt weinig zelfstandige betekenis te hebben: duidelijk is dat die niets te maken heeft met de ernstig verwijt maatstaf van artikel 2:9 BW.

In het in 2005 gewezen arrest *Ontvanger/S*¹⁶ overwoog de Hoge Raad dan ook (terecht) dat de “juiste maatstaf” om te beoordelen of een bestuurder “persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt” is of de bestuurder:

“heeft gehandeld in strijd met hetgeen in de gegeven omstandigheden krachtens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt”.

In zijn noot hierbij schrijft Van Schilfgaarde: “*Persoonlijk verwijt, bewuste roekeloosheid, ernstig verwijt, voldoende ernstig verwijt. Het is niet zo makkelijk om een duidelijke lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad te ontdekken.*” Die opmerking heeft de Hoge Raad kennelijk ter harte genomen want terwijl het leerstuk van *externe aansprakelijkheid* tot dit moment al ca. 80 jaar geen ernstig verwijt maatstaf kent, gaat het een jaar later, in 2006, mis.

3.6 *Ontvanger/Roelofsen: introductie ernstig verwijt en artikel 2:9 BW*

In het in 2006 gewezen arrest *Ontvanger/Roelofsen*¹⁷ overwoog de Hoge Raad in verband met de Beklamel-norm en de Nakomingfrustratie-norm plotseling dat in beide gevallen:

“3.5 (...) alleen dan [mag] worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt (vgl. HR 18 februari 2000, nr. C98/208, NJ 2000, 295). (...) Voor de onder (i) bedoelde gevallen is (...) aanvaard dat persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder kan worden aangenomen (...), behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan (...) hem geen persoonlijk verwijt gemaakt kan worden. In de onder (ii) bedoelde gevallen kan de (...) bestuurder (...) aansprakelijk worden gehouden indien zijn handelen of nalaten (...) zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. (...) Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen.”

De Hoge Raad heeft dus nu besloten om de normen voor interne aansprakelijkheid en externe aansprakelijkheid te uniformeren/integreren mogelijk met als doel om te streven

naar zogenaamde normatieve convergentie¹⁸ en kennelijk om alsnog een duidelijke lijn in de rechtspraak te creëren (maar de Hoge Raad laat zich daar niet over uit). Uit voormelde overweging blijkt dat de Hoge Raad zich in dit verband baseerde op *New Holland Belgium/Oosterhof*. Maar in dat arrest werd, zoals hiervoor uiteengezet, in het geheel niet verwezen naar artikel 2:9 BW. En zo is het arrest destijds in de literatuur ook niet geïnterpreteerd. Maeijer¹⁹ noch Timmerman²⁰ gingen in hun noot bij *New Holland Belgium/Oosterhof* (uitvoerig) in op de vraag wat er nu werd bedoeld met de term “*voldoende ernstig verwijt*”. Terwijl Timmerman er in het geheel niet op inging, merkte Maeijer slechts op dat persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder afhangt van de vraag of aan hem een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt, hetgeen weer afhangt van de concrete omstandigheden van het geval (wat een herhaling is van de redenering van de Hoge Raad). Dit laatste duidt erop dat Maeijer in ieder geval niet doelde op artikel 2:9 BW want dan zou Maeijer wel hebben verwezen naar *Staleman/Van de Ven*.

Volgens Maeijer suggereert het bezigen van het woord “*ernstig*” dat steeds sprake moet zijn van ernstige verwijtbaarheid. Hij verwees in dit verband naar de toen bestaande uitgave van Van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, nr. 48. Van Schilfgaarde maakt daarin duidelijk dat niet iedere in hoedanigheid van bestuurder gemaakte fout tot persoonlijke aansprakelijkheid leidt maar dat men daaraan pas toekomt indien aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt “*c.q. indien hem persoonlijk opzet of bewuste roekeloosheid kan worden verweten*”.²¹ Ook Kortmann meende dat alleen opzet of bewuste roekeloosheid tot persoonlijke aansprakelijkheid kon leiden.²²

De verwijzing in *Ontvanger/Roelofsen* naar *New Holland Belgium/Oosterhof* lijkt wat dat betreft dan ook onjuist en een gevolg te zijn van het feit dat de in *New Holland Belgium/Oosterhof* geïntroduceerde terminologie die, zoals gezegd, gelijkenissen vertoont met de terminologie gehanteerd in *Staleman/Van de Ven*, ten onrechte uit de context is gehaald. De terminologie uit *New Holland Belgium/Oosterhof* heeft niets te maken met de ernstig verwijt maatstaf uit het op artikel 2:9 BW gebaseerde *Staleman/Van de Ven*. Overigens verwijst de Hoge Raad ook in *Ontvanger/Roelofsen* niet naar *Staleman/Van de Ven*.

16 HR 30 september 2005, NJ 2006/312, m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 3.4.3 (*Ontvanger/S*).

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

18 L. Timmerman, ‘Naar geïntegreerde bestuurdersaansprakelijkheid?’, in P. Essers, G. Raaijmakers en G. van der Sangen e.a. (red.), *Met Recht*, Deventer: Kluwer 2009; Y. Borrius, ‘Behoorlijk bestuur: één gedragsnorm?’, in *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003*, Deventer: Kluwer 2003, p. 79-102.

19 HR 18 februari 2000, NJ 2000/295, m.nt. Maeijer (*New Holland Belgium/Oosterhof*).

20 L. Timmerman bij HR 18 februari 2000 (*New Holland Belgium/Oosterhof*) in *Ondernemingsrecht 2000/19*.

21 P. van Schilfgaarde, Van de NV en de BV, 11^e druk, Deventer: Kluwer 1998, nr. 48, p. 157.

22 S.C.J.J. Kortmann, *Aansprakelijkheid en draagplicht van bestuurders, commissarissen en accountants; verzekeringaspecten in Monografieën vanwege het Van der Heijden-Instituut*, Deel 37, Deventer: Kluwer 1991, p. 62.

In zijn noot bij *Ontvanger/Roelofsen* achtte Wezeman het door de Hoge Raad plots gelegde verband met artikel 2:9 BW dan ook opmerkelijk en schreef hij (terecht) dat niet is verklaard waarom voor aansprakelijkheid van bestuurders jegens derden op grond van onrechtmatige daad dezelfde eis moet worden gesteld.²³ Wezeman zocht in zijn noot bij *Ontvanger/Roelofsen* een verklaring voor de verwijzing naar artikel 2:9 BW door de verwijzing zo te begrijpen dat de Hoge Raad met de eis van ernstige verwijtbaarheid ook voor de 'externe' (bestuurders)aansprakelijkheid van artikel 6:162 BW recht wil doen aan de zwaarte van de bestuurstaak en bestuurders de nodige manoeuvreerruimte – met recht op het maken van enige fouten – gunt. Deze visie deel ik niet, waarover hierna in paragraaf 7 meer.

Er is verder geen discussie geweest over de door de Hoge Raad ingeslagen weg en de introductie van de uniforme maatstaf werd in de literatuur gesteund in een streven naar zogenaamde normatieve convergentie.²⁴ De maatstaf is vervolgens een eigen leven gaan leiden en heeft in het vennootschapsrecht een vrijwel 'heilige' status gekregen. Dit verklaart de commotie die is ontstaan toen Spaanse Villa werd gewezen.

4. 'Externe' (bestuurders)aansprakelijkheid is een 'gewone' onrechtmatige daad

4.1 Een 'gewone' onrechtmatige daad in Spaanse Villa?

De Hoge Raad overwoog in het in 2012 gewezen arrest *Spaanse Villa*²⁵ dat een bestuurder aansprakelijk was jegens een derde op grond van onrechtmatige daad zonder dat vereist was dat deze bestuurder een ernstig verwijt trof in de zin van artikel 2:9 BW. De bestuurder werd volgens de Hoge Raad namelijk:

"aansprakelijk geoordeeld op de grond dat hij in strijd heeft gehandeld met een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting (...) en niet op de grond dat hem als bestuurder het verwijt wordt gemaakt dat door zijn onbehoorlijke taakuitoefening de vennootschap in strijd heeft gehandeld met een op haar rustende zorgvuldigheidsverplichting (...)

Voor een dergelijke aansprakelijkheid van een bestuurder (...) gelden de gewone regels van onrechtmatige daad. In het bijzonder is dan niet vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt van zijn handelen kan worden gemaakt."

Omdat men vanaf 2006 tevreden was met de uniforme ernstig verwijt maatstaf, werd *Spaanse Villa* in de literatuur niet warm ontvangen. Volgens sommigen zou het arrest

afbreuk doen aan de verzwaarde drempel die zou moeten gelden voor aansprakelijkheid van bestuurders.

Ter onderbouwing van de stelling dat *Spaanse Villa* geen afbreuk had gedaan aan de inmiddels als 'standaard' te bestempelen jurisprudentie gebaseerd op *Ontvanger/Roelofsen*, werd daarom in de literatuur betoogd dat de aan de betrokken gedaagde verweten gedragingen niet in verband stonden met zijn taakvervulling als bestuurder maar wel met zijn taakvervulling als deskundige ter zake Spaans vastgoed. Het zou hier gaan om een op de bestuurder *persoonlijk* (namelijk in zijn hoedanigheid van deskundige) rustende zorgvuldigheidsnorm die zou zijn geschonden, om een soort 'beroepsaansprakelijkheid' die volledig losstaat van het feit dat de betrokken persoon tevens bestuurder was van de vennootschap. Het zou gaan om een 'gewone onrechtmatige daad' waarvoor het vereiste van een ernstig verwijt niet geldt en waarvoor de (in de woorden van de Hoge Raad) 'gewone regels van onrechtmatige daad' gelden.²⁶

Deze redenering past ook in de relativering van Willems dat *Spaanse Villa* in het geheel geen afbreuk had gedaan aan de verzwaarde drempel maar dat het arrest een gevolg was van het feit dat de procedure nu eenmaal 'als een commune onrechtmatige daadprocedure tegen een natuurlijke persoon was opgezet' en dat er 'over bestuurdersaansprakelijkheid niet is gedebatteerd'. Dat zo zijnde heeft de Hoge Raad, aldus Willems, niet meer gedaan dan de steller van de cassatiemiddelen voorhouden hetgeen allang bekend was: of een persoon een onrechtmatige daad pleegt hangt af van de vraag of aan de eisen van artikel 6:162 BW wordt voldaan.²⁷

Maar wordt hiermee niet miskend dat de Hoge Raad exact diezelfde vraag had moeten beantwoorden als partijen wel over 'externe' (bestuurders)aansprakelijkheid hadden gedebatteerd? Anders gezegd: er bestaat geen 'commune' of 'niet-commune' onrechtmatige daad. Er bestaat geen bijzondere 'externe bestuurdersaansprakelijkheid-onrechtmatige daad'. De grondslag voor 'externe' (bestuurders)aansprakelijkheid is een gewone onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW. Dat is het al 88 jaar. 'Externe' (bestuurders)aansprakelijkheid bestaat per definitie uitsluitend indien een bestuurder een persoonlijk op hem rustende zorgvuldigheidsverplichting heeft geschonden (vgl. de Beklamel-norm en de Nakomingsfrustratie-norm). Eerst dan heeft hij een *gewone* onrechtmatige daad gepleegd. Er bestaat dus ook geen onderscheid tussen 'externe' (bestuurders)aansprakelijkheid en de schending van een persoonlijk op de bestuurder rustende zorgvuldigheidsverplichting, integendeel: het een kan niet zonder het ander.

23 J.B. Wezeman bij HR 8 december 2006 (*Ontvanger/Roelofsen*) in *Ondernemingsrecht* 2007, 36.

24 B.F. Assink in Compendium voor het Ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2013, blz. 1124 en 1133 (die overigens een verdergaande convergentie niet mogelijk acht); B.F. Assink, Y. Borrius, V. van den Brink e.a. (red.), *Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer, 2011.

25 HR 23 november 2012, *NJ* 2013/302 m.nt. P. van Schilfgarde en *JOR* 2013/40, m.nt. W.J.M. van Andel en K. Rutten (*Spaanse Villa*).

26 Zie bijvoorbeeld M. Stolp, 'Enkele belangrijke aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW belicht', *NJB* 2013/1344, afl. 22, p. 1440-1447 en M.C.H. Sinnighe Damsté, 'Spaanse Villa's (HR 23 november 2012, *LJN* BX 5881). Externe bestuurdersaansprakelijkheid versus gewone onrechtmatige daad', *TOP* 1/2013, blz. 32-36.

27 Zie ook J.H.M. Willems, 'De barbier van Sevilla: uitdijende bestuurdersaansprakelijkheid volgens Paul Olden', *Ondernemingsrecht* 2013/82, par. 18.

Huizink schrijft hierover terecht dat hem niet aanstonds duidelijk is wat 'de gewone regels van de onrechtmatige daad' precies inhouden en dat bijvoorbeeld een bestuurder die maar raak bestelt terwijl hij weet dat zijn organisatie niet tot betaling in staat is, persoonlijk onrechtmatig handelt tegenover de gedupeerden met een waardeeloze vordering op de vennootschap. Daarvoor, aldus Huizink, is geen secundaire aansprakelijkheid (waarover hierna meer) met het bijbehorende normenstelsel nodig en is de noodzakelijke gevolgtrekking dat er geen onderscheid bestaat tussen een persoonlijk voldoende ernstig verwijt en 'de gewone regels van de onrechtmatige daad'. Huizink concludeert dat de op grond van de rechtspraak van de Hoge Raad vereiste voldoende ernstige verwijtbaarheid niet anders uitpakt dan de vereiste verwijtbaarheid volgens 'de gewone regels van de onrechtmatige daad' en dat de betrokken bestuurders rechtstreeks zelf onrechtmatig handelen, ook volgens 'de gewone regels van onrechtmatige daad'.²⁸ Deze conclusie deel ik ten volle. De logische consequentie daarvan is dat de ernstig verwijt maatstaf niets toevoegt.

Overigens kan ik mij niet voorstellen dat de Hoge Raad in *Spaanse Villa* tot een andere conclusie zou zijn gekomen als de betrokken gedaagde (of de vennootschap) helemaal niet een deskundige ter zake Spaans vastgoed was (voor de goede orde: die deskundigheid werd blijkens de feitenomschrijving in het arrest van het hof voornamelijk beweerd aanwezig te zijn bij de *vennootschap* en niet eens bij de bestuurder).²⁹ Ook in dat geval had de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder vermoedelijk niet ter discussie gestaan. Ik kan mij om die reden dan ook zeker vinden in de uitkomst van *Spaanse Villa*. Het onderscheid dat de Hoge Raad maakt tussen de regels van gewone onrechtmatige daad en een onrechtmatige daad gepleegd door een bestuurder van een vennootschap waarvoor de ernstig verwijt maatstaf zou gelden, beschouwde ik toen nog als een 'slip of the tongue'. Maar dat was ten onrechte, zo blijkt uit *Hezemans Air*.

4.2 Een verschil tussen ernstig verwijt en het schenden van een persoonlijke zorgvuldigheidsverplichting in *Hezemans Air*?

In zijn arrest van 5 september 2014 (*Hezemans Air*)³⁰ overwoog de Hoge Raad:

"3.5.2 Indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, is (...) ook ruimte voor aansprakelijkheid van een bestuurder (...)[Daarvoor] is vereist dat die bestuurder (...) persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Aldus gelden voor het aannemen van aansprakelijkheid

van een bestuurder naast de vennootschap hogere eisen dan in het algemeen het geval is. Een hoge drempel (...) wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat primaire sprake is van handelingen van de vennootschap en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen (vgl. HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, NJ 2009/21).

3.5.3 Bestuurdersaansprakelijkheid is evenwel niet aan de orde in (...) Spaanse Villa."

De Hoge Raad borduurt dus voort op het onderscheid gemaakt in *Spaanse Villa*, waarschijnlijk mede gelet op alle commotie die was ontstaan na *Spaanse Villa*. Kroeze schrijft in zijn noot bij Hezemans Air dan ook dat de Hoge Raad de zorg en onzekerheid die waren ontstaan als gevolg van *Spaanse Villa* heeft weggenomen. Toegegeven moet worden dat de Hoge Raad de lijn ingezet vóór *Spaanse Villa* bevestigt, in die zin dat een 'persoonlijk ernstig verwijt' is vereist voor (de Hoge Raad bedoelt in r.o. 3.5.2 en 3.5.3: 'externe') (bestuurders)aansprakelijkheid. Anders dan in *Ontvanger/Roelofsen* verwijst de Hoge Raad echter niet opnieuw expliciet naar artikel 2:9 BW. In de literatuur werd desondanks opgelucht gereageerd, kennelijk omdat men vond dat de Hoge Raad hiermee toch voldoende duidelijk had gemaakt.

Ik deel die mening niet. Integendeel, door in r.o. 3.5.2 en 3.5.3 expliciet onderscheid te maken tussen 'externe' (bestuurders)aansprakelijkheid en het schenden van een op de bestuurder persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting, heeft de Hoge Raad de sinds 2006 gecreëerde onduidelijkheid alleen maar erger gemaakt. Daar bestaat zoals gezegd immers geen onderscheid tussen: ook bij 'externe' (bestuurders)aansprakelijkheid moet de bestuurder een persoonlijk op hem rustende zorgvuldigheidsverplichting hebben geschonden. De overweging dat voor 'externe' (bestuurders)aansprakelijkheid "*hogere eisen dan in het algemeen het geval is*" gelden, is dus zinledig. Verstijlen noemt het door de Hoge Raad in *Spaanse Villa* gemaakte onderscheid dan ook terecht 'kunstmatig'.³¹

De Hoge Raad lijkt vooral te willen vasthouden aan *Ontvanger/Roelofsen* en aan de inmiddels 'heilige' ernstig verwijt maatstaf, kennelijk om een onderbouwing te hebben voor het feit dat een bestuurder niet zo maar aansprakelijk is voor schade veroorzaakt door de vennootschap. De onderbouwing is echter onjuist en onnodig (waarover hierna meer). Voor een bestuurder van een vennootschap gelden immers geen andere zorgvuldigheidsnormen dan 'algemeen het geval is'. Voor bestuurders gelden geen hogere eisen voor aansprakelijkheid dan voor niet-bestuurders/natuurlijke personen, werknemers, vennoten in een maatschap, CV of VOF. Artikel 6:162 BW is op iedereen gelijk van toepassing (behoudens wettelijke uitzonderingen zoals artikel 6:164 BW). Het feit dat een bestuurder ex artikel 2:9 BW het inzicht en

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

29 Hof 's-Hertogenbosch 12 april 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BY8749: die deskundigheid zou blijken uit een door de *vennootschap* gehanteerde brochure.

30 HR 5 september 2014, *JOR* 2014/296, m.nt. M.J. Kroeze, r.o. 3.5.2-3.5.4 (*Hezemans Air*).

31 F. Verstijlen, 'Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid', *NJB* 2013/551, p. 4.

de zorgvuldigheid moet hebben die mag worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult, brengt zelfs met zich dat hij sneller in een situatie van persoonlijke aansprakelijkheid terecht kan komen dan een werknemer omdat men bij een bestuurder moet uitgaan van een bepaalde geobjectiveerde kennis. Dit blijkt ook uit het *Beklamel*-criterium: "wist of moet hebben geweten".

5. **Rechtspersoonlijkheid zorgt al voor een hoge drempel voor aansprakelijkheid**

5.1 **Primaire en secundaire aansprakelijkheid zijn geen argument voor verhoogde drempel**

De Hoge Raad onderbouwt de wenselijkheid van een verhoogde drempel voor aansprakelijkheid in *Hezemans Air* door te wijzen op het leerstuk van primair en secundair daderschap. De aanloop daarnaartoe begint in r.o. 3.5.1 waarin de Hoge Raad het begrip "primair/rechtstreeks daderschap" van de bestuurder introduceert. De aanleiding hiervoor is reeds te vinden in de conclusie van A-G Timmerman bij *Spaanse Villa* (r.o. 4.8 e.v.) die verwijst naar het proefschrift van De Valk waarin gebruik wordt gemaakt van de termen primaire aansprakelijkheid van de vennootschap en secundaire aansprakelijkheid of secundair daderschap van de bestuurder: de vennootschap zou primair aansprakelijk zijn jegens de crediteur en de bestuurder komt slechts als secundair aansprakelijke in aanmerking.³² Juist omdat het een secundaire aansprakelijkheid betreft zou het, aldus Timmerman, ook in de literatuur, wenselijk zijn enige terughoudendheid in acht te nemen bij het aannemen van persoonlijke aansprakelijkheid en in die behoefte zou de ernstig verwijt maatstaf voorzien.³³ In zijn conclusie bij *Spaanse Villa* schrijft Timmerman dan ook (r.o. 4.12-4.13) dat hij meent dat terughoudendheid moet gelden in alle gevallen dat sprake is van secundair daderschap. In de conclusie bij *Hezemans Air* verwijst A-G Wesseling-van Gent in r.o. 2.7 naar de door Timmerman aangehaalde motivering.

De termen primair en secundair daderschap geven vanzelfsprekend goed inzicht in het onderscheid tussen aansprakelijkheid van een rechtspersoon enerzijds en aansprakelijkheid van diens leidinggevende anderzijds. Maar in het proefschrift van De Valk wordt de reden voor het toepassen van de gestelde terughoudendheid bij secundaire aansprakelijkheid van een bestuurder, in het geval een vennootschap zijn verplichtingen niet is nagekomen, juist gevonden in *rechtspersoonlijkheid*: de vennootschap komt haar verplichtingen niet na en daarvoor is de bestuurder in beginsel niet aansprakelijk. Daarnaast kan volgens De Valk de door haar genoemde *secundaire* aansprakelijkheid van de bestuurder pas aan de orde komen indien de functionaris die

als vertegenwoordiger heeft gehandeld persoonlijk het verwijt kan worden gemaakt dat *hij* (en dus niet alleen de vennootschap) in strijd met *de jegens de derde* in acht te nemen maatschappelijke betamelijkheid heeft gehandeld. Dit lijkt mij helemaal juist.³⁴ Maar daarmee wordt in feite gewoon gezegd dat de bestuurder (naast de vennootschap) een *eigen* onrechtmatige daad heeft gepleegd en mijns inziens daarom *primair* aansprakelijk is.

De termen primair en secundair daderschap zijn in feite *verklarende* termen die omschrijven dat als gevolg van bepaalde wettelijke kaders de ene persoon sneller aansprakelijk zal zijn dan de andere persoon. Als deze termen in het kader van 'externe' (bestuurders)aansprakelijkheid al gebruikt dienen te worden, geldt dat secundaire aansprakelijkheid dus in ieder geval niet *een reden* vormt om terughoudend te zijn maar slechts een vaststelling is van het feit dat een bestuurder door rechtspersoonlijkheid niet snel zelf aansprakelijk zal zijn: de vennootschap is als rechtspersoon immers zelfstandig drager van eigen rechten en verplichtingen.³⁵

Met andere woorden: de verhoogde drempel voor aansprakelijkheid is een logisch direct gevolg van rechtspersoonlijkheid. Een verdere bescherming van de bestuurder (wegens secundaire aansprakelijkheid) waarin de ernstig verwijt maatstaf volgens Timmerman zou voorzien of een noodzaak voor een rechter om terughoudend te zijn met het oordeel dat sprake is van een 'gewone onrechtmatige daad situatie',³⁶ is om die reden niet logisch en zelfs verwarrend. In de paragrafen hierna zal dat nader worden uiteengezet.

5.2 **Toepassing van vertegenwoordigingsregels van Boek 3 BW in het vennootschapsrecht**

In het geval een vennootschap wordt verweten dat zij haar contractuele verplichtingen niet nakomt zorgt *rechtspersoonlijkheid* ervoor dat de bestuurder niet aansprakelijk is voor de daardoor ontstane schade.

Rechtshandelingen verricht door een vertegenwoordiger op grond van een volmacht ex artikel 3:60 BW treffen altijd 'primair' de vertegenwoordigde, zie artikel 3:66 BW. De vertegenwoordiger zelf wordt niet gebonden en zal dus niet aansprakelijk zijn als de vertegenwoordigde niet nakomt. De schakelbepaling van artikel 3:78 BW regelt expliciet dat de daarin genoemde wetsbepalingen, waaronder artikel 3:66 BW ook van toepassing zijn wanneer iemand optreedt als vertegenwoordiger buiten volmacht. De betrokken bepalingen zijn op deze grond van toepassing in het vennootschapsrecht.

Wat betreft vertegenwoordigingshandelingen van de bestuurder zorgt artikel 3:66 BW er dus voor dat niet de be-

32 S.N. de Valk, Aansprakelijkheid van leidinggevendenden, Deventer: Kluwer, 2009, blz. 88 e.v.
 33 L. Timmerman, 'Naar geïntegreerde bestuurdersaansprakelijkheid?', in P. Essers, G. Raaijmakers en G van der Sangen e.a. (red.), Met Recht, Deventer: Kluwer 2009, p. 485-486, die in dit verband wederom verwijst naar het proefschrift van De Valk.

34 S.N. de Valk, Aansprakelijkheid van leidinggevendenden, Deventer: Kluwer, 2009, blz. 130 e.v.; blz. 134 e.v.
 35 HR 2 december 1994, NJ 1995/288 (Poot/ABP).
 36 M.C.H. Sinninghe Damsté, 'Spaanse Villa's (HR 23 november 2012, LjN BX 5881). Externe bestuurdersaansprakelijkheid versus gewone onrechtmatige daad', TOP 1/2013, blz. 36.

stuurder maar de vennootschap altijd 'primaire' aansprakelijk is. Aangezien de vennootschap als rechtspersoon zelfstandig, als drager van eigen rechten en verplichtingen, aan het rechtsverkeer deelneemt is alleen de vennootschap aansprakelijk voor schade uit hoofde van toerekenbaar tekortkomen, niet de bestuurder.³⁷

Desondanks kunnen zowel de vertegenwoordiger als de bestuurder zelf natuurlijk gewoon onrechtmatig handelen bij het uitoefenen van de volmacht respectievelijk de vertegenwoordigingsbevoegdheid op grond van Boek 2 BW. Voor de vertegenwoordiger op grond van de volmacht gelden in dat geval de gewone regels van onrechtmatige daad. Er gelden geen hoge drempels en geen ernstig verwijt maatstaven. Niet is in te zien waarom dat voor de bestuurder anders zou moeten zijn.

Ook artikel 3:70 BW is via de schakelbepaling van artikel 3:78 BW van toepassing binnen het vennootschapsrecht. Dit artikel 3:70 BW bepaalt – kort gezegd – dat hij die als gevolmachtigde handelt jegens de wederpartij instaat voor het bestaan en de omvang van die volmacht. Hiermee wordt een wettelijke basis gegeven voor directe (en dus 'primaire') aansprakelijkheid van de vertegenwoordiger. Handelt een bestuurder zonder bevoegd te zijn dan is hij dus op grond van deze wettelijke bepaling ('primaire') aansprakelijk.

Analoog aan (de ratio van) artikel 3:70 BW kan gesteld worden dat de gevolmachtigde een onrechtmatige daad pleegt jegens de derde indien hij bevoegdelijk namens de volmachtgever een overeenkomst aangaat met de derde, in de wetenschap dat de gevolmachtigde deze overeenkomst niet zal nakomen en geen verhaal zal bieden. De gevolmachtigde schendt dan een zorgvuldigheidsnorm jegens de derde (hij houdt iemand voor de gek op een bijna gelijke manier alsof geen volmacht bestond). Ook deze regel geldt vanzelfsprekend in het vennootschapsrecht: het is in feite de Beklamel-norm die een 'primaire' aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad vestigt op de bestuurder.

Dat een bestuurder de vennootschap vertegenwoordigt is dus geen reden om een hogere drempel voor aansprakelijkheid te hanteren dan voor ieder andere (rechts)persoon die handelt namens een ander. Voor een gevolmachtigde geldt ook geen hoge drempel voor aansprakelijkheid.

5.3 Toepassing van de aansprakelijkheidsregels van Boek 6 BW en toerekening van gedragingen in het vennootschapsrecht

In het geval een vennootschap een onrechtmatige daad wordt verweten geldt ook dat *rechtspersoonlijkheid* ervoor zorgt dat de bestuurder niet aansprakelijk is voor een onrechtmatige daad van de vennootschap. Een lastig punt is hier dat een rechtspersoon zelf niet fysiek kan handelen. Zonder menselijke tussenkomst/feitelijk handelen zal een rechtspersoon in beginsel geen onrechtmatige daad kunnen

plegen. Er zal dus altijd een feitelijk (menselijk) handelen vooraf moeten gaan aan de constatering dat een rechtspersoon onrechtmatig heeft gehandeld. En voor dat menselijk handelen moet vervolgens de rechtspersoon aansprakelijk zijn. Dit kan door toepassing van:

- (i) de kwalitatieve aansprakelijkheidsbepalingen van artikel 6:170-6:172 BW; of
- (ii) de toerekening van de gedraging van de handelend persoon aan de rechtspersoon omdat deze gedraging in het maatschappelijk verkeer als een gedraging van de vennootschap kan worden aangemerkt op grond van het arrest *Kleuterschool Babel*.³⁸

Er bestaat een duidelijk verschil tussen de hiervoor genoemde varianten. Bij *kwalitatieve aansprakelijkheid* op grond van artikel 6:170-172 BW is altijd sprake van hoofdelijke aansprakelijkheid en (daarom) is altijd – *by definition of law* – vereist dat de werknemer, niet-ondergeschikte of vertegenwoordiger *persoonlijk* handelt in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid, hij moet persoonlijk onrechtmatig hebben gehandeld en er moet sprake zijn van schuld. Als hij zich kan beroepen op een schulduitsluitingsgrond of rechtvaardigingsgrond dan kan de rechtspersoon nimmer aansprakelijk zijn op grond van artikel 6:170-172 BW.

Bij *toerekening* van een gedraging aan de vennootschap hoeft daarentegen geen sprake te zijn van een eigen onrechtmatige gedraging van de feitelijk handelend persoon. Zo kan een rechtspersoon aansprakelijk zijn voor gedragingen van een bestuurder die zelf niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens de benadeelde.³⁹

5.3.1 Kwalitatieve aansprakelijkheid

Ten aanzien van de hiervoor genoemde kwalitatieve aansprakelijkheid is bij de behandeling van vraagpunten in de Tweede Kamer over artikel 6:170-172 BW bij de invoering van het nieuwe BW geoordeeld dat het bestaan van een dienstverband, vertegenwoordigingsverband of ondergeschiktheid (en de daarmee gepaard gaande bescherming door de werkgever/vertegenwoordigde/opdrachtgever voor aanspraken van derden) geen rechtvaardiging oplevert om af te wijken van de hoofdregel dat de dader persoonlijk aansprakelijk blijft voor zijn onrechtmatig gedrag.⁴⁰ Er is daarom sprake van hoofdelijke aansprakelijkheid (de ratio is dat het voor de benadeelde in beginsel geen verschil mag uitmaken wat de exacte verhouding is tussen de niet-ondergeschikte en de opdrachtgever).

38 HR 6 april 1979, LjN AH8595, Nj 1980/34 (*Kleuterschool Babel*).

39 A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, in Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, 2011/90, De verbintenis uit de wet, 203, Fout vertegenwoordigde; samenloop; draagplicht (online bijgewerkt tot 1 december 2010), Deventer: Kluwer (losbladig en online). HR 11 november 2005, LjN AT6018, Nj 2007/31; JOR 2006/90 (*Voorstuijs*).

40 F.T. Oldenhuis, 'De Aansprakelijkheid van de ondergeschikte ex art. 162', in: Groene Serie Onrechtmatige daad, art. 6:170, aant. 68 (online bijgewerkt tot 1 april 2010), Deventer: Kluwer (losbladig en online).

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

De Hoge Raad heeft overwogen dat een bestuurder als een ondergeschikte in de zin van artikel 6:170 BW moet worden aangemerkt.⁴¹ Overigens zou ook gesteld kunnen worden dat een bestuurder (die niet in dienst is) kan worden aangemerkt als een niet-ondergeschikte in de zin van artikel 6:171 BW of een vertegenwoordiger in de zin van artikel 6:172 BW.⁴² De toepasselijkheid van deze bepalingen op een bestuurder en het uitgangspunt van hoofdelijke aansprakelijkheid, brengt met zich dat voor de bestuurder geen andere behandeling kan gelden dan voor andere ondergeschikten, niet-ondergeschikten of vertegenwoordigers. Een hogere drempel voor aansprakelijkheid in de vorm van de ernstig verwijt maatstaf is daar dus niet mee te rijmen.

5.3.2 Toerekening reden voor een hoge drempel?

Heeft de bestuurder niet zelf gehandeld en/of was er ook geen (geobjectiveerde) kennis van benadeling dan zal de bestuurder niet zelf aansprakelijk zijn. Er bestaat dan geen eigen onrechtmatige daad op grond waarvan de derde de bestuurder kan aanspreken zodat de vennootschap evenmin (hoofdelijk) kan worden aangesproken op grond van artikel 6:170, 6:171 en 6:172 BW.

Maar dit kan leiden tot een onwenselijke situatie: een feitelijke handeling van een werknemer, niet-ondergeschikte of vertegenwoordiger kan weliswaar niet persoonlijk verwijtbaar zijn, het kan nog wel steeds tot schade leiden bij een derde waarvan het redelijk is dat deze schade in de verhouding tussen die derde en de (rechts)persoon namens wie is gehandeld door de werknemer, niet-ondergeschikte of vertegenwoordiger, voor rekening van die rechtspersoon komt. De toerekeningsleer van Kleuterschool Babbel biedt dan soelaas. De handeling kan op grond daarvan als een eigen onrechtmatige daad van de vennootschap worden aangemerkt.⁴³

In jurisprudentie van de Hoge Raad is (vreemd genoeg) de vraag aan de orde gekomen in hoeverre het onrechtmatig handelen van de rechtspersoon vervolgens weer kan worden toegerekend aan de persoon die namens de rechtspersoon handelde. De Hoge Raad oordeelde dat een dergelijke toerekening slechts mogelijk is indien de betrokken handeling "aan zijn schuld is te wijten, dat wil zeggen: wanneer, gelet op de omstandigheden van het geval, hem persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt."⁴⁴ Eigenlijk is dit niet anders dan te zeggen dat de betrokken persoon pas naast de rechtspersoon aansprakelijk is indien hij een eigen onrechtmatige daad heeft gepleegd, oftewel indien hem zelf een verwijt treft. Van toerekening van het onrechtmatig handelen van de rechtspersoon aan de bestuurder is dan dus helemaal geen sprake.

41 HR 4 november 1988, NJ 1989/244 (*Shell-Van Doorn*).

42 P. van Schilfgaarde, Van de NV en de BV, 15e druk, Deventer: Kluwer 2009, nr. 61, p. 205. Zie ook J.B. Huizink, 'Bestuurder ondergeschikte?', in: Groene Serie Rechtspersonen, art. 2:240, aant. 15a.2 (online bijgewerkt tot 20 november 2012), Deventer: Kluwer (losbladig en online).

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

44 HR 11 oktober 1991, NJ 1993/165, m.nt. C.J.H. Brunner.

Wat hier ook van zij, in de literatuur wordt door sommigen gesteld dat handelingen van de bestuurder in het maatschappelijk verkeer *altijd* te gelden hebben als handelingen van de vennootschap en dat daarom voor bestuurders praktisch weinig betekenis toekomt aan artikel 6:170-172 BW.⁴⁵ Een wettelijke grondslag voor deze stelling bestaat niet maar dat weerhoudt sommigen er niet van om vervolgens te stellen dat *vanwege* het feit dat handelingen van de bestuurder in het maatschappelijk verkeer te gelden hebben als handelingen van de vennootschap een hoge drempel voor aansprakelijkheid zou moeten gelden.⁴⁶ Ten onrechte, niet alleen omdat er een wettelijke grondslag ontbreekt voor de dragende stelling maar ook omdat het antwoord op de vraag of een gedraging al dan niet aan de vennootschap moet of kan worden toegerekend vanzelfsprekend niet relevant is voor de vraag welke maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid heeft te gelden. En dat is maar goed ook, want de jurisprudentie over toerekening van gedragingen laat nu niet bepaald een duidelijke of logische lijn zien: zo is door de Hoge Raad overwogen dat het opsluiten van een persoon in een koelcel kan worden toegerekend aan de vennootschap omdat dit in het maatschappelijk verkeer als een gedraging van de vennootschap heeft te gelden⁴⁷ hetgeen mij minst genomen twijfelachtig lijkt. Het zou in die gevallen zuiverder zijn om tot hoofdelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon te komen op grond van artikel 6:170-172 BW.⁴⁸ Overigens is het vanzelfsprekend zo dat in de onderlinge regresverhouding tussen de werknemer/niet-ondergeschikte/vertegenwoordiger enerzijds en de vennootschap anderzijds nog bepaald zal moeten worden op wie in welke mate de draagplicht rust voor de schade (ex artikel 6:10 BW, 6:170 lid 3 en/of 7:661 BW).

5.3.3 Ook een bestuurder is alleen aansprakelijk voor zijn eigen daden en nalatigheden

Willems stelt in verband met de voorgaande problematiek dat, hoewel steeds een natuurlijke persoon/bestuurder namens dan wel ten laste van de vennootschap een feitelijke handeling zal hebben verricht (de vennootschap kan uiteraard zelf fysiek niet handelen), rechtens steeds de vennootschap – niet de bestuurder – actief is. Als uitgangspunt spreekt het voor zich dat in zo een geval uitsluitend de vennootschap aansprakelijk is. Volgens Willems is dat rechtens niet anders dan te zeggen dat buurman A niet tegenover het slachtoffer aansprakelijk is voor de schade ten gevolge van een onrechtmatige daad van zijn buurman B.⁴⁹ Dit is een uitstekende vergelijking. 'Doorbraak van aanspra-

45 A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, in Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, 2011/90, De verbintenis uit de wet, 333, Aansprakelijkheid handelende persoon naast aansprakelijkheid rechtspersoon (online bijgewerkt tot 1 december 2010), Deventer: Kluwer (losbladig en online).

46 Zo ook Timmerman in zijn conclusie bij *Spaanse Villa* en P.J. Dortmund in Van der Heijden Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, 240, Onrechtmatige handeling (online bijgewerkt tot 1 januari 2013), Deventer: Kluwer (losbladig en online).

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

48 Dat zou in *Spaanse Villa*, waar de gedragingen van de bestuurder eveneens aan de vennootschap worden 'toegerekend', ook zuiverder zijn geweest.

49 J.H.M. Willems, 'De barbier van Sevilla: uitdijende bestuurdersaansprakelijkheid volgens Paul Olden', *Ondernemingsrecht* 2013/82.

kelijkheid' (naar buurman A) behoeft volgens Willems een aparte rechtvaardiging en het motief voor deze vorm van doorbraak ligt in de opvatting dat rechtspersoonlijkheid niet mag worden *misbruikt*.

De stelling van Willems dat het voor de hand ligt dat niet ieder verwijt van de rechtspersoon (van buurman B) aan de bestuurder (buurman A) die doorbraak zou kunnen rechtvaardigen en dat ter voorkoming daarvan het verzwaarde criterium van het ernstig verwijt (voor buurman A) zou zijn ontwikkeld, is echter minder goed te begrijpen. De ernstig verwijt maatstaf ziet immers op de verhouding tussen buurman A en buurman B. In de verhouding tot de derde speelt juist eerder het 'misbruik'-criterium. De hiervoor aangehaalde opzet of bewuste roekeloosheid waar Van Schilfgaarde en Kortmann⁵⁰ op doelden moet mijns inziens dus zo worden begrepen dat de bestuurder 'misbruik' heeft gemaakt van zijn (vertegenwoordigings) functie die hij voor de vennootschap vervult en/of over (geobjectiveerde) wetenschap van benadeling beschikte die verband hield met zijn eigen feitelijke schadeveroorzakende gedragingen.⁵¹ In dat geval is een hoge drempel voor aansprakelijkheid waarin de ernstig verwijt maatstaf zou voorzien niet nodig, laat staan logisch. Zolang buurman A jegens de derde geen misbruik maakt van zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid of niet zelf een betamelijkheidsnorm heeft geschonden, is daarentegen niet in te zien waarom hij jegens de derde aansprakelijk zou moeten zijn, ook al treft hij wellicht in zijn verhouding tot buurman B een (ernstig) verwijt. Uitsluitend buurman B is dan als vertegenwoordigde aansprakelijk. De overweging van de Hoge Raad in r.o. 3.4.2 van *Spaanse Villa* dat "*Van de Riet in het onderhavige geval evenwel niet is aansprakelijk gehouden voor een tekortkoming of onrechtmatig handelen van de vennootschap*" is om die reden niet bepaald relevant, laat staan logisch. Van de Riet zal immers nooit aansprakelijk zijn voor een 'tekortkoming of onrechtmatig handelen van de vennootschap'. Geen enkele bestuurder is dat. Een bestuurder kan alleen aansprakelijk zijn voor zijn *eigen* onrechtmatig handelen.

De Hoge Raad heeft in dat verband reeds in 2005 geoordeeld dat in het aansprakelijkheidsrecht het uitgangspunt geldt dat eenieder in beginsel alleen voor zijn eigen daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden, behoudens welomschreven, op de wet gebaseerde, uitzonderingen. In lijn hiermee en in lijn met het uit strafrecht bekende IJzerdraad-arrest⁵² heeft de Hoge Raad geoordeeld dat toerekening van kennis en wetenschap van een (rechts)persoon aan de aansprakelijk gestelde persoon weliswaar niet onder alle omstandigheden is uitgesloten, maar dat daarbij wel terughou-

dendheid moet worden betracht.⁵³ Dit uitgangspunt werd eind 2014 door de Hoge Raad in het kader van aansprakelijkheid op grond van de Tweede Misbruikwet bevestigd.⁵⁴

Ook in het leerstuk van 'externe' (bestuurders)aansprakelijkheid geldt vanzelfsprekend het uitgangspunt dat eenieder in beginsel alleen voor zijn eigen daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden. Zo zal een bestuurder per definitie niet aansprakelijk zijn voor een onrechtmatige daad van de vennootschap die is veroorzaakt door een werknemer of een combinatie van persoonlijk niet verwijtbare handelingen van werknemers en bestuurders die ieder individueel geen onrechtmatige daad opleveren maar gezamenlijk wel.

Kort maar goed: rechtspersoonlijkheid zorgt al voor een hoge drempel en daar is de ernstig verwijt maatstaf niet voor nodig.

6. Maatschappelijk belang of manoeuvreerruimte geen valide reden voor ernstig verwijt maatstaf

De Hoge Raad onderbouwt de verhoogde drempel in de vorm van de ernstig verwijt maatstaf in *Hezemans Air* door te verwijzen naar *Willemsen/NOM*.⁵⁵ De Hoge Raad overweegt onder verwijzing naar dat arrest dat een hoge drempel voor externe (bestuurders)aansprakelijkheid gerechtvaardigd wordt door – kort gezegd – het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.

Maar dat is onjuist. In *Willemsen/NOM* was immers overwogen dat de bedoelde hoge drempel voor aansprakelijkheid (welke wordt vormgegeven door *Staleman/Van de Ven*) bestond in het belang van de *vennootschap* (een bestuurder moet kunnen ondernemen) en dat die hoge drempel kan worden tegengeworpen aan de aandeelhouder die de bestuurder aanspreekt, gelet op de "*zelfgekozen betrokkenheid van individuele aandeelhouders bij de gang van zaken binnen de vennootschap en de in art. 2:8 lid 1 BW bedoelde maatstaven van redelijkheid en billijkheid*".

Dat was logisch. Het 'recht op het maken van fouten, de hogere drempel, de 'zwaardere maatstaven' en de manoeuvreerruimte, volgen ten aanzien van fouten *jegens de vennootschap* immers uit het zware criterium zoals geformuleerd in *Staleman/Van de Ven*. *Intern* heeft de bestuurder manoeuvreerruimte. Het zou dan mede gelet op artikel 2:8 BW vreemd zijn als de bestuurder niet kan worden aangesproken door de vennootschap maar wel door de aandeelhouder die in beginsel immers ex artikel 2:8 BW ook behoort tot de *interne* kring van de vennootschap. In feite

50 S.C.J.J. Kortmann, Aansprakelijkheid en draagplicht van bestuurders, commissarissen en accountants; verzekeringsaspecten in Monografieën vanwege het Van der Heijden-Instituut, Deel 37, Deventer: Kluwer 1991, p. 62 en P. van Schilfgaarde, Van de NV en de BV, 11e druk, Deventer: Kluwer 1998, nr. 48, p. 157.

51 Vgl. S.N. de Valk, Aansprakelijkheid van leidinggevend, Deventer: Kluwer, 2009, blz. 134.

52 HR 23 februari 1954, NJ 1954/378.

53 HR 11 november 2005, LJN AT6018, NJ 2007/31; JOR 2006/90 (Voorluits).

54 HR 8 augustus 2014, JOR 2014/320 (X/Staat).

55 HR 20 juni 2008, NJ 2009/21, m.nt. J.M.M. Maeijer en Snijders (*Willemsen/NOM*).

volgt uit *Willemsen/NOM* dus dat eventuele aansprakelijkheid van een bestuurder jegens een aandeelhouder dient te worden beschouwd als een vorm van *interne* aansprakelijkheid waarvoor de ernstig verwijt maatstaf en de daaruit voortvloeiende hoge drempel voor aansprakelijkheid bepalend is.

Uit *Willemsen/NOM* volgt dus niet dat een maatschappelijk belang bestaat om de hoge drempel of de manoeuvreerruimte die een bestuurder *intern* heeft, *extern* tegen te werpen aan derden die geen zelfgekozen betrokkenheid bij de vennootschap hebben en die de bestuurder aanspreken op grond van artikel 6:162 BW.⁵⁶ En ook dat is logisch. Een derde is immers niet ex artikel 2:8 BW betrokken bij de vennootschap.⁵⁷ Als een bestuurder persoonlijk een jegens hem geldende zorgvuldigheidsverplichting heeft geschonden (of de bestuurder dat nu 'beroepsmatig', 'bestuursmatig' of in welke hoedanigheid dan ook doet) moet de derde de bestuurder daarop kunnen aanspreken. De manoeuvreerruimte en de beoordelings- en beleidsvrijheid die een bestuurder *intern* heeft bij de uitoefening van zijn taak⁵⁸ staan hier buiten.

Welk maatschappelijk belang ermee wordt gediend dat bestuurders hun handelen niet in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen is tot slot onduidelijk. Voor alle ondernemingsvormen, of dat nu een besloten/naamloze vennootschap, een maatschap, een CV of een VOF betreft, geldt dat er een belang bestaat om handelingen niet in onwenselijke mate door defensieve overwegingen te laten bepalen. Dit geldt ook voor managers, werknemers, niet-ondergeschikten, vertegenwoordigers etc. die bijvoorbeeld bonusafhankelijk werken. Maar dat maakt dit toch geen maatschappelijk belang? Integendeel: de belangen kunnen soms tegengesteld zijn.

7. Twee normen met een eigen toetsingskader: geen samenloop

Artikel 2:9 BW en de daarop gebaseerde ernstig verwijt maatstaf strekken ter bescherming van de belangen van de vennootschap. Normadressant is uitsluitend de bestuurder. De vennootschap (en de aandeelhouder, blijkens *Willemsen/NOM*) is belanghebbende.

Artikel 6:162 BW strekt ter bescherming van eenieder jegens wie een onrechtmatige daad wordt gepleegd. De normadressant kan eenieder zijn: een bestuurder van een vennootschap maar ook andere personen die geen statutair

bestuurder zijn maar bijvoorbeeld een feitelijk beleidsbepaler, een indirect bestuurder of een aandeelhouder.

De norm van artikel 2:9 BW en de norm van artikel 6:162 BW zijn dus verschillend en beogen verschillende belangen te beschermen. Van een samenloop van rechtsregels, zoals bedoeld door Bakels,⁵⁹ is daarom geen sprake, zodat er geen noodzaak bestaat en het zelfs onwenselijk is om te streven naar normatieve convergentie, naar een eenduidig criterium voor interne en 'externe' (bestuurders)aansprakelijkheid.

Van samenloop is bijvoorbeeld wel sprake in het arrest *Nutsbedrijf Westland*⁶⁰ waarin een bestuurder die tevens werknemer is (*intern*) door de *vennootschap* aansprakelijk wordt gesteld op grond van zowel artikel 6:162 BW als artikel 2:9 en 7:661 BW. In dat geval is (terecht) geoordeeld dat artikel 6:162 BW wordt ingekleurd door de zwaardere normen van artikel 2:9 en 7:661 BW. Maar die 'inkleuring' is goed te begrijpen, omdat de aangesproken bestuurder/werknemer in de verhouding tot de vennootschap juist wordt beschermd door die bepalingen en er dus sprake is van samenloop tussen artikel 6:162, 2:9 en 7:661 BW.

Dat geldt echter niet in de verhouding tussen de werknemer/niet-ondergeschikte/vertegenwoordiger en de derde die schade lijdt. Sterker, zoals hiervoor reeds is uiteengezet beschermen artikel 6:170-172 BW deze personen niet tegen directe aanspraken van de derde die de schade heeft geleden maar regelen deze bepalingen uitsluitend dat de derde, naast deze personen, ook de kwalitatief aansprakelijke (rechts)personen kan aanspreken. Dat er in de interne regresverhouding tussen de werknemer/niet-ondergeschikte/vertegenwoordiger enerzijds en de vennootschap anderzijds nog bepaald moet worden op wie in welke mate de draagplicht rust (waarbij opzet en bewuste roekeloosheid een belangrijke rol spelen)⁶¹ maakt dat niet anders.

Aangezien bij aanspraken van een derde jegens de bestuurder dus geen sprake is van samenloop van rechtsregels, dient de ernstig verwijt maatstaf die een uitwerking vormt van artikel 2:9 BW niet ingelezen te worden in artikel 6:162 BW. Er bestaat met andere woorden geen enkele reden om de derde te confronteren met een 'hogere drempel' voor aansprakelijkheid en af te wijken van de regel dat de persoon die de onrechtmatige daad pleegt, zelf aansprakelijk is volgens de 'gewone' (en enige) regels van onrechtmatige daad.

56 Zie ook: S.M. Bartman, 'Anders dan het orakel van Delphi', *Ondernemingsrecht* 2014/17, p. 273. Anders: M. Kroeze in zijn noot bij HR 5 september 2014, *JOR* 2014/296 (*Hezemans Air*) die dit kennelijk een logische of vanzelfsprekende volgende stap vindt op het arrest *Willemsen/NOM*.

57 Net zo min als een toeschouwer bij een voetbalwedstrijd zich in een 'sport en spel'-situatie begeeft.

58 De verwijzing door verschillende schrijvers in dat verband naar de rede van M.J. Kroeze, *Bange Bestuurders*, Deventer: Kluwer 2005 is daarom onterecht.

59 F.B. Bakels, 'Aspecten van samenloop I en II', *WPNR* 2009/6796 en *WPNR* 2009/6797.

60 HR 2 maart 2007, *JOR* 2007/137, m.nt. P.D. Olden en *NJ* 2007/40, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Holding Nutsbedrijf Westland*).

61 A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, in Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, 2011/90 De verbintenis uit de wet, 190, *Fout ondergeschikte* (online bijgevoegd tot 1 december 2010), Deventer: Kluwer (losbladig en online).

8. De ernstig verwijt maatstaf leidt tot een onnodige juridisering en geeft geen duidelijkheid over 'externe' (bestuurders) aansprakelijkheid

De lengte van deze bijdrage die slechts een relatief zeer korte reactie vormt op de talloze annotaties en publicaties die betrekking hebben op 'externe' (bestuurders)aansprakelijkheid laat, meen ik, wel voldoende zien dat sprake is van een onnodige juridisering over dit onderwerp. Want laten we dat vooral niet uit het oog verliezen: artikel 6:162 BW, zijnde een *gewone* onrechtmatige daad, is en blijft de wettelijke grondslag voor 'externe' (bestuurders)aansprakelijkheid zoals dat al ruim 88 jaar het geval is. Toepassing van de ernstig verwijt maatstaf in de casuïstiek van 'externe' (bestuurders)aansprakelijkheid en het streven naar uniforme criteria leidt tot gekunstelde en ingewikkeld geformuleerde rechtsregels (*ongewone* regels van onrechtmatige daad) die geen verduidelijking bieden van de omstandigheden waaronder een bestuurder van een vennootschap persoonlijk jegens een derde aansprakelijk kan zijn.

Omdat het ernstig verwijt begrip met zijn oorsprong in artikel 2:9 BW ondanks al het voorgaande ook voor externe aansprakelijkheid nog immer als uitgangspunt wordt genomen, wordt in de literatuur betoogd dat in alle verschijningsvormen van het ernstig verwijt begrip de bestuurder juridisch telkens in een andere verhouding tot de benadeelde partij staat.⁶² Assink stelt dat het ernstig verwijt begrip context afhankelijk wordt toegepast, langs die lijnen dient te worden ingevuld en dat de ernstig verwijt maatstaf "een relatieve, rechtsverhouding en grondslag gebonden maatstaf met een wisselend profiel [is], met dien verstande dat in iedere context de bestuurlijke toerekenbare tekortkoming van een zekere ernst moet zijn om het predikaat 'ernstig verwijt' te kunnen rechtvaardigen". Hij stelt daarom dat, indien de bestuurder in de ene verhouding een ernstig verwijt gemaakt kan worden (bijvoorbeeld in de verhouding bestuurder/vennootschap, waarbij artikel 2:9 BW of artikel 6:162 BW beoogt de vennootschap te beschermen), daarmee nog niet is gegeven dat die bestuurder ook in de andere verhouding(en) een ernstig verwijt gemaakt kan worden (bijvoorbeeld in de verhouding bestuurder/aandeelhouder en/of bestuurder/crediteur, waarbij artikel 6:162 BW beoogt de derde te beschermen). Maar dat zou omgekeerd natuurlijk precies hetzelfde moeten zijn. Een bestuurder die geen ernstig verwijt ex artikel 2:9 BW treft, kan nog immer persoonlijk op grond van onrechtmatige daad worden aangesproken.⁶³

Overigens stelt Assink ook dat een wezenlijk verdergaande inhoudelijke convergentie van de ernstig verwijt maatstaf in de respectieve contexten waarin het wordt toegepast niet mogelijk is, niet moet worden nagestreefd en dat een

dergelijke convergentie slechts schijn duidelijkheid biedt.⁶⁴ Naar mijn mening leidt het gebruik *zelf* al tot een schijn duidelijkheid, moet in het kader van 'externe' (bestuurders) aansprakelijkheid slechts over het predikaat 'onrechtmatige daad' worden gesproken en moet het predikaat '(voldoende) (persoonlijk) ernstig verwijt' worden losgelaten.

De bestuurder valt *jegens de derde* namelijk persoonlijk een verwijt te maken (van het schenden van een zorgvuldigheidsverplichting/plegen van een onrechtmatige daad) of niet; als het verwijt niet 'persoonlijk' is, is er in het geheel geen verwijt te maken en als er wel persoonlijk een verwijt valt te maken is het niet nodig dat het verwijt 'ernstig' of zelf 'voldoende ernstig' is om tot aansprakelijkheid te komen. Niet meer, niet minder.

Dat het overigens niet nodig is om vast te blijven houden aan de ernstig verwijt maatstaf voor 'externe' (bestuurders) aansprakelijkheid volgt ook uit het gegeven dat er nog meer (wettelijke) gronden bestaan voor aansprakelijkheid van een bestuurder jegens derden waar de ernstig verwijt maatstaf evenmin een rol speelt. Zie bijvoorbeeld artikel 2:138⁶⁵ en 2:139 BW. Kroeze schreef hierover dat juist omdat in artikel 2:139 BW sprake is van quasi-risicoaansprakelijkheid het niet voor de hand ligt om bij aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 2:139 BW automatisch onbehoorlijke taakvervulling van de bestuurders tegenover de vennootschap in de zin van artikel 2:9 BW aan te nemen.⁶⁶ Dit zelfde zou, meen ik, moeten gelden voor aansprakelijkheid op grond van artikel 6:194 BW hetgeen een *lex specialis* is van artikel 6:162 BW. Waarom zou dan wel eerst een ernstig verwijt moeten worden aangenomen alvorens men kan komen tot 'externe' (bestuurders)aansprakelijkheid op grond van de *lex generalis*, artikel 6:162 BW? Deze ernstig verwijt maatstaf en de daaraan gerelateerde 'hoge drempel voor aansprakelijkheid' wordt overigens ook niet toegepast als het gaat om aansprakelijkheid van een feitelijk beleidsbepaler of indirect bestuurder⁶⁷ of zelfs een aandeelhouder⁶⁸ terwijl die aan-

62 B.F. Assink in Compendium voor het Ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2013, blz. 1131.

63 Vgl. J.S. Kortmann in 'De bewuste wetsovertreding; geen onbehoorlijk bestuur?', *Ondernemingsrecht* 2013/84, p. 433.

64 B.F. Assink in Compendium voor het Ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2013, blz. 1129 t/m 1133. Hij stelt verder dat de kwalificatie 'voldoende' zelfstandige betekenis mist en dat de kwalificatie 'persoonlijk' duidelijk maakt dat bij artikel 6:162 BW géén collectieve aansprakelijkheid bestaat.

65 Zie o.a. HR 8 juni 2001, *NJ* 2001/454 (*Gilhuis q.q./Hamelinck*) en HR 18 maart 2011, *JOR* 2011/144 (*D Group Europe/Schreurs q.q.*) onder verwijzing naar HR 7 juni 1996, *NJ* 1996/695 (*Ontvanger/Van Zoelingen*). Zie ook B.F. Assink in Compendium voor het Ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2013, blz. 1125.

66 M.J. Kroeze, *Bange Bestuurders*, Deventer: Kluwer 2005, blz. 20.

67 Zie o.a. HR 14 november 1997, *NJ* 1998/270 (*Henkel Nederland/JMG Promotie Holding*); HR 17 juni 2005, *JOR* 2005/234 (*De Berghorst/ Maas*); HR 23 mei 2014, *JOR* 2014/229, m.nt. J. Van Bekkum (*Kok/Maas q.q.*); Hof Leeuwarden 21 april 2009, *JIN* 2009/487 (*SL Holten Products Nederland/Bon Appetit*); Rb. Amsterdam 18 november 2009, *JOR* 2011/248 (*Maatschappij Wilhelmina/Paap*); Hof Amsterdam 3 juli 2012, *JOR* 2012/283 (*Van den Boogert-Schreurs/Wanders Coating*).

68 Zie bijvoorbeeld HR 25 september 1981, *NJ* 1982/443, m.nt. J.M.M. Maeijer (*OSBY/LVM*); HR 9 mei 1986, *NJ* 1986/792, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Keulen/BLG*); HR 19 februari 1988, *NJ* 1988/487, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Alberda/Jelgersma*); HR 12 juni 1998, *NJ* 1998/727, m.nt. P. van Schilfgarde (*Coral Stalt*); HR 8 november 1991, *NJ* 1992/174, m.nt. Ma (*Nimox/Van den End*); HR 21 december 2001, *JOR* 2002/38, m.nt. NEDF en S.M. Bartman (*Sobi/Hurks*) en HR 11 september 2009, *NJ* 2009/565, m.nt. H.J. Snijders en P. van Schilfgarde (*Comsystems/Van den End q.q.*).

sprakelijkheid eveneens is gebaseerd op een toepassing van de Beklamel-norm en de Nakomingsfrustratie-norm.

9. **De toepassing van de ernstig verwijt maatstaf leidt tot onnodige belasting van de rechterlijke macht en tot onbegrijpelijke rechtspraak**

Dat sprake is van onduidelijkheid in de rechtspraak blijkt wel uit al het voorgaande. Maar waarom moet in *Spaanse Villa* of in *Hezemans Air* nu tot de Hoge Raad worden doorgeprocedeerd? Is het zo ingewikkeld om vast te stellen dat een persoon onzorgvuldig handelt als hij persoonlijk en tegen beter weten in een echtpaar adviseert om met pensioengelden op vooruitbetaling in Spanje een villa te kopen terwijl hij weet dat deze villa afgebroken wordt nog voordat deze is afgebouwd (*Spaanse Villa*)? Is het zo ingewikkeld om vast te stellen dat een bestuurder aansprakelijk is als hij persoonlijk gebruikmaakt van een door een verkoper aan zijn vennootschap gegeven volmacht waarbij de verkoper hem heeft geïnstrueerd om de koper te instrueren de koopprijs rechtstreeks aan verkoper te betalen terwijl die bestuurder dat niet doet en de koopprijs vervolgens wegsluit via de vennootschap waarvan hij bestuurder is (*Hezemans Air*)? Dat lijkt mij niet. Toch moest tot de Hoge Raad geprocedeerd worden om tot deze conclusie te komen (rechtbank, hof en Advocaat-Generaal concludeerden dat geen sprake was van persoonlijke aansprakelijkheid).

Dat de rechterlijke macht onnodig wordt belast blijkt ook uit het arrest van de Hoge Raad van 10 oktober 2014 (*Pommé*).⁶⁹ In deze zaak had het hof vastgesteld dat de bestuurder doelbewust had “*samengespannen*” om vermogen aan het zicht van crediteuren te onttrekken en werd geoordeeld dat de bestuurder onrechtmatig had gehandeld. Het hof had echter nagelaten te overwegen dat de bestuurder een ernstig verwijt trof. De Hoge Raad stelde in cassatie alsnog vast dat dit “*samenspannen*” geen andere conclusie toelaat dan dat de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt trof en kwam vanzelfsprekend tot dezelfde conclusie als het hof. Maar die conclusie had toch gewoon gebaseerd kunnen zijn op de eenvoudige vaststelling dat dergelijke gedragingen een onrechtmatige daad van de bestuurder zelf vormen? Daar is geen ernstig verwijt maatstaf voor nodig. In de zaak *Kok/Maas q.q.* gebeurde in feite hetzelfde.⁷⁰

Nog belangrijker is echter dat de ernstig verwijt maatstaf leidt tot onbegrijpelijke rechtspraak, zo blijkt uit het door de Hoge Raad gewezen arrest van 5 september 2014 (*RCI/Kastrop*).⁷¹ In deze zaak had een bestuurder een financier voorgehouden dat deze een recht van eerste pand had verkregen, terwijl dat niet zo was en aangenomen mocht worden dat de bestuurder dat wist. Toen de vennootschap

failliet ging, bleek het pandrecht waardeloos. De Hoge Raad overwoog echter dat de bestuurder niet onrechtmatig had gehandeld omdat de schade op het moment van verstrekken van het pandrecht niet voorzienbaar was. De Hoge Raad kwam tot dit oordeel door eerst de hoge drempel voor aansprakelijkheid, ten onrechte ontleend aan *Willemsen/NOM*, te benadrukken en door vervolgens te toetsten of het handelen van de bestuurder is aan te merken als een schending van één van de twee in *Ontvanger/Roelofs* omschreven (doch eerder geconcretiseerde) normen over ‘externe’ (bestuurders)aansprakelijkheid (namelijk de Beklamel-norm).

De uitspraak is onbegrijpelijk als men in ogenschouw neemt dat het pandrecht de financier juist diende te beschermen voor schade die niet voorzienbaar was (dat is het hele idee van een pandrecht) en dat de bestuurder de financier daarover een “*geheel scheeve voorstelling*”⁷² van zaken had gegeven. Door strikt vast te houden aan de jurisprudentie uit 2006 waarin de ernstig verwijt maatstaf is ontwikkeld, alsof die jurisprudentie allesbepalend is, miskent de Hoge Raad dat hij gewoon artikel 6:162 BW moet toepassen. Zo is ook de Beklamel-norm ontstaan: door toepassing van artikel 6:162 BW op de concrete omstandigheden van het geval. Als de Hoge Raad dat had gedaan, dan is aannemelijk dat de uitkomst zou zijn geweest dat de bestuurder maatschappelijk onbetamelijk had gehandeld (iemand misleiden over de rangorde van een zekerheidsrecht kan nota bene een strafbaar feit opleveren).⁷³

10. **Conclusie**

De ernstig verwijt maatstaf is in het leerstuk van ‘externe’ (bestuurders)aansprakelijkheid in 2006 door de Hoge Raad geïntroduceerd door een onjuiste interpretatie van de door de Hoge Raad in de jaren 1997-2006 gehanteerde terminologie, mogelijk in een streven naar een uniforme maatstaf. De totstandkoming van de maatstaf lijkt echter eerder ‘toevallig’ dan doordacht. Desondanks is voornoemde rechtsregel een eigen leven gaan leiden en heeft deze in het vennootschapsrecht een vrijwel ‘heilige’ status gekregen die niet goed wordt onderbouwd met als gevolg dat uit oog is verloren dat ‘externe’ (bestuurders)aansprakelijkheid een gewone onrechtmatige daad is. De jurisprudentie van de Hoge Raad is breed en veelal kritiekloos overgenomen en er bestaat weinig (openlijke) discussie over de regel dat sprake zou moeten zijn van een ernstig verwijt (ex artikel 2:9 BW) om tot ‘externe’ (bestuurders)aansprakelijkheid te komen. Zoals Bartman zegt in zijn commentaar op *Hezemans Air*, “*het betreft weliswaar ons hoogste rechtscollege, maar tenslotte blijft het mensenwerk*”.⁷⁴

69 HR 10 oktober 2014, *JOR* 2014/297, r.o. 4.5.3 en 4.5.4 (*Pommé*).
 70 HR 23 mei 2014, *JOR* 2014/229, m.nt. J. Van Bekkum, r.o. 3.3.6 (*Kok/Maas q.q.*).
 71 HR 5 september 2014, *JOR* 2014/325, m.nt. Kortmann, r.o. 4.2-4.4 (*RCI/Kastrop*).

72 Vgl. HR 25 november 1927, *NJ* 1928/364, m.nt. Scholten (*Kretschmar/Mendes de Leon*).
 73 Zie ook *MvA II*, Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 749 en de verwijzing naar artikel 326 Sr (oplichting). Zie ook J.H.L. Beckers, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid en het vestigen van een ‘tweederangs’ pandrecht’, *Bb* 2015/6.
 74 S.M. Bartman, ‘Anders dan het orakel van Delphi’, *Ondernemingsrecht* 2014/17, p. 273.

Ik pleit dan ook voor een herbezinning die ertoe leidt dat meer concrete omstandigheden/normen worden omschreven/vastgesteld die relevant kunnen zijn bij de vraag wanneer een bestuurder aansprakelijk is jegens een derde die in beginsel alleen maar handelt dan wel in een relatie staat met de door die bestuurder vertegenwoordigde vennootschap.⁷⁵ Verstijlen stelt mijns inziens – overigens om andere redenen – dan ook terecht dat het vanuit het oogpunt van de rechtsontwikkeling is te prefereren de discussie te laten verlopen langs de lijn van de voor de bestuurder in de relatie tot (onder meer) wederpartijen van de vennootschap te stellen normen. Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om daar nu verder op in te gaan maar een goed aanknopingspunt kan – naast de Beklamel-norm en de Nakomingsfrustratie-norm – zijn het leerstuk van (financiële) gevaarstelling omdat een bestuurder nu eenmaal geacht wordt over een bepaalde geobjectiveerde wetenschap te beschikken.⁷⁶ Een beginpunt is in ieder geval het loslaten van de ernstig verwijt maatstaf.

75 Ook Verstijlen lijkt daarvoor te pleiten in F. Verstijlen, 'Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid', *NJB* 2013/551.

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