



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Commanditaire vennoten krachtens volmacht en bestuurders: wie is er bang voor de faillissementscurator?

Wuisman, I.S.; Vriesendorp, R.D.; Assink, B.F.; Ginneken, M.J. van; Timmerman, L; Vletter-van, Dort H.M.

Citation

Wuisman, I. S., & Vriesendorp, R. D. (2017). Commanditaire vennoten krachtens volmacht en bestuurders: wie is er bang voor de faillissementscurator? In B. F. Assink, M. J. van Ginneken, L. Timmerman, & D. H. M. Vletter-van (Eds.), *Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht* (pp. 303-319). Deventer: Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/58549>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/58549>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

21. Commanditair vennoot

Commanditaire vennoten krachtens volmacht en bestuurders: wie is er bang voor de faillissementscurator?

I. Inleiding

In het Rapport Modernisering Personenvennootschappen¹ heeft de Werkgroep Personenvennootschappen ('Werkgroep') een lans gebroken om de commanditaire vennoot in de voorgestelde regeling ('Voorstel') namens de commanditaire vennootschap aan het rechtsverkeer te laten deelnemen en rechtshandelingen te verrichten. Dit zou dan moeten gebeuren 'krachtens volmacht', waarbij aansluiting wordt gezocht bij de regeling van de volmacht in titel 3.3 BW.² Hiermee kan de commanditaire vennoot ten behoeve van de commanditaire vennootschap bestuursdaden verrichten. Aangezien de wetgever en de politiek bij rechtspersonen bezorgd zijn voor misbruik waardoor derden (schuldeisers) benadeeld kunnen worden, heeft de Werkgroep voorgesteld om die toekenning van een bestuursbevoegdheid (krachtens volmacht) vergezeld te laten gaan van een anti-misbruikregeling (artikel 22 lid 3 Voorstel):

'Indien het handelen krachtens volmacht door een commanditaire vennoot een belangrijke oorzaak is van het faillissement, is de commanditaire vennoot jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening kunnen worden voldaan.'

-
1. Bijlage V – Rapport Werkgroep Personenvennootschappen 'Modernisering Personenvennootschappen', in: *Naar een nieuwe regeling voor de personenvennootschappen*, ZIFO-reeks deel 21, Deventer: Wolters Kluwer 2016. Tevens verschenen in de Serie vanwege het Van der Heijden Instituut: *Modernisering personenvennootschappen: Congres en Rapport Werkgroep Personenvennootschappen*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 137, Deventer: Wolters Kluwer 2017; hierna 'Rapport'.
 2. Rapport, p. 18.

De Werkgroep heeft dit als volgt toegelicht:

‘Om misbruik te voorkomen bepaalt het ontwerp, in aansluiting op artikel 138 en 248 van Boek 2, dat de commanditaire vennoot aansprakelijk is voor het faillissementstekort, indien zijn handelen krachtens volmacht³ een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de commanditaire vennootschap.’⁴

(a) Commanditaire vennoot en bestuurdersaansprakelijkheid

Met dit voorstel belandt de commanditaire vennoot in het stelsel van bestuurdersaansprakelijkheid zoals dit sinds de jaren ‘80 van de vorige eeuw in Boek 2 BW voor bestuurders en commissarissen⁵ is geregeld. Dit leerstuk heeft zich moge verheugen op warme belangstelling van Maarten Kroeze, getuige zijn oratie uit 2005, getiteld “Bange bestuurders”.⁶ Hierin heeft hij een stelling ingenomen over de (mogelijke) invloed van bestuurdersaansprakelijkheid op het gedrag van bestuurders die vandaag de dag nog steeds als prikkelend en richtinggevend kan worden beschouwd voor het ondernemingsrechtelijk onderzoek.⁷ In rechtspraak komt dit thema ook aan bod.⁸ Zijn stelling raakt aan de vraag in hoeverre een bestuurder vooraf (*ex ante*) zijn gedrag laat sturen met het oog op de kans dat hij achteraf (*ex post*) aansprakelijk is voor de (financiële) gevolgen daarvan als de rechtspersoon die hij bestuurde nadien gefailleerd is. Het is vraag of dit nu ook geldt voor de commanditaire vennoot die krachtens volmacht namens de commanditaire vennootschap handelt.

3. In de voorgestelde MvT, par. 4.4 (Rapport, p. 65) wordt dit “handelen krachtens volmacht” iets anders geformuleerd: “extern optreden”, hetgeen iets ruimer lijkt.
4. Rapport, p. 65.
5. Gemakshalve beperken wij ons in deze bijdrage tot bestuurders en laten wij commissarissen verder buiten beschouwing.
6. M.J. Kroeze, *Bange bestuurders*, Deventer: Kluwer, 2005; hierna ‘Oratie’.
7. Vgl. recent de bundel die is aangeboden aan Vino Timmerman (*De toekomst van het ondernemingsrecht; Het ondernemingsrecht van de toekomst*, Opstellen voor Prof. mr. L. (Vino) Timmerman, Deventer: Wolters Kluwer 2015), bijv. p. 411-434, N.T. Pham, Bange bestuurders? Een casestudie onder Nederlandse top-level bestuurders; L. Timmerman, Meer ruimte voor verscheidenheid is de goede trend voor het ondernemingsrecht, in *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016 (IvOR deel 98), par. 1.5; B.F. Assink, De factor ‘wetenschap van benadeling’ in te onderscheiden vormen van bestuurdersaansprakelijkheid, *idem*, par. 7. Zie voorts het debat tussen W. Westenbroek en P.D. Olden tijdens het ‘ondernemingsrecht diner’, *Ondernemingsrecht* 2015/69 en 70 over het wel of niet afschaffen van het ‘ernstig verwijt’ criterium.
8. Vgl. HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959 (*Willemsen/NOM*) en HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627 (*RCI Financial Services*) en ECLI:NL:HR:2014:2628 (*Hezemans Air/Van der Meer*).

(b) Curator en bestuurdersaansprakelijkheid

Meer in het algemeen geldt dat de mate en inhoud van de gedragsbeïnvloeding nauw verband kan houden met het feit dat in een faillissement van een rechtspersoon de curator de opdracht heeft om de oorzaken daarvan te onderzoeken en in dat kader onder meer de rechtmatigheidsvraag van (bestuurs)handelen moet beantwoorden.⁹ Het leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid duikt daarmee bij uitstek op bij insolventies, wanneer de rechtspersoon-schuldenaar onvoldoende verhaal biedt om al haar schulden te voldoen. Primair ligt er dan een taak voor de curator om de schade van de gedupeerde schuldeisers van de rechtspersoon zoveel mogelijk te beperken. Bijvoorbeeld door dit geheel of gedeeltelijk af te wentelen op de bestuurder(s) van die rechtspersoon, waarbij soms ook fiscaal en strafrechtelijk aansprakelijkheidsrecht te hulp kan schieten. Hiertoe moet de curator – in retrospectief – het gedrag van de bestuurder bezien en beoordelen. Hiertegenover staan de belangen van bestuurders van die rechtspersoon. Zij wensen juist gevrijwaard te worden van aanspraken van schuldeisers en derden met wie de rechtspersoon handelt. In de praktijk leidt dit spanningsveld ertoe dat bestuurders soms vinden dat zij te gemakkelijk door curatoren aansprakelijk worden gesteld – en gehouden – terwijl curatoren en schuldeisers (en soms de samenleving *tout court*) vinden dat bestuurders te gemakkelijk zouden weggkomen met hun misdragingen. Waar aldus de bestuurder en de curator tegenover elkaar staan, rijst de mede door Kroeze opgeworpen vraag in hoeverre bestuurders zouden preluderen op dat potentiële conflict met de curator. Dit mede tegen de achtergrond van de normen die de wetgever als spreekbuis van de samenleving daaraan stelt.

(c) Kroeze en gedragsbeïnvloeding in breder perspectief

Met de door Kroeze gesignaleerde mogelijkheid van gedragsbeïnvloeding bij bestuurders, heeft hij de toon gezet voor de nodige publicaties in Nederland waarbij deze mogelijkheid wordt genoemd, benoemd en soms getoetst.¹⁰ De stellingen van Kroeze hebben ook ons geprikkeld. Dat is versterkt nu er voorstellen zijn om de bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement in gelijksoortige vorm ook zijn intrede te laten nemen in het personenvennootschapsrecht. In aanvulling op een nadere beschouwing van Kroeze's stellingen over

9. Zie par. 7 van het model Openbaar faillissementsverslag rechtspersoon (ex art. 73a Fw), <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/model-verslag-faillissement-rechtspersoon.pdf>.

10. Bij wijze van voorbeeld noemen wij naast de hierboven in noot 7 genoemde publicaties, F.M.J. Verstijlen, Bestuurdersaansprakelijkheid in het gemene recht: De spagaat tussen Boek 2 en Boek 6, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 323-349.

bange bestuurders bij kapitaalvennootschappen,¹¹ zou het perspectief van Kroeze ook getoetst kunnen worden bij de commanditaire vennoot die handelt krachtens volmacht met als uitgangspunt de regeling van het Voorstel. De rol van de curator heeft hierbij een sleutelpositie. Het betreft dan onder andere de vraag in hoeverre een bestuurder of commanditaire vennoot in de uitvoering van zijn bestuurstaak met de ‘hindsight’ beoordeling door de curator rekening houdt, maar ook of hij dit kan, moet of wil houden. Vragen die pregnanter worden indien *Big data* een vanzelfsprekende factor worden in ons denken en handelen.

Deze bijdrage heeft geenszins de pretentie een alomvattend en doorwrocht betoog te zijn waarin de stelling van Kroeze voor eens en voor altijd als (gedeeltelijk) juist/onjuist wordt bestempeld al dan niet vanuit een breder perspectief. Het is veeleer een schets hoe met behulp van juridisch/gedragswetenschappelijk multidisciplinair onderzoek een bevredigende(r) oplossing kan worden nagestreefd voor het spanningsveld rond het fenomeen van de bestuurdersaansprakelijkheid en de rol van de faillissementscurator. Met de regeling in het Voorstel breidt dit fenomeen zich uit tot de commanditaire vennoot die krachtens volmacht handelt en waarbij de commanditaire vennootschap onvoldoende verhaal biedt.

Zo stellen wij voor om de door de Hoge Raad thans ontwikkelde – juridische – norm voor bestuurdersaansprakelijkheid in contact te brengen met daaraan ten grondslag liggende sociaalwetenschappelijke fenomenen, zoals angst (de ‘bange’ bestuurder). Dit doen wij in deze bijdrage aan de hand van die norm voor bestuurdersaansprakelijkheid in het licht van de oorzaken en consequenties van mogelijk defensief gedrag van bestuurders (II) en de vraag of dit ook opgeld doet voor commanditaire vennoten die in de nieuwe regeling namens de commanditaire vennootschap gaan handelen krachtens volmacht (III). Hierbij proberen wij een richtsnoer aan te reiken voor nader (empirisch) onderzoek naar het verband tussen het gedrag van bestuurders en commanditaire vennoten voorafgaand aan een insolventie en hun eventuele angst om in dat kader tot de juiste aannames te komen (IV). Pas dan kan er gericht worden gezocht naar oorzaken voor de angst voor (bestuurders)aansprakelijkheid jegens de curator, of deze angst voorkomen zou moeten worden en zo ja welke mogelijke remedies er dan zouden zijn (V) en resteert een vooralsnog onbeantwoorde vraag of de faillissementscurator ‘bange bestuurders’ of ‘bange commanditaire vennoten’ creëert (VI).

11. Om met Schoordijk te spreken moeten wij – zeker in het academisch debat – “het niet onnodig met elkaar eens zijn”: Michel Knapen, Een opgewekte dwarsligger, *Mr.* 2010 nr. 6/7, p. 20-21.

II. De norm voor bestuurdersaansprakelijkheid, gebruikte aannames en defensief gedrag

In de zoektocht naar een hanteerbare norm voor bestuurdersaansprakelijkheid in het algemeen is vooral nog een hoge drempel – ‘ernstig verwijt’ – voor het aannemen van de bestuurdersaansprakelijkheid als winnaar uit de bus gekomen. Sinds de Wet Bestuur en Toezicht uit 2013 is voor de specifieke aansprakelijkheid van artikel 2:9 BW door de wetgever ‘ernstige verwijtbaarheid’ opgenomen als drempel. In de Parlementaire geschiedenis van deze wet wordt hierover opgemerkt:

‘Ten slotte: ondernemen is en blijft risico lopen. Van bestuurders kan niet worden verwacht dat zij uitsluitend handelen in die situaties waarin de te nemen stap al op alle mogelijke manieren is onderzocht, doorgerekend, van accountantsverklaringen voorzien en in schema’s gevat. Er moet ruimte blijven voor creativiteit, vernuft en durf. De samenleving is niet gediend met regelgeving die ondernemers stimuleert om telkens de voorkeur te geven aan risicomijdende beslissingen met weinig economisch voordeel. Een andere opstelling zou ook haaks staan op het streven van dit kabinet naar een vitale en innovatieve economie waarin bijvoorbeeld de overstap van werknemerschap naar zelfstandig ondernemerschap wordt gestimuleerd. Een grens wordt echter bereikt wanneer onverantwoordelijke risico’s worden genomen; dan bestaat aansprakelijkheidsrisico voor bestuurders.’¹²

Zowel voor als na de invoering van die drempel heeft de Hoge Raad in lijn daarmee overwogen dat bestuurders zich bij een lagere aansprakelijkheidsdrempel door defensieve overwegingen zouden laten leiden, hetgeen hij blijkbaar onwenselijk acht. De Hoge Raad heeft dit argument in een tweetal arresten ingezet ter rechtvaardiging van de gehanteerde maatstaf van het ‘ernstige’ verwijt. Allereerst plaatste de Hoge Raad in 2008 de onwenselijkheid van (‘doorslaggevende’) defensieve overwegingen in het kader van het belang van de vennootschap en de aan haar verbonden onderneming:

‘Door een hoge drempel te aanvaarden voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover de door hem bestuurde vennootschap wordt mede het belang van die vennootschap en de daarmee verbonden onderneming gediend omdat daardoor wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.’¹³

12. *Kamerstukken II* 31 763, nr. 3 (MvT), p. 9-10.

13. Zie HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959 (*Willemsen/NOM*), rov. 5.3.

Vervolgens heeft hij dit in 2014 uitgebreid naar het maatschappelijk belang:

‘Voor het aannemen van zodanige aansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder ter zake van de benadeling 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 voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair 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).’¹⁴

Toegespitst op aansprakelijkheid in faillissement jegens de boedel krijgt dat defensieve handelen een gezicht door een angst en zorg bij de bestuurder tegen de curator die – ten behoeve van de boedel en de gezamenlijke schuldeisers – die aansprakelijkheid moet zien te effectueren. De curator moet die claim bij de bestuurder neerleggen en zo nodig in rechte afdwingen. Vrees voor bestuurdersaansprakelijkheid wordt dan angst voor de curator en dit zou wel eens ‘bange bestuurders’ kunnen opleveren zoals Kroeze ons had voorgehouden. Risicomijdend gedrag is volgens hem een van de gevolgen (‘bijwerkingen’) van deze angst voor bestuurdersaansprakelijkheid.¹⁵

Dit kan volgens Kroeze zowel betrekking hebben op zittende bestuurders, bij de uitvoering van hun taak, alsook op potentiële bestuurders. Voor zittende bestuurders zou het risicomijdende gedrag bijvoorbeeld tot uiting kunnen komen door strategisch juridisch gedrag dat in de plaats komt van ondernemersgedrag, vooral in tijden van (financiële) rampspoed. Dit houdt onder andere in dat beslissingen pas genomen zouden worden nadat het advies van externe (juridische) adviseurs is ingewonnen¹⁶ en de vastlegging van besluitvorming ruimere aandacht zou krijgen. Ook zou de focus bij het besturen vooral komen te liggen op riskantere beslissingen. Hierdoor zouden belangrijke maar minder riskante beslissingen worden ondergesneeuwd.¹⁷ De juridisering zou zelfs kunnen leiden tot verstoring van de collectieve gedachtevorming binnen een bestuur doordat bestuurders wegblijven bij een vergadering waar een belangrijke beslissing op de agenda staat.¹⁸ Ook zou het kunnen leiden tot

14. Zie HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628 (*Hezemans Air/Van der Meer*), rov. 3.5.2.

15. M.J. Kroeze, Oratie, p. 4.

16. M.J. Kroeze, Oratie, p. 7.

17. M.J. Kroeze, Oratie, p. 5.

18. M.J. Kroeze, Oratie, p. 5.

een toename in het afsluiten van verzekeringen¹⁹ en het niet meer doen van betalingen bij een vennootschap in zwaar weer uit angst voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van selectieve betaling.²⁰ Voor potentiële bestuurders zou dit betekenen dat zij minder snel een positie als bestuurder zouden aannemen.²¹

Die angst wordt volgens Kroeze onder andere veroorzaakt door de aansprakelijkheidsnorm.²² In de hierboven aangehaalde voorbeelden benoemt de Hoge Raad die angst echter niet expliciet maar legt met de hiervoor aangehaalde rechtsoverwegingen een direct (causaal?) verband tussen de – hoge – aansprakelijkheidsnorm en het – blijkbaar ongewenste – defensief handelen van de bestuurders. Vooralsnog lijkt zijn oordeel niet zozeer gestoeld te zijn op empirisch-juridisch onderzoek naar dit verband, maar berust dit op een aantal aannames:

1. De (hoogte van de) aansprakelijkheidsnorm beïnvloedt het gedrag van bestuurders;
2. Deze beïnvloeding kan inhouden dat defensieve overwegingen het handelen van bestuurders bepalen;
3. Bij de maatstaf van een ‘normaal’ verwijt in plaats van een ‘ernstig’ verwijt wordt het handelen in *onwenselijke mate* bepaald door defensieve overwegingen gezien vanuit zowel het *vennootschappelijk* als het *maatschappelijk* belang.

Het is evenwel de vraag of deze aannames juist zijn. Het gebruik van aannames en/of veronderstellingen om tot een oordeel te komen is niet zonder gevaar. Als de aanname onjuist blijkt te zijn, is het daarop voortbouwende oordeel mogelijk op drijfzand gebouwd en in ieder geval niet concludent. Laten bestuurders zich bang maken door de (hoogte van de) aansprakelijkheidsnorm en een potentieel optreden door curatoren of wordt die angst – als die er inderdaad al zou zijn – door iets anders veroorzaakt? Voordat we op deze vragen ingaan willen we eerst de aansprakelijkheidsregel uit het Voorstel van de Werkgroep onderzoeken die van toepassing is op de commanditaire vennoot die van plan is om krachtens volmacht namens de commanditaire vennootschap rechtshandelingen te verrichten.

19. M.J. Kroeze, Oratie, p. 8.

20. M.J. Kroeze, Oratie, p. 21.

21. M.J. Kroeze, Oratie, p. 5.

22. M.J. Kroeze, Oratie, p. 4; zie par. V hieronder.

III. Aansprakelijkheid van een commanditaire vennoot die krachtens volmacht namens de later gefailleerde commanditaire vennootschap handelt: een (a)typische ‘bestuurdersaansprakelijkheid’?

In het Voorstel van de Werkgroep is afscheid genomen van het beheersverbod van artikel 20 lid 2 WvK. Duidelijk is nu dat de commanditaire vennoot bevoegd is bestuurstaken uit te voeren, tenzij dit door het vennootschapsverband uitgesloten is.²³ Hierdoor kan de commanditaire vennoot voor rekening van de vennootschap handelen en invloed uitoefenen op de vervulling van de bestuurstaken door andere vennoten. Wil hij echter ook extern optreden en niet zichzelf maar de vennootschap binden, dan gaat dat niet zomaar. De commanditaire vennoot heeft voor de vertegenwoordigingsbevoegdheid (handelen in naam van de vennootschap) niet eenzelfde positie als die van een gewone vennoot, onder het huidige recht de ‘beherend’ vennoot genoemd. De vertegenwoordigingsbevoegdheid wordt niet automatisch door het vennootschapsrecht aan de commanditaire vennoot verleend maar kan via de volmachtverlening op grond van Boek 3 BW ontstaan. Dit vereist dus een handeling. Deze volmacht (aan de commanditaire vennoot) kan een algemene- of een specifieke volmacht zijn en kan in de vennootschapsovereenkomst of incidenteel zijn toegekend.²⁴

De regels over het bestuur en de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de (gewone) vennoten zijn van regeland recht. Uitsluiting en beperking van bestuursbevoegdheid en/of vertegenwoordigingsbevoegdheid zijn dus mogelijk. Een gewone vennoot kan hierdoor als het ware in zijn hoedanigheid van bestuurder op non-actief worden gesteld. Het ligt niet voor de hand te veronderstellen dat uitsluiting van zowel de bestuurs- als de vertegenwoordigingsbevoegdheid vaak zal voorkomen, aangezien de positie van deze vennoot daarmee volledig wordt uitgedoofd terwijl het niet mogelijk is de externe verbondenheid van deze vennoot voor de verbintenissen van de commanditaire vennootschap eenzijdig uit te sluiten. Toch is het feit dat deze situatie gecreëerd kan worden niet geheel onbelangrijk. Het laat zien dat de aansprakelijkheid van de gewone vennoot jegens derden niet direct gekoppeld is aan de uitvoering van bestuurstaken waarbij de vennoot heeft opgetreden als vertegenwoordiger van de vennootschap. Dus ook voor de gewone vennoot gaat de ‘*Parallelität*

23. Art. 14 lid 1 Voorstel.

24. Toelichting op art. 22 Voorstel, nr. 4: Bijlage V – Rapport Werkgroep Personenvennootschappen ‘Modernisering Personenvennootschappen’, 110 in: *Naar een nieuwe regeling voor de personenvennootschappen*, ZIFO-reeks deel 21, Deventer: Wolters Kluwer 2016. Tevens verschenen in de Serie vanwege het Van der Heijden Instituut: *Modernisering personenvennootschappen: Congres en Rapport Werkgroep Personenvennootschappen*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 137, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

zwischen Herrschaft und Haftung' zoals aangehaald door Tervoort, niet geheel op.²⁵ Het is een aansprakelijkheid die gekoppeld is aan de hoedanigheid van 'gewone' vennoot, ongeacht de daadwerkelijk daaraan verbonden bevoegdheden. Voor de vennoten die wel bestuurstaken uitvoeren, kan de externe verbondenheid desalniettemin een prikkel zijn om zorgvuldig te handelen.

In het huidige recht wordt de hoedanigheid van commanditaire vennoot en zijn aansprakelijkheid jegens derden vanwege de inhoud van het bestuursverbod, wel verbonden aan de uitvoering van de bestuurstaken: zolang hij geen bestuurstaken uitoefent,²⁶ is hij niet extern aansprakelijk voor de verbintenissen van de vennootschap. In het Voorstel keert dit verband niet terug. De Werkgroep gooit het over een andere boeg:

*'Omdat de commanditaire vennoot deelt in eventuele winsten van de vennootschap maar niet persoonlijk is verbonden voor de verbintenissen van de vennootschap, kan zich de situatie voordoen dat hij bij het handelen op rekening van de vennootschap onverantwoorde risico's neemt. Om misbruik te voorkomen bepaalt lid 3 van artikel 22 dat de commanditaire vennoot hoofdelijk aansprakelijk is voor het boedeltekort, als zijn handelen op grond van volmacht een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de vennootschap.'*²⁷

Het transplanteren van de bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement naar het personenvennootschapsrecht roept wel wat vragen op. Wordt er rekening gehouden met de verscheidenheid van volmachten die verleend kunnen worden? Zou de aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot alleen moeten gelden bij het verlenen van een algemene volmacht tot vertegenwoordiging in het kader van de uitoefening van bestuurstaken? Of treft de derde (curator) ook doel als het gaat om een specifieke volmacht? Kun je 'handelen krachtens volmacht' uit artikel 22 lid 3 Voorstel eigenlijk wel gelijkstellen aan 'kennelijk onbehoorlijke taakvervulling' uit artikel 2:138/248 lid 1 BW? Ingeval de commanditaire vennoot een algemene bestuursvolmacht heeft gekregen valt voor die gelijkstelling wel wat te zeggen, maar zodra het om meer specifieke volmachten lijkt daarvoor minder reden.

Een vergelijking met de aandeelhouder van de NV/BV zou ook interessante inzichten kunnen opleveren. Indien de commanditaire vennoot als geldschietter fungeert, kan hij op één lijn worden gesteld met een aandeelhouder van de

25. A.J.S.M. Tervoort, Het bestuursverbod bij de commanditaire vennootschap, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 93, Deventer: Kluwer 2013, p. 135 en 282.

26. De discussie of onder het huidige recht in verband met de interne invloed van de commanditaire vennoot op de uitoefening van bestuurstaken de enge of de brede leer gevolgd dient te worden, laten wij hier gemakshalve achterwege.

27. Toelichting op art. 22 Voorstel, nr. 7: Rapport, p. 110.

NV/BV. Wat nu als deze aandeelhouder krachtens volmacht namens de NV/BV zou handelen? Er is in het NV/BV-recht niet een regeling *pur sang* te vinden voor deze figuur. Indien je in de richting zou gaan van de feitelijke beleidsbepaler van artikel 2:138/248 lid 7 BW, roept ook dat weer nieuwe vragen op: is een aandeelhouder met een specifieke volmacht iemand die heeft ‘gehandeld als ware hij bestuurder’? Overigens kun je de vraag stellen waarom de ‘bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement *à la* de commanditaire vennootschap’ alleen geldt voor de commanditaire vennoot. Waarom zou er niet tegelijkertijd een regeling voor feitelijke beleidsbepalers *à la* artikel 2:138/248 lid 7 BW opgenomen dienen te worden voor derden? En waarom valt de vertegenwoordigingsbevoegde derde die door de vennootschap belast is met de bestuurstaak²⁸ en die net als de commanditaire vennoot ook niet verbonden is voor de verbintenissen van de vennootschap niet onder deze nieuwe regeling van bestuurdersaansprakelijkheid? Ook die derde kan profijt hebben van de *upside* van risico’s nemen ten behoeve van de commanditaire vennootschap.

Indien duidelijkheid ontstaat over de reikwijdte van de nieuwe aansprakelijkheidsregel voor de commanditaire vennoot, is de volgende stap meer grip te krijgen op de toepassing van het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ criterium van artikel 2:138/248 BW op het handelen van de commanditaire vennoot. Aangenomen wordt dat bij de invulling van dit criterium de maatstaf van het ernstige verwijt gehanteerd dient te worden,²⁹ althans dat de maatstaf van het ‘kennelijk onbehoorlijke bestuur’ niet wezenlijk verschilt met de ernstig verwijt-maatstaf.³⁰ In het Voorstel van de Werkgroep is de gedragsbeïnvloeding van de ‘nieuwe’ aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot gericht op de inperking van de risico’s. Het ernstige verwijt is zoals we hiervoor zagen vooral bedoeld om de bestuurder ruimte te geven om te kunnen ondernemen, om risico’s te nemen. De vraag rijst hoe de positie van een met (algemene) volmacht handelende commanditaire vennoot zich verhoudt tot de positie van een bestuurder. Moet een commanditaire vennoot die probeert de commanditaire vennootschap te redden omdat deze zich in zwaar weer bevindt op dezelfde wijze of juist op een andere manier genormeerd worden ten opzichte van een bestuurder van een NV/BV? Wat zouden daarvoor de redenen zijn? Zou een ‘gewoon’ verwijt als drempel voor aansprakelijkheid bij de commanditaire vennoot ook resulteren in ‘bange commandieten’ die zich defensief zouden gaan gedragen? En zo ja, zou dit onwenselijk zijn en geldt dit in alle gevallen?

28. Toelichting op art. 14 Voorstel, nr. 1/2: Rapport, p. 84 en Toelichting op art. 18 Voorstel, nr. 1: Rapport, p. 90.

29. GS Rechtspersonen, art. 2:248 BW, aant. 8.4.

30. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/208.

IV. Aannames behoeven toetsing

Om antwoord te kunnen geven op de hiervoor gestelde vragen moeten we terugkeren naar de door de Hoge Raad gehanteerde aannames waarbij de vraag rijst waarom die bestuurders/commandieten nu bang zouden zijn en in hoeverre speelt de curator daarbij een rol. Hoewel Kroeze benadrukt dat hij voorstander is van de ernstige verwijtbaarheidsnorm die de Hoge Raad nu ook aanhangt, stelt hij echter niet expliciet dat een ‘normale’ verwijtbaarheid angst zou creëren bij bestuurders. Het is in zijn ogen veeleer de vaagheid van de norm van het ‘ernstige verwijt’ die zorgt voor bange bestuurders. Een andere oorzaak van bange bestuurders ziet Kroeze in de toename van enquête- en aansprakelijkheidsprocedures tegen bestuurders.³¹ Zou men betogen dat hij daarmee indirect heeft gesteld dat een lage aansprakelijkheidsdrempel bange bestuurders zou creëren, dan baseert men dit op de veronderstelling dat die lage drempel zou leiden tot een toename in aansprakelijkheidsprocedures. Dit is echter eveneens een aanname waarvan de juistheid volgens ons niet vaststaat.

De aannames van de Hoge Raad werpen een aantal vragen op, in ons geval naar het verband tussen bestuurdersaansprakelijkheid en – onwenselijk geacht – defensief gedrag dat voor bange bestuurders zou zorgen. Toetsing van de aannames vereist gedegen empirisch-juridisch onderzoek naar vragen die een langere onderzoekstijd vergen. In hoeverre is defensief gedrag nu te beschouwen als het gedrag van een (potentiële) bestuurder dat door de hoogte van de aansprakelijkheidsnorm wordt beïnvloed en waarom zou dat zo zijn en in hoeverre speelt een curator in faillissement hierbij een rol? Onderzoek hiernaar leidt tot een aantal belangrijke (deel)vragen.

(a) Wat is bestuurshandelen gebaseerd op defensieve overwegingen ('defensief gedrag') en wanneer is dit onwenselijk?

Zoals gesteld, gaat de Hoge Raad ervan uit dat zowel het vennootschappelijk belang als het maatschappelijk belang niet gediend is met bestuurders die hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen. Voor de geldigheid van deze redenering is allereerst van belang om vast te stellen of en zo ja waarom, dat het geval zou zijn, zeker als de vennootschap in financieel zwaar verkeert en van de bestuurder doortastend handelen en actie wordt verwacht. Dit vergt (bedrijfskundig?) onderzoek waarin gekeken wordt naar bestuurders die defensief handelen tegenover bestuurders die bijvoorbeeld offensief of neutraal handelen. Hieraan voorafgaand zullen de elementen

31. M.J. Kroeze, Oratie, p. 21-22. Interessant is dat sinds 2013 de curator een directe toegang tot de enquêteprocedure heeft met de invoering van art. 2:346 lid 3 BW; zie bijv. het faillissement van Meavita. Hierdoor heeft de curator ruimere mogelijkheden om het beleid van bestuurders te laten onderzoeken en toetsen en daarmee zich beter voor te bereiden op aansprakelijkheidsprocedures tegen een bestuurder.

‘vennootschappelijk belang’, ‘maatschappelijk belang’ ‘in onwenselijke mate’ en ‘defensief’ handelen’ of ‘defensief gedrag’ gedefinieerd moeten worden met criteria waaraan een en ander kan worden afgemeten. Vervolgens moet worden vastgesteld wanneer de invloed van de defensieve overwegingen in onwenselijke mate geschiedt.

Voor de commanditaire vennoot kunnen deze vragen ook gesteld worden. Bestaat er bestuurshandelen van een commanditaire vennoot dat gebaseerd is op defensieve overwegingen? Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, komt vervolgens de vraag op of het handelen van een commanditaire vennoot een onderscheidend karakter heeft ten opzichte van dat van een bestuurder? De dubbele pet van investeerder / bestuurder zou voor een andere dynamiek kunnen zorgen.

(b) Wat is het verband tussen angst en ‘defensief gedrag’ bij een bestuurder en commanditaire vennoot?

Kroeze vindt de mogelijke oorzaak van defensief handelen in angst bij de bestuurder.³² In zijn oratie gaat hij uit van – wat wij zouden noemen ‘materiële’ – angst (voor zittende bestuurders) dat zij aansprakelijk gesteld worden met een verplichting tot het betalen van schadevergoeding (in faillissement zelfs van het gehele faillissementstekort) en/of hun positie als bestuurder verliezen – en daarmee hun bron om in hun levensonderhoud te kunnen voorzien – en daarom al bij hun aantreden deze risico’s in hun beloning verdisconteerd wensen te zien.³³ Of is de angst ‘immaterieel’: bijvoorbeeld de angst om ‘besmet’ te raken en zodoende reputatieschade³⁴ op te lopen waardoor men wellicht niet meer voor vol wordt aangezien. Dit kan ook betekenen dat een bestuurder minder goed/gemakkelijk een vervolgstap kan zetten en omvat tevens een – ‘materiële’ – angst dat toekomstig inkomen in gevaar kan komen.

Hier spelen vragen op verschillende niveaus. Allereerst de vraag naar het verband tussen angst en defensief handelen. Leidt angst tot defensief handelen? Handelt een bestuurder defensief *omdat* hij ergens bang voor is. Of is er sprake van een ander verband, namelijk dat bestuurders die van nature een ‘bangig’ of

32. M.J. Kroeze, Oratie, p. 4 en p. 10-23.

33. M.J. Kroeze, Oratie, p. 5; vgl. p. 8 over de toegenomen behoefte aan vrijwaringen en D&O-verzekeringen.

34. M.J. Kroeze, Oratie, p. 5-6; vgl de ophef die is ontstaan na de uitspraak van de OK in de Meavita-zaak (Hof Amsterdam 2 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4454, *JOR* 2016/61) op verzoek van de curatoren waarin Loek Hermans als voorzitter van de Raad van Commissarissen een deel van het wanbeleid in de schoenen kreeg geschoven en in een deel van de kosten werd veroordeeld. Inmiddels heeft de Hoge Raad deze uitspraak op 18 november 2016 vernietigd, ECLI:NL:HR:2016:2607/2614. Eind januari 2017 verscheen in de media het bericht dat bestuurders en commissarissen “zonder enige erkenning van aansprakelijkheid” deze kwestie vanuit de dekking van hun D&O-verzekering met curatoren geschikt hebben.

‘risicomijdend’ karakter hebben altijd – of in een zekere mate – defensief handelen? In hoeverre het ene en/of het andere verband juist is, vergt eveneens nader empirisch onderzoek.³⁵

Indien angst kan leiden tot defensief handelen, doet zich vervolgens de vraag voor wanneer – of onder welke omstandigheden – dit bij een bestuurder het geval zal zijn: een vraag naar het soort angsten die bestuurders zouden kunnen hebben. Waarop is de angst van de bange bestuurder gericht? Waarvoor is hij bang? Dit vergt eveneens onderzoek maar nu vanuit de psychologie: welke angsten zetten een bestuurder aan tot defensief gedrag?

Vervolgens zou vastgesteld moeten worden of de angsten die bij bestuurders aanwezig zouden zijn ook opkomen bij commanditaire vennoten. De angst om aansprakelijk gesteld te worden zou ook bij de commanditaire vennoot kunnen spelen. Reputatieschade zou van invloed kunnen zijn, maar wellicht in een andere vorm. De commanditaire vennoot zou bijvoorbeeld de angst kunnen hebben dat reputatieverlies roet in het eten gooit bij het aangaan van nieuwe samenwerkingen. Wellicht zouden er bij de commanditaire vennoot andere angstfactoren aanwezig kunnen zijn die een oorzaak zijn van mogelijk defensief handelen.

V. Oorzaken van en mogelijke remedies tegen angst voor (bestuurders)aansprakelijkheid

Als vaststaat welke angsten een bestuurder en mogelijk ook een commanditaire vennoot aanzetten tot defensief gedrag, kan het onderzoek zich vervolgens richten op de oorzaken van die angsten. Uitgaande van de onwenselijkheid van door angst gedreven defensief gedrag van bestuurders en commanditaire vennoten valt op basis daarvan te bezien in hoeverre die angsten kunnen worden voorkomen.

(a) Waardoor wordt de angst van de bestuurder of commanditaire vennoot voor aansprakelijkheid veroorzaakt?

Met het oog op de persoon aan wie deze bundel wordt aangeboden en het onderwerp van onze bijdrage, willen wij – *for the sake of argument* – ervan uitgaan dat het defensieve gedrag van bestuurders inderdaad wordt veroorzaakt door angst voor bestuurdersaansprakelijkheid als gevolg van aansprakelijkstelling door de curator. Dan wordt het van belang te weten waardoor die angst is veroorzaakt alvorens men daaraan iets kan doen. In zijn oratie noemt Kroeze

35. Zie bijv. N.T. Pham, Bange bestuurders? Een casestudie onder Nederlandse top-level bestuurders, In: *De toekomst van het ondernemingsrecht; Het ondernemingsrecht van de toekomst*, Opstellen voor Prof. mr. L. (Vino) Timmerman, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 411-434.

een aantal door hem gesignaleerde oorzaken. Hij lijkt daarmee de Hoge Raad op dit punt wel enige richting te geven.³⁶ De angst voor bestuurdersaansprakelijkheid zou volgens hem onder meer het gevolg kunnen zijn van een (te) lage drempel voor de verwijtbaarheid van de verweten gedraging³⁷ of de onduidelijkheid/vaagheid van de norm.³⁸ De grotere rol van de enquêteprocedures en kans op aansprakelijkheidsprocedures, alsmede de langere duur daarvan zijn twee andere door Kroeze aangestipte oorzaken.³⁹

In aanvulling hierop en daarmee samenhangend willen wij nog een mogelijke oorzaak voor die angst aanwijzen. Deze vloeit vooral voort uit het bijzondere karakter van bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures in faillissement. De (on)juistheid van de eerdere aannames wordt namelijk mede beïnvloed door het feit dat de actoren die zich na faillietverklaring moeten buigen over een mogelijke claim tegen de bestuurder (achtereenvolgens de curator, rechter-commissaris en rechter) en over een eventuele normschending moeten oordelen, dit altijd achteraf doen. Gevolg hiervan is een risico van ‘bias’ (zoals tunnelvisie of *hindsight bias*) bij die verschillende actoren.⁴⁰

In hoeverre deze mogelijke oorzaken voor de angst onder bestuurders daadwerkelijk een rol spelen, is nog onvoldoende vastgesteld. Eerst zal met vragen en testen die oorzaken geïdentificeerd moeten worden (kwalificeren). Voorts dient geanalyseerd te worden hoe die oorzaken zich ten opzichte van elkaar verhouden (kwantificeren): is er een oorzaak die zwaarder of lichter weegt, meer of minder relevant wordt geacht? Deze vragen kunnen ook gesteld worden voor de commanditaire vennoot.

(b) Remedies: kunnen de oorzaken van die angsten worden weggenomen en de angsten van een ‘bange bestuurder/commandiet’ worden voorkomen, zodat ‘defensief gedrag’ wordt vermeden?

Als de oorzaken van de angst van de bestuurder en de commanditaire vennoot kunnen worden vastgesteld, evenals hun relatieve gewicht qua belang voor hen om bang te zijn, is het tijd om oplossingen aan te dragen om die angst weg te nemen. Bij alle hierboven onder (a) genoemde oorzaken vallen een of meer remedies te bedenken, die in onderzoek vervolgens getoetst moeten worden.

Afgezien van de eventuele (te) lage drempel voor de verwijtbaarheid van de verweten gedraging zou de onduidelijkheid/vaagheid van de norm kunnen worden weggenomen door de norm scherper te stellen/formuleren.

36. M.J. Kroeze, Oratie, p. 10-23.

37. M.J. Kroeze, Oratie, p. 16.

38. M.J. Kroeze, Oratie, p. 16-17.

39. M.J. Kroeze, Oratie, p. 21, 22.

40. Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4454 (*Meavita*), vernietigd door HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2607/2614.

Waar de rechter graag rekening houdt met ‘alle omstandigheden van het geval’, zullen die omstandigheden wellicht gecatalogiseerd kunnen worden in meer of minder relevante omstandigheden of in meer of minder toerekenbare omstandigheden. Te denken valt aan de omstandigheid in hoeverre de bestuurder of commanditaire vennoot persoonlijk geprofiteerd heeft van de verweten gedraging. Ook andere factoren kunnen hierbij een rol spelen, zoals de soort vennootschap en haar omvang, de sector waarin de vennootschap actief is, de financiële situatie van de vennootschap (solvent / insolvent of financieel zwaar weer), de aan- of afwezigheid van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering of statutaire/contractuele vrijwaring, de positie van de bestuurder ten opzichte van de aandeelhouder, de commissarissen en de medezeggenschapsorganen, de positie van de commanditaire vennoot ten opzichte van de overige vennoten, de aard en omvang van diens volmacht, de omvang van de boedel, de wijze waarop er toezicht wordt gehouden op de curator door de rechtbank, het eigen vermogen en de persoonlijkheid van de bestuurder/commanditaire vennoot enzovoorts.

Een dergelijke verduidelijking of aanscherping van de norm ligt eveneens op de weg van de wetgever/rechter om zodoende bestuurders en commanditaire vennoten *tevoren* zekerheid te bieden wanneer zij wel/niet persoonlijke aansprakelijkheid te duchten hebben. Dit vooral met het oog op hun mogelijke angst om door curatoren in aansprakelijkheids- en enquêtetrajecten te worden betrokken.

Als de duur en kosten daarvan een reden voor angst bij de bestuurders of commanditaire vennoten vormen, dan kan het interessant zijn om openheid te krijgen over de aantallen succesvol doorlopen procedures afgezet tegen het aantal dat voor de bestuurder onfortuinlijk is geëindigd. Daarbij zou het van belang kunnen zijn voor de situatie van de commanditaire vennoot te achterhalen op welke wijze deze rechtspraak invloed zou kunnen hebben op de toepassing van de nieuwe regel in het Voorstel.

Blijkt de toename vooral geleid te hebben tot meer afgewezen claims, dan zou dit aspect wel eens minder zwaar kunnen wegen bij bestuurders en mogelijk ook bij commanditaire vennoten. Toename van de duur kan mogelijk ook verklaard worden, zodat beide aspecten nader empirisch onderzoek behoeven met vervolgens adequate publiciteit. Mogelijk dat hierbij de aan- of afwezigheid van verzekeringsdekking voor bijvoorbeeld curatoren een rol speelt, zodat ook dit aspect dan bij de aanpak van deze oorzaak moet worden meegenomen.

Angst bij de bestuurder of commanditaire vennoot omdat hij vreest dat zijn handelen door bijvoorbeeld *hindsight bias* achteraf anders wordt beoordeeld

dan ten tijde van zijn handelen, betreft een oorzaak die niet door de wetgever kan worden weggenomen. Dit ligt op het terrein van de eerdergenoemde actoren met wie de bestuurder of commanditaire vennoot te maken krijgt: de curator, rechter-commissaris en rechter. Zij allen beoordelen het handelen door de bestuurder of commanditaire vennoot met de kennis van de – door het faillissement onfortuinlijke – afloop. Wil een aangesproken bestuurder/commanditaire vennoot ervan op aan kunnen dat uiteindelijk de rechter daarmee verantwoord omgaat (wegnemen is onmogelijk, zoals psychologisch onderzoek telkens lijkt aan te tonen⁴¹), dan is bewustwording daarvan bij de rechter een eerste vereiste. Bij voorkeur ook bij de curator en de rechter-commissaris omdat daarmee wellicht voorkomen kan worden dat een curator de procedure überhaupt start. Vervolgens zullen zij zich moeten bekwamen in technieken om op de juiste manier met die ‘bias’ om te gaan en zich daardoor niet van de wijs te laten brengen. Binnen de samenwerking tussen de Leidse afdelingen Bedrijfswetenschappen en Ondernemingsrecht wordt momenteel zowel in Nederland als in internationaal verband naar dit aspect empirisch onderzoek gedaan onder curatoren en rechters.

VI. Tot besluit

Het is intrigerend om te zien hoe – doorgaans niet-juridisch geschoolde – bestuurders tijdens hun bestuur moeten worstelen met juridische normen, terwijl na afloop in faillissement, als het is misgegaan, juridisch geschoolde curatoren en rechters een oordeel moeten vellen over dat gedrag. Na invoering van een nieuwe (bestuurders)aansprakelijkheidsregel voor de commanditaire vennoot kan zo’n worsteling zich ook bij de personenvennootschappen voordoen. Met zijn benoeming tot raadsheer in de Hoge Raad kan Kroeze de wetenschap met een gerust hart achterlaten. Hij is nu in de unieke positie om als (hoogste) rechter verder invulling en richting te geven aan het fenomeen van de ‘bange bestuurder’, hopelijk in die zin dat die angst gaat verdwijnen bij de (bonafide) bestuurders die misschien soms wel stommiteiten uithalen maar bij wie geen verwijt te maken valt dat zij deden wat zij moesten doen: ondernemen. En dit betekent nu eenmaal: risico nemen met alle mogelijke narigheid voor de vennootschap en de met haar verbonden personen tot gevolg. Of dit ook zal

41. M.J. Kroeze, Oratie, p. 17, vooral noten 67-70; vgl. voor Nederland recent R.W.M. Giard, *Werken aan waarheidsvinding. Over het belang van de juiste onderzoeksmethoden in het aansprakelijkheidsrecht*. Den Haag: BJu 2016 en R.M. Hermans, Het voorkomen van hindsight bias bij het beoordelen van het handelen van ondernemingen, *Fraude – Financieel recht – Ondernemingskamer*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 105-149 en de op 24 juni 2016 door de eerste auteur uitgesproken (maar ongepubliceerde) Leidse oratie “[*]*Jit happens; then and now. Terugblikken en vooruitkijken in het insolventierecht”.

COMMANDITAIR VENNOOT

gelden voor de commanditaire vennoot is nog de vraag.. Met bovenstaande schets hebben wij de vraag of de faillissementscurator 'bange bestuurders' of 'bange commandieten' creëert niet beantwoord. Zij geeft wel aanleiding tot verdergaand empirisch en multidisciplinair onderzoek bij faillissementen over de rol van de curator bij een verschijnsel dat Kroeze met zijn oratie uit 2005 nadrukkelijk op de kaart heeft gezet.