

29 Vrijtekening

W.A. Westenbroek, datum 01-06-2017

Datum	01-06-2017
Auteur	W.A. Westenbroek
Vakgebied(en)	Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht Ondernemingsrecht / Algemeen

29.1 Inleiding 29.2 De rechtsfiguur van vrijtekening 29.3 De ontoelaatbaarheid van vrijtekening 29.4 De gestelde (wenselijkheid van) toelaatbaarheid van vrijtekening 29.5 Bestuurders hoeven niet bang te zijn en kunnen ondernemen

De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders' (IVOR nr. 104) 2017/29.1

29.1 Inleiding

W.A. Westenbroek, datum 01-06-2017

Datum	01-06-2017
Auteur	W.A. Westenbroek
Vakgebied(en)	Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht Ondernemingsrecht / Algemeen

In de leerstukken over interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid hebben de '*Bange Bestuurders*' van Maarten een nauwelijks te overschatten rol gespeeld. Maarten vroeg zich af wat er zou gebeuren als normering van gedrag van bestuurders zou ontbreken. Hij citeerde Johann Gottfried Seume, een Duitse schrijver uit de achttiende eeuw: '*Wie niets vreest, kan gemakkelijk een schurk worden*' (...) '*Maar wie te veel vreest, wordt zeker een slaaf*'.^[1] In de doctrine en rechtspraak heeft met name de tweede volzin van dit citaat veel betekenis gehad: een bestuurder moet niet bang zijn om te ondernemen en daarom moet de zogenaamde 'ernstig verwijt'-maatstaf een hoge drempel vormen voor de aansprakelijkheid van de bestuurder.^[2] In deze bijdrage, waarin ik inga op de (on)toelaatbaarheid van vrijtekening (exoneratie) van bestuurders voor interne bestuurdersaansprakelijkheid, staat het eerste deel van het citaat echter centraal: '*Wie niets vreest, kan gemakkelijk een schurk worden*'.

Voetnoten

[\[1\]](#)

Kroeze, *Bange Bestuurders* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005, p. 1 en 4.

[\[2\]](#)

De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders' (IVOR nr. 104) 2017/29.2

29.2 De rechtsfiguur van vrijtekening

W.A. Westenbroek, datum 01-06-2017

Datum	01-06-2017
Auteur	W.A. Westenbroek
Vakgebied(en)	Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht Ondernemingsrecht / Algemeen

Met vrijtekening wordt – kort gezegd – bedoeld op de figuur waarin de bestuurder en de rechtspersoon overeenkomen dat de rechtspersoon niet of beperkt gerechtigd is vergoeding te vorderen van vermogensschade die zij eventueel lijdt als gevolg van onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:9 BW van de bestuurder.^[1] Het gaat hier om interne aansprakelijkheid.^[2] De rechtsfiguur laat zich in spiegelbeeld vergelijken met kwijting *achteraf* (ontslag van aansprakelijkheid)^[3] in zoverre dat vrijtekening een contractuele kwijting *vooraf* is voor schade die nog niet is ingetreden op grond van feiten die nog niet bekend zijn. Er bestaat geen rechtspraak waaruit blijkt of de hiervoor bedoelde vrijtekening toelaatbaar is. Daardoor is onzeker of vrijtekening de bestuurder daadwerkelijk beschermt.^[4]

Voetnoten

[1]

Assink en Verbrugh, in Bier, van Olffen & Snijder-Kuipers (red.), *Hno deel 1 – BV en NV* (VDHI nr. 132) 2016/3.3.5.

[2]

Hieronder valt ook aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW jegens de rechtspersoon voor gedragingen in functie aangezien art. 6:162 BW dan wordt ingekleurd door de norm van art. 2:9 BW. Zie HR 2 maart 2007, NJ 2007/240 m.nt. Maeijer en JOR 2007/137 m.nt. Olden (*Holding Nutsbedrijf Westland*).

[3]

Assink | Slagter, *Compendium voor het Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1168.

[4]

Hendrikse & Van den Heuvel, 'Bescherming tegen bestuurdersaansprakelijkheid in tijden van crisis', *TOP* 2009/4, p. 129-130.

De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders' (IVOR nr. 104) 2017/29.3

29.3 De ontoelaatbaarheid van vrijtekening

W.A. Westenbroek, datum 01-06-2017

Datum	01-06-2017
-------	------------

Auteur	W.A. Westenbroek
Vakgebied(en)	Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht Ondernemingsrecht / Algemeen

Volgens de heersende opvatting in de literatuur is vrijtekening niet toelaatbaar omdat de bestuurder op grond van art. 2:9 BW een maatschappelijke mede door het rechtspersonenrecht bepaalde positie heeft waarbij hij een 'trusteefunctie', een bewakers- of bewaarnemersrol, vervult ten opzichte van de hem toevertrouwde, bij de rechtspersoon betrokken belangen.^[1] Vrijtekening zou in strijd zijn met het dwingendrechtelijk karakter van art. 2:9 BW en daarom nietig en/of vernietigbaar ex art. 3:40 BW, althans de bestuurder zou op grond van de redelijkheid en billijkheid geen beroep erop kunnen doen.^[2] Wel toelaatbaar wordt geacht een vrijtekening voor kosten van verdediging tegen interne aansprakelijkheid voor zover die kosten door de bestuurder worden terugbetaald indien achteraf in rechte wordt vastgesteld dat de bestuurder aansprakelijk is.^[3] In de literatuur wordt niet veel meer hierover opgemerkt. Een reden daarvoor zou kunnen zijn dat het dwingendrechtelijk karakter van art. 2:9 BW jo. art. 2:25 BW dusdanig vanzelfsprekend is dat een verdere onderbouwing niet nodig is.

Voetnoten

[1]

Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/482.

[2]

Glasz, Beckman en Bos, *Bestuur en Toezicht. Taken Verantwoordelijkheden Aansprakelijkheden van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Kluwer 1994, p. 362; De Nijs Bik, Vrijwaring van bestuurders en commissarissen, *TVVS* 1998, afl. 16; Asser/Maeijer 2-III 2000/321; Asser/Hartkamp 4-I 2000/345; Wezeman & Dolphijn, 'Vrijwaring van bestuurders en commissarissen', *O&F* 2003, p. 44; Potjewijd, 'Vrijwaring voor bestuurders en commissarissen', *Ondernemingsrecht* 2003/16; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/482; W.J.M. van Veen, *Boek 2 BW, statuten en aandeelhoudersovereenkomsten – stand van zaken en blik vooruit*, Deventer: Kluwer 2011, p. 19; Dortmund, *Van der Heijden Handboek NV/BV* 2013/257; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/199; Huizink, *GS Rechtspersonen*, art. 2:9 BW aant. 22.8 (online bijgewerkt tot 1 september 2016).

[3]

De Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2006, p. 36; Van Schilfgaarde, Winter en Wezeman, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2013, p. 183.

De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders' (IVOR nr. 104) 2017/29.4

29.4 De gestelde (wenselijkheid van) toelaatbaarheid van vrijtekening

W.A. Westenbroek, datum 01-06-2017

Datum	01-06-2017
Auteur	W.A. Westenbroek
Vakgebied(en)	Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht Ondernemingsrecht / Algemeen

Een minderheid in de literatuur vindt dat vrijtekening *wel* toelaatbaar is althans zou moeten zijn. Naar mijn mening vormen de in deze literatuur naar voren gebrachte argumenten geen aanleiding om het heersende standpunt te verlaten. Ik zal dat hieronder toelichten.

29.4.1 Rechtsverhouding naar eigen dwingendrechtelijke aard
29.4.2 Geen marge tussen ernstig verwijt en opzet of bewuste roekeloosheid
29.4.3 Dwingendrechtelijke beslissingsregel in het belang van openbare orde
29.4.4 De mogelijkheid van decharge en dekking via verzekering doet niet af aan dwingend recht

De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders' (IVOR nr. 104) 2017/29.4.1

29.4.1 Rechtsverhouding naar eigen dwingendrechtelijke aard

W.A. Westenbroek, datum 01-06-2017

Datum	01-06-2017
Auteur	W.A. Westenbroek
Vakgebied(en)	Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht Ondernemingsrecht / Algemeen

Eind jaren tachtig en begin jaren negentig benaderden Van Schilfgaarde en Blanco Fernández de aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW – naar analogie met de relatie tussen een werknemer en de werkgever – vanuit de gedachte dat sprake is van een tekortkoming in een *contractuele* inspanningsverbintenis van de bestuurder om zijn taak naar behoren te vervullen. Gelet op deze contractuele relatie zou het mogelijk zijn vrijtekening voor aansprakelijkheid overeen te komen.^[1]

De rechtsverhouding tussen de bestuurder en de rechtspersoon is primair echter niet van *contractuele* maar van *wettelijke* aard en wordt geregeld door art. 2:9 BW. Dat is volgens art. 2:25 BW dwingend recht. De aansprakelijkheid van een bestuurder als gevolg van die rechtsverhouding dient blijkens de wetsgeschiedenis te worden getoetst aan de hand van een objectieve maatstaf door een vergelijking te maken met hoe een gemiddeld redelijk denkend bekwaam bestuurder, onder dezelfde omstandigheden zou hebben gehandeld.^[2] Daarbij geldt dat de bestuurder dient in te staan voor zijn kwaliteiten als zodanig en voor zijn bekwaamheid de bestuurstaken uit te oefenen.^[3] Dit geldt dwingendrechtelijk zowel voor de wijze waarop de bestuurder zijn taak '*inhoudelijk*' vervult als hoe hij zijn taak '*collegiaal*' vervult.^[4] Deze collegiale taakvervulling vloeit voort uit het collegialiteitsbeginsel dat zo fundamenteel is^[5] dat ieder van de bestuurders in beginsel hoofdelijk aansprakelijk is voor de onbehoorlijke taakvervulling van één der bestuurders behoudens disculpatie.^[6] Dit komt ook terug in de systematiek van art. 2:9 BW op grond waarvan eerst dient te worden vastgesteld of sprake is van onbehoorlijke taakvervulling van een of meer bestuurders en daarna of een individuele bestuurder zich kan disculperen. Disculpatie voor aansprakelijkheid is in dit wettelijk systeem overigens eerder uitzondering dan regel. Disculpatiegronden zijn bijvoorbeeld dat een bestuurder op basis van de voor hem geldende objectieve maatstaf mocht afgaan op de juistheid van informatie verkregen van zijn medebestuurders^[7] of dat hij door zijn medebestuurders is belet een behoorlijk bestuur te voeren.^[8] Dit alles is gebaseerd op een *wettelijke* rechtsverhouding naar geheel eigen aard en niet op een *contractuele* rechtsverhouding waarin partijen contractsvrijheid hebben.

Voetnoten

[1]

Van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen*, IVO-reeks nr. 3, Deventer: Kluwer 1986, p. 17 en 76; Blanco Fernández, *De Raad van Commissarissen bij de NV en BV*, IVO-reeks nr. 19, 1993, p. 177.

[2]

Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 9, p. 2; [Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3](#), p. 9.

[3]

Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 19.

[4]

Zie over deze begrippen Westenbroek 2016 (zie noot 2). Zie voorts: *Kamerstukken I 2010/ 11, 31 763, nr. c, p. 15-16*.

[5]

Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 3-4, 19 en 36; [Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3](#), p. 8; [Kamerstukken I 2010/11, 31 763, nr. c](#), p. 5.

[6]

Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders*, IVO-reeks nr. 29, Deventer: Kluwer 1998, p. 70; *Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009/446.

[7]

Mussche, *Vertrouwen op informatie bij bestuurlijke taakvervulling*, IVO-reeks nr. 83, Deventer: Kluwer 2011, p. 41 en Hof Amsterdam, 21 september 2010, *JOR* 2011/40m.nt. Wezeman (*Stichting Freule Lauta van Aysma*), rov. 4.31 en 4.32.

[8]

Vgl. [Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6](#), p. 19 en Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid*, IVO-reeks nr. 73, Deventer: Kluwer 2010, p. 307.

De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders' (IVOR nr. 104) 2017/29.4.2

29.4.2 Geen marge tussen ernstig verwijt en opzet of bewuste roekeloosheid

W.A. Westenbroek, datum 01-06-2017

Datum	01-06-2017
Auteur	W.A. Westenbroek
Vakgebied(en)	Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht Ondernemingsrecht / Algemeen

Met de hiervoor in de literatuur gemaakte analogie tussen de werknemer en de bestuurder is in 1987 betoogd dat het door de Hoge Raad in het *Debrot*-arrest^[1] vastgestelde 'ernstig verwijt-criterium' voor aansprakelijkheid van een werknemer ten opzichte van de werkgever ook gold voor de bestuurder. In het arrest *Staleman/Van de Ven*^[2] uit 1997 is dat standpunt overgenomen. Deze rechtsontwikkeling heeft in de literatuur over vrijtekening geleid tot de gedachte dat een marge bestaat tussen enerzijds een 'ernstig verwijt' als bedoeld in *Staleman/Van de Ven* en anderzijds 'opzet en bewuste roekeloosheid'. Ernstig verwijtbaar gedrag zou niet perse kwade trouw of malafide hoeven te zijn.

Daarom zou vrijtekening voor schuld die valt in de bedoelde marge mogelijk moeten zijn omdat zulks niet in strijd is met de openbare orde of de goede zede als bedoeld in artikel 3:40 lid 1 BW.^[3]

Het lijkt erop dat deze analyse is gebaseerd op het gegeven dat in civielrechtelijke context exoneration buiten opzet en bewuste roekeloosheid niet strijdig wordt geacht met de goede zeden ex art. 3:40 BW.^[4] Hoewel de analyse gelet op de voornoemde rechtsontwikkeling te begrijpen is, is deze naar mijn mening

niet juist. Die rechtsontwikkeling, waarvan ik eerder heb uiteengezet dat die rechtstheoretisch niet te rechtvaardigen is zodat de 'ernstig verwijt'-maatstaf dient te worden losgelaten,^[5] heeft namelijk geleid tot het idee dat een bepaalde mate van 'schuld' ('ernstig verwijt') in de civielrechtelijke context vereist is voor aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW. De hiervoor in par. 4.1 weergegeven toets die in het kader van art. 2:9 BW dient te worden gehanteerd laat echter zien dat een schuldgradatie (kwade of goede trouw) bij aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW geen rol speelt. Uitsluitend is relevant of de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en of hij zich kan disculperen.^[6] Het feit dat 'ernstig verwijtbaar gedrag' niet perse opzet of bewuste roekeloosheid dan wel kwade trouw of malafide gedrag inhoudt, betekent daarom niet dat een marge bestaat tussen beide,^[7] laat staan dat vrijtekening voor aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW niet strijdig zou zijn met artikel 3:40 BW.

Voetnoten

[1]

HR 4 februari 1983, *NJ* 1983/543 m.nt. Stein (*Debrof*).

[2]

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

[3]

Assink en Olden, 'Over bestuurdersaansprakelijkheid – De reikwijdte van de maatstaf 'ernstig verwijt', vrijtekening en vrijwaring nader bezien', *Ondernemingsrecht* 2005, afl. 1, p. 13 e.v.; Assink, 'Samenwerking in het Bestuur', in: Timmerman e.a. (red.), *Samenwerken in het ondernemingsrecht*, IVO-reeks nr. 80, Deventer: Kluwer 2011, par. 23 t/m 32; Assink en Slagter, *Compendium voor het Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1170; Orsel, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen: ruimere exoneration en vrijwaring mogelijk', *WPNR* 2006/6650, p. 38 en 39.

[4]

Hendrikse & Van den Heuvel 2009, p. 129 (zie noot 6); Orsel 2006, p. 34-41 (zie noot 20).

[5]

Westenbroek 2016 (zie noot 2).

[6]

Glasz, Beckman & Bos 1994, p. 113 (zie noot 8); Glasz, *Enige Beschouwingen over zinvol commissariaat*, Deventer: Kluwer 1995, p. 48.

[7]

Het zijn verschillende grootheden terwijl de wetgever bij artt. 6:170 BW, 7:658 BW en 7:661 BW opmerkte dat de termen 'ernstig verwijt' en 'opzet of bewuste roekeloosheid' niet verschillen. Zie *Kamerstukken II* 1987/88, 17 896, nr. 8, p. 27-28.

De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders' (IVOR nr. 104) 2017/29.4.3

29.4.3 Dwingendrechtelijke beslissingsregel in het belang van openbare orde

W.A. Westenbroek, datum 01-06-2017

Datum	01-06-2017
Auteur	W.A. Westenbroek
Vakgebied(en)	Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht Ondernemingsrecht / Algemeen

In de literatuur is gesteld dat art. 2:9 BW slechts een dwingendrechtelijke *gedragsnorm* zou bevatten welke intact blijft bij vrijtekening terwijl de rechtspersoon afstand zou mogen doen van haar recht schadevergoeding te vorderen op grond van art. 2:9 BW.^[1] Een gedragsnorm zonder sanctie heeft naar mijn mening echter weinig functie. Bovendien heeft de wetgever aan de gedragsnorm een dwingendrechtelijke beslissingsregel^[2] gekoppeld, namelijk dat bij schending van die gedragsnorm aansprakelijkheid ontstaat. Die dwingendrechtelijke aansprakelijkheid is naar mijn mening een kwestie van openbare orde. Daartoe geldt het volgende.

In het belang van het maatschappelijk (economisch) verkeer hebben wij het wenselijk geacht dat individuele rechtssubjecten georganiseerd en gezamenlijk doch niet voor eigen rekening en risico daaraan kunnen deelnemen. Om dat te realiseren heeft de wetgever onder meer de rechtsvorm 'rechtspersoon' gecreëerd en erkend. De rechtspersoon is eigenlijk een juridische kunstgreep, een uitvinding van juristen. De rechtspersoon kan dan ook niet 'echt' handelen zonder tussenkomst van natuurlijke personen.^[3] Het accepteren van de abstracte vorm van de rechtspersoon brengt daarom noodzakelijkerwijs met zich dat de rechten, bevoegdheden en verplichtingen van de betrokkenen bij de rechtspersoon zijn gereguleerd. Dat is gebeurd in het systeem van Boek 2 BW. Hiermee heeft de wetgever door middel van dwingendrechtelijke bepalingen een systeem van *checks and balances* gecreëerd dat onder meer dient ter borging van de belangen betrokken bij de rechtspersoon. In de literatuur wordt in dit verband gesproken over de waarborgfunctie van het dwingendrechtelijk vennootschapsrecht.^[4]

Hoewel dat inmiddels zo vanzelfsprekend is dat men snel eraan voorbij zou kunnen gaan, ligt een van voormelde belangen in de functie van rechtspersoonlijkheid zelf: met de rechtspersoon kunnen individuele rechtssubjecten in georganiseerd verband deelnemen aan het maatschappelijk verkeer en kunnen andere deelnemers van het maatschappelijk verkeer met het georganiseerd verband handelen. Dit is in het belang van het maatschappelijk verkeer^[5] welk belang wordt gewaarborgd door voormeld systeem van *checks and balances*. Derden en investeerders durven met de rechtspersoon te handelen onder meer *omdat* de betrokkenen daarbij aan bepaalde dwingendrechtelijke verplichtingen zijn gehouden zoals de verplichting van bestuurders hun taak inhoudelijk en collegiaal behoorlijk te vervullen. Dat de rechtspersoon een volwaardige plaats in het maatschappelijk verkeer heeft, die zelfs wettelijk is verankerd (zie art. 2:5 BW), hangt daarom onlosmakelijk samen met het dwingendrechtelijk karakter van bepalingen in Boek 2 die gedrags- en taaknormerende voorschriften bevatten voor de betrokkenen bij de rechtspersoon.^[6] Art. 2:9 BW is bij uitstek een dergelijke bepaling omdat de bestuurder bij dit alles een centrale 'bewakers- of bewaarnemersrol' speelt. Zouden derden niet kunnen vertrouwen op deze gedrags- en taaknormerende voorschriften met daaraan gekoppelde sancties, althans zou afwijking daarvan mogelijk zijn, dan ontstaat het risico dat derden niet meer willen handelen met de rechtspersoon en verliest de rechtspersoon zijn voormelde functie. Het leidt tot het gevaar dat de rechtspersoon haar verworven plaats in het maatschappelijk verkeer verliest omdat het systeem van belangenbescherming te veel wordt verstoord.^[7] Derden kennen ook het spreekwoord '*Wie niets vreest, kan gemakkelijk een schurk worden*'. De normatieve en maatschappelijke werking die uitgaat van art. 2:9 BW is dan ook van zodanige betekenis voor de verhouding tussen de rechtspersoon, de bestuurder en het maatschappelijk verkeer dat de bestuurder zijn aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon niet bij voorbaat kan uitsluiten.^[8] Dat is niet alleen in het belang van de rechtspersoon, maar gelet op de ratio van rechtspersoonlijkheid ook in het belang van het maatschappelijk verkeer. Dat is dus een kwestie van openbare orde. Daarom is sprake van dwingend recht ex art. 2:25 BW.^[9] Afstand doen van het recht op schadevergoeding is daarmee niet te verenigen.^[10] Vrijtekening tegen aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW (jo art. 2:138/248 lid 8 BW)^[11] levert daarom zowel strijd op met art.

Voetnoten

[1]

Assink 2011 par. 26 en Assink & Slagter 2013, p. 1168 e.v. (zie noot 20). Voor een duidelijker gemaakt onderscheid tussen gedragsnormen en toetsingsregels zie: Timmerman, *Toetsing van ondernemingsbeleid door de rechter*, Amsterdam: KNAW 2004, p. 8-12.

[2]

Drion, 'Functies van rechtsregels in het privaatrecht' in: Polak e.a. (red.), *Speculum Langemeijer, 31 Rechtsgeleerden opstellen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973, p. 57-58 geeft een goed voorbeeld van een dergelijke beslissingsregel in de Wegenverkeerswet.

[3]

Timmerman 2004, p. 10 (zie noot 25).

[4]

Van Veen 2011, p. 21 (zie noot 8); Timmerman, 'Waarom hebben wij dwingend vennootschapsrecht?', in: Timmerman e.a. (red.), *Ondernemingsrechtelijke contracten*, IVO-reeks nr. 14, Deventer: Kluwer 1991, p. 8.

[5]

Op 27 oktober 2016 stonden ca. 1 miljoen rechtspersonen ingeschreven in het handelsregister op een totaal van ca. 1.7 miljoen inschrijvingen.

[6]

Van Veen 2011, p. 19 (zie noot 8).

[7]

Van Veen 2011, p. 19 en 21 (zie noot 8); Meinema, *Dwingend recht voor de besloten vennootschap*, IVO-reeks nr. 43, Deventer: Kluwer 2003, p. 53-54 in het kader van het verstoren van de rechten van aandeelhouders.

[8]

Potjewijd 2003 (zie noot 8).

[9]

De Kluiver en Meinema, 'Dwingend vennootschapsrecht na de Wet herziening preventief toezicht en de mogelijkheden van statutaire of contractuele afwijking en aanvulling', *WPNR* 2002/6503, p. 650; Timmerman 1991, p. 8 (zie noot 28).

[10]

Zou dat wel zo zijn dan zou met dezelfde redenering art. 7:658 lid 1 en lid 2 BW kunnen worden omzeild hetgeen mij evenmin mogelijk lijkt.

[11]

Ook een decharge kan op grond van art. 2:138/248 lid 6 BW niet aan de curator worden tegengeworpen.

De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders' (IVOR nr. 104) 2017/29.4.4

29.4.4 De mogelijkheid van decharge en dekking via verzekering doet niet af aan dwingend recht

W.A. Westenbroek, datum 01-06-2017

Datum	01-06-2017
Auteur	W.A. Westenbroek
Vakgebied(en)	Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht

Betoogd kan worden dat niet is in te zien waarom een rechtspersoon wel achteraf, nadat aansprakelijkheid is ontstaan, afstand kan doen van recht de bestuurder aan te spreken door het verlenen van decharge terwijl dat niet vooraf kan via een geclausuleerde vrijtekening.^[1] Daarnaast sluit ook een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering in de regel slechts opzettelijk toegebrachte schade van dekking uit hetgeen ook toelaatbaar is. Waarom zou een vrijtekening dan niet net zo ver mogen gaan?^[2] Toch vormen dit naar mijn mening geen valide argumenten. Decharge geschiedt namelijk op basis van informatie die aan de aandeelhoudersvergadering bekend is gemaakt opdat de aandeelhouders op dat moment in beginsel naar believen kunnen gebruikmaken van hun stemrecht. De wetgever heeft de aandeelhouders daarmee een controlerende rol en een discretionaire bevoegdheid gegeven. Via vrijtekening wordt hen die rol en die bevoegdheid de facto ontnomen hetgeen bovendien onwenselijk is gelet op het casuïstisch karakter van bestuurdersaansprakelijkheid. Aandeelhouders kunnen op het moment van verlenen van decharge voorts ook andere omstandigheden in hun beslissing laten meewegen en bijvoorbeeld voorwaarden stellen aan de decharge zoals dat de bestuurder vrijwillig aftreedt, afstand doet van een vertrekregeling of geen rechtsmaatregelen treft. Bij een vrijtekening vooraf is dit allemaal niet mogelijk. Een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering is daarnaast niet alleen in het belang van de bestuurder maar ook in het belang van de *rechtspersoon*. Dat belang hangt samen met de aard van een *aansprakelijkheidsverzekering* (anders dan een *schadeverzekering*) waarvan een eventuele uitkering aan de verzekerde volledig afhankelijk is van de aanspraken van derden. Die derden kunnen soms zelfs rechtstreeks de verzekeraar aanspreken (zie art. 7:954 BW en art. 6 WAM). Bij de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering bestaat het belang van de rechtspersoon erin dat de rechtspersoon verhaal vindt voor de schade veroorzaakt door de bestuurder tot het bedrag van de dekking. De rechtspersoon kan ook beslag leggen op (toekomstige) uitkeringen aan de bestuurder. Daarnaast blijft voor het bedrag buiten de dekking nog immer verhaal bij de bestuurder bestaan. Bij een vrijtekening blijft door de bestuurder (buiten opzet en bewuste roekeloosheid) veroorzaakte schade echter per definitie voor rekening van de rechtspersoon. Daarmee verschilt een verzekering fundamenteel met een vrijtekening. Dat verzekeringsdekking tot een bepaalde schuldgraad is toegestaan betekent voorts niet dat vrijtekening tot die dekking ook zou moeten worden toegestaan. Dat geldt niet alleen voor bestuurders maar ook voor andere personen die in een bepaalde hoedanigheid optreden in het maatschappelijk verkeer (Vgl. art. 7:463 BW voor de arts of de beroepsregels voor advocaten).^[3]

Voetnoten

[1]

Assink 2011, par. 26 en Assink | Slagter 2013, p. 1168 e.v. (zie noot 20).

[2]

Assink & Verbrugh 2016, noot 16 (zie noot 3).

[3]

Vgl. Wuisman, *Nederlands personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid: wenselijk?*, IVO-reeks nr. 81, Deventer: Kluwer 2011, par. 6.5.13.

De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders' (IVOR nr. 104) 2017/29.5

29.5 Bestuurders hoeven niet bang te zijn en kunnen ondernemen

Datum	01-06-2017
Auteur	W.A. Westenbroek
Vakgebied(en)	Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht Ondernemingsrecht / Algemeen

Als men de literatuur moet geloven worden bestuurders al twintig jaar lang steeds 'sneller' aansprakelijk gesteld en gehouden.^[1] Maar is dat zo? Er zijn in absolute zin vast meer bestuurdersaansprakelijkheidszaken dan bijvoorbeeld dertig jaar geleden. Dat is logisch: de economische activiteit in onze maatschappij is in die periode exponentieel gegroeid en het economisch verkeer is enorm toegenomen.^[2] Dat bestuurders *relatief* gezien (naar omvang en naar aard van de verwijten) ook steeds vaker aansprakelijk worden gehouden is mij echter niet gebleken. Baseert de bedoelde literatuur zich op betrouwbaar empirisch onderzoek of is het een 'perceptie'?^[3] Wat daar ook van zij, de gedachte dat bestuurders 'sneller' aansprakelijk worden gehouden en bang (kunnen) zijn te ondernemen heeft geleid tot het idee dat bestuurders 'beschermd' moeten worden. Dit komt duidelijk terug in de rechtspraak waarin de 'ernstig verwijt'-maatstaf is geïntroduceerd als een hoge drempel voor aansprakelijkheid waarmee voorkomen zou moeten worden "*dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.*"^[4] Diezelfde maatstaf is echter onderwerp van kritiek omdat deze miskent dat art. 2:9 BW de bestuurder al voldoende ruimte geeft om te ondernemen en risico's te nemen en de maatstaf niet past bij de ratio en systematiek van art. 2:9 BW.^[5] De invulling ervan wordt voorts onzeker^[6] en zelf "notoir onduidelijk" genoemd.^[7] Wat dat betreft is het paradoxaal te noemen dat Maarten in zijn '*Bange Bestuurders*' het bestaan van vage aansprakelijkheidsnormen, zoals de 'ernstig verwijt'-maatstaf, als een oorzaak aanmerkte voor het risico dat bestuurders niet meer *durven* te ondernemen^[8] terwijl de Hoge Raad met die maatstaf kennelijk juist beoogd heeft duidelijk te maken dat bestuurders moeten *kunnen* ondernemen.

De onduidelijkheid die is gelegen in de ernstig verwijt'-maatstaf wordt in de literatuur op haar beurt gebruikt als argument dat bestuurders zich moeten kunnen vrijtekenen omdat deze onduidelijkheid daarmee wordt weggenomen en de rechtszekerheid voor de bestuurder wordt vergroot.^[9] Vrijtekening zou 'loyale' en 'bonafide' bestuurders comfort en ruimte kunnen geven risico's te nemen omdat de perceptie van persoonlijke aansprakelijkheidsrisico's zou worden verminderd. Het gedrag van bestuurders zou voorts positief worden beïnvloed omdat hen een positieve prikkel wordt gegeven.^[10] De gedachte dat bestuurders aansprakelijkheid vrezen en verder beschermd moeten worden zodat ze kunnen ondernemen bestaat kennelijk nog steeds en ligt ten grondslag aan voorgaande argumentatie. Het bestuurderssalaris zou verder bijdragen aan de bereidheid tot het vervullen van de ('zware') bestuurdersfunctie en het zou niet aangaan die compensatie via de achterdeur van de bestuurder weg te nemen via een zwaar exoneratieregime.^[11]

Ik plaats bij dit alles mijn vraagtekens. Allereerst dient onduidelijkheid over de systematiek en invulling van een dwingendrechtelijke regeling te worden opgelost doordat de wetgever en rechter daarover duidelijkheid verschaffen en niet doordat een contractuele vrijtekening die regeling overschrijft. Daarnaast *kunnen* bestuurders blijkens voornoemde wetsgeschiedenis – ook zonder de 'ernstig verwijt'-maatstaf – ondernemen zonder aansprakelijkheidsrisico's te vrezen. Eventuele bij de bestuurder levende angst daarover moet worden weggenomen door de bestuurder gewoon

uitdrukkelijk daarop te wijzen. Voorts wordt het maatschappelijk belang dat ondernemen mogelijk moet zijn net zo goed bedreigd als bestuurders het idee wordt gegeven dat zij pas in uitzonderlijke gevallen aansprakelijk zijn, immers: *'Wie niets vreest, kan gemakkelijk een schurk worden'*. Art. 2:9 BW zoals dat gold tot 1 januari 2013 (voor de codificatie van de 'ernstig verwijt'-maatstaf die naar mijn mening moet worden teruggedraaid)^[12] bood een goed evenwicht. De in mijn beleving (in absolute zin) steeds vaker voorkomende grote onregelmatigheden bij ondernemingen (denk aan de Parlementaire Enquêtecommissie Woningcorporaties) geven verder weinig reden bestuurders méér 'comfort' of positieve prikkels te geven. Bovendien dienen bestuurder in te staan voor hun kwaliteiten als zodanig en voor hun bekwaamheid de bestuurstaken uit te voeren.^[13] Een bestuurder die de aanstelling heeft geaccepteerd, tegen welke 'compensatie' dan ook, was kennelijk bereid die verantwoordelijkheid op zich te nemen en voelde zich daar kennelijk comfortabel bij. Overigens heeft Pham onderzoek gedaan naar hoe bestuurders over vrijtekening denken. Hij concludeerde dat onder de top- level bestuurders een algemene overtuiging bestaat dat aansprakelijkheid een belangrijke disciplinerende functie heeft. Bovendien was de perceptie dat het vragen om een vrijtekening tot reputatieschade kan leiden.^[14] Natuurlijk zou in algemene zin iedereen op voorhand wel vrijgetekend willen worden voor aansprakelijkheid maar dat is in het maatschappelijk verkeer nu eenmaal niet altijd wenselijk. Maarten schreef: Een vrijtekening vooraf verdraagt zich niet met het systeem van Boek 2 BW waarin een zekere mate van aansprakelijkheidsdreiging gewenst is om het functioneren van bestuurders te sanctioneren.^[15] Het lijkt dat bestuurders het daar mee eens zijn.

Voetnoten

[1]

Vgl. De Nijs Bik 1998 (zie noot 8): *"Bestuurders en commissarissen lijken steeds vaker te worden aangesproken"* en bijna 20 jaar later Van Bekkum in *Ondernemingsrecht* 2016/98: *"(...) dat natuurlijke personen tegenwoordig te gemakkelijk naast de rechtspersoon aansprakelijk worden gesteld en gehouden"*.

[2]

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

[3]

Assink 2011, par. 28 (zie noot 20) spreekt over een *"overdreven perceptie"*.

[4]

Zie de rechtspraak in noot 2.

[5]

Westenbroek 2016 (zie noot 2); Strik 2010, p. 23 en 27 (zie noot 17); Blanco Fernández, 'Rechtspositie en aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen', *Ondernemingsrecht* 2000, afl. 17, p. 474 en Blanco Fernández 1993, p. 175 (zie noot 10).

[6]

Assink | Slagter 2013, p. 1172 (zie noot 20).

[7]

Assink 2011, par. 30 (zie noot 20).

[8]

Kroeze 2005, p. 4 en p. 16 (zie noot 1).

[9]

Assink & Verbrugh 2016 (zie noot 3); Assink | Slagter 2013, p. 1171-1172 (zie noot 20); Assink 2011, par. 30 (zie noot 20).

[10]

Assink & Olden 2005; Orsel 2006, p. 38 (zie noot 20).

[11]

Orsel 2006, p. 34 e.v. (zie noot 20).

[12]

Westenbroek 2016 (zie noot 2).

[13]

Vgl. [Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6](#), p. 19.

[14]

Pham, 'Bange bestuurders? Een casestudie onder Nederlandse top-level bestuurders' in: Kroeze e.a. (red.), *De Toekomst van het ondernemingsrecht*, IVO-reeks nr. 99, Kluwer: Deventer 2015, par. 24.4.4.1. Hoewel de statuten van sommige Nederlandse beurs-NV's overigens een vrijtekening bevatten is 'ernstig verwijtbaar gedrag' daarin uitgesloten zodat die vrijtekening niet verder gaat dan art. 2:9 BW.

[15]

*Asser/Maeijer & Kroeze 2-I** 2015/199.