



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Art. 2:11 BW, doorgeefluik van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoe diep kan een bestuurder vallen?

Hanegraaf, C.E.J.M.

Citation

Hanegraaf, C. E. J. M. (2017, June 27). *Art. 2:11 BW, doorgeefluik van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoe diep kan een bestuurder vallen?*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/50155>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/50155>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/50155> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Hanegraaf, C.E.J.M.

Title: Art. 2:11 BW, doorgeefluik van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoe diep kan een bestuurder vallen?

Issue Date: 2017-06-27

Hoofdstuk 5. De normatieve reikwijdte van art. 2:11 BW

5.1 Opzet hoofdstuk 5

In dit hoofdstuk behandel ik de tweede deelvraag van dit onderzoek. Dat betreft de vraag naar de “normatieve reikwijdte” van art. 2:11 BW, ofwel de vraag op welke vormen van (bestuurders)aansprakelijkheid dit artikel betrekking heeft. Welke (bestuurders)aansprakelijkheid onder de normatieve reikwijdte van art. 2:11 BW valt, is niet af te leiden uit de tekst van dit wetsartikel. Die tekst spreekt namelijk slechts over: *“de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon”*. De volgende bestanddelen kunnen in de betreffende zinsnede worden onderscheiden: (i) aansprakelijkheid (ii) van een rechtspersoon (iii) als bestuurder van een rechtspersoon. Bij elk van die elementen zal ik in par. 5.3 en par. 5.4 stilstaan. Eerst maak ik echter enkele opmerkingen over de begrippen “verantwoordelijkheid”, “verantwoording” en “aansprakelijkheid” (par. 5.2).

Teneinde tot een juiste afbakening van de normatieve reikwijdte van art. 2:11 BW te komen, komt in par. 5.5 een aantal gevallen van aansprakelijkheid aan de orde dat *buiten* die reikwijdte valt. Voor de goede orde merk ik op dat het daarbij slechts voorbeelden betreft, hetgeen ook niet anders kan bij het aangeven van gevallen waarop art. 2:11 BW juist *niet* van toepassing is.⁷³⁰ In dit kader dient te worden gedacht aan onder meer de aansprakelijkheid voortvloeiende uit de “403-verklaring” (par. 5.5.1), de borgtocht (art. 7:850 BW) (par. 5.5.2) en de “patronaatsverklaring” (concerngarantie of letter of comfort) (par. 5.5.3).⁷³¹ De betreffende aansprakelijkheid rust niet op de rechtspersoon-bestuurder vanwege diens bestuurderschap, maar vanwege het feit dat die rechtspersoon bijvoorbeeld tevens groepsmaatschappij is. In de vermelde gevallen is sprake van vrijwillige aansprakelijkheid.⁷³² De (toekomstig) schuldeiser weet in een dergelijk geval veelal tot welke schuldenaar hij zich dient te wenden, namelijk tot de groepsmaatschappij/schuldenaar die zich (vrijwillig) heeft verbonden voor de schuld. De noodzaak om tweedegraads bestuurders (mede) aansprakelijk te maken voor die schulden is dan ook veelal afwezig. Mocht een schuldeiser in een dergelijk geval die tweedegraads bestuurders mede aansprakelijk willen laten zijn, dan kan hij een regeling treffen die lijkt op het bepaalde in art. 2:11 BW. Hij kan die tweedegraads bestuurder dan bijvoorbeeld een hoofdelijkheidsverklaring laten afgeven. Aan het slot van deze paragraaf ga ik kort in op de aansprakelijkheid voortvloeiend uit art. 2:55 BW (par. 5.5.4).

Art. 2:354 BW heeft betrekking op het verhalen van kosten van een enquêteprocedure. Ook in dat verband rijst de vraag of een tweedegraads bestuurder via art. 2:11 BW voor de betaling van die kosten kan worden aangesproken (par. 5.6.1). Er zijn voorstanders van die visie, maar ook tegenstanders (par. 5.6.2). Ik denk dat het antwoord op laatstgemelde vraag ontkennend dient te luiden. Mijn standpunt licht ik toe in par. 5.6.3.

In par. 5.8 e.v. wordt ingegaan op de vraag op welke vormen van bestuurdersaansprakelijkheid art. 2:11 BW betrekking heeft. In het kader van de duidelijkheid ware het mooi geweest indien de wetgever bij bepalingen inzake bestuurdersaansprakelijkheid zou hebben aangegeven: *“de onderhavige aansprakelijkheid geldt tevens voor bestuurders van een rechtspersoon-bestuurder”*.⁷³³ Aangezien de wetgever een dergelijke duidelijkheid niet heeft geschapen, was het (tot voor kort althans; zie hierna) door onder meer de plaatsing in de algemene bepalingen van Boek 2 BW onduidelijk of art. 2:11 BW slechts toepasselijk is op de bestuurdersaansprakelijkheid die in Boek 2 BW geregeld is⁷³⁴ of dat alle vormen van aansprakelijkheid die in de uitoefening van de bestuursfunctie kunnen ontstaan daaronder vallen. Mede door de plaatsing van art. 2:11 BW in de algemene bepalingen (Titel 1) van Boek 2 BW bestond - voor zover ik kan nagaan - geen discussie over de toepasselijkheid van art. 2:11 BW op de in Boek 2 BW vermelde vormen van bestuurdersaansprakelijkheid.⁷³⁵ In par. 5.8.2 ga ik kort in op enkele in Boek 2 BW vermelde gronden van bestuurdersaansprakelijkheid. Voor de goede orde merk ik op dat ik in par. 5.8.2 geen aandacht besteed aan het bepaalde in art. 2:216 (lid 3) BW. Gelet op de relatie die ik in het kader van art. 2:11 BW zie tussen art. 6:162 BW en art. 2:216 (lid 3) BW, heb ik ervoor gekozen op laatstgemeld artikel in te gaan ná de behandeling van (art. 2:11 BW en) art. 6:162 BW (par. 5.11).

⁷³⁰ Zo ga ik bijvoorbeeld niet in op de aansprakelijkheid jegens de rechthebbende van de tot bewindvoerder benoemde “rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid” (zie artt. 4:157 lid 3 jo. 4:163 BW).

⁷³¹ Bartman en Dorresteyn 2009, p. 217-219.

⁷³² Zie bijvoorbeeld t.a.v. de zogenoemde “403-verklaring”: Honée 1986, p. 119.

⁷³³ Vgl. (andere woorden) Raaijmakers 1981, p. 797.

⁷³⁴ Wezeman 1998, p. 271 hangt die visie aan.

⁷³⁵ Enzo: Lennarts 1999, p. 263.

In het arrest Kampschöer/Le Roux van 17 februari 2017⁷³⁶ maakt de Hoge Raad een einde aan de in vorige alinea aangeduide onduidelijkheid. De Hoge Raad oordeelt in dat arrest namelijk dat noch uit de tekst, noch uit de ratio van art. 2:11 BW volgt dat een beperking is beoogd tot toepassing van art. 2:11 BW op een of meer bepaalde wettelijke grondslagen van bestuurdersaansprakelijkheid.⁷³⁷ Ook ik ben van mening dat art. 2:11 BW in beginsel betrekking heeft op *alle* gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid. Te denken valt mijns inziens aan onder meer de aansprakelijkheid op grond van de Tweede Misbruikwet. In par. 5.8.3 stel ik enkele (mogelijke) grondslagen van bestuurdersaansprakelijkheid gelegen buiten Boek 2 BW aan de orde. Een andere kwestie waaraan de Hoge Raad in het arrest Kampschöer/Le Roux een eind maakt, is de kwestie of art. 2:11 BW toepasselijk is op de aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW en hoe art. 2:11 BW in dat geval "uitwerkt". In par. 5.10 ga ik nader in op het betreffende arrest.

Ten slotte besteed ik in par. 5.11 aandacht aan art. 2:11 BW in relatie tot art. 2:216 BW. Ik heb ervoor gekozen om dit onderwerp te behandelen ná art. 6:162 BW. Reden daarvoor is dat ik van mening ben dat de wijze waarop art. 2:11 BW naar mijn mening toegepast dient te worden ingeval sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW hetzelfde is als de wijze waarop art. 2:11 BW toegepast dient te worden ingeval sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:216 BW.

5.2 De begrippen verantwoordelijkheid, verantwoording en aansprakelijkheid

In deze paragraaf schets ik het onderscheid tussen de - met elkaar samenhangende - begrippen verantwoordelijkheid, verantwoording en aansprakelijkheid, een en ander uiteraard toegespitst op het rechtspersonenrecht. Ik geef geen definities van die begrippen, maar slechts een korte omschrijving.

Het bestuur is binnen de rechtspersoon verantwoordelijk voor het gevoerde beleid. *Verantwoordelijkheid* - in Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal omschreven als: "*de plicht verantwoording af te leggen*" - ontstaat bij de benoeming tot bestuurder en wordt bepaald door taakomschrijving en/of functie-inhoud.⁷³⁸ Ook al wordt de uitoefening van bepaalde bestuurstaken en -bevoegdheden opgedragen aan individuele bestuurders, de verantwoordelijkheid voor de vervulling van een bepaalde bestuurszaak blijft als onderdeel van het bestuursbeleid - onverminderd de verantwoordelijkheid van afzonderlijke bestuurders⁷³⁹ - geheel berusten bij het bestuur (het principe van collectief of collegiaal bestuur).⁷⁴⁰

De verantwoordelijkheid brengt mee dat het bestuur niet alleen door andere vennootschapsorganen, maar onder omstandigheden ook door andere belanghebbenden op het gevoerde beleid kan worden aangesproken.⁷⁴¹ Ter zake van de verantwoordelijkheid dient (dan ook) rekenschap - ofwel: *verantwoording* - te worden afgelegd.⁷⁴²

Aansprakelijkheid betekent dat de bestuurder aangesproken kan worden op de nakoming van de verplichtingen die hem bij wet of overeenkomst zijn opgelegd c.q. die hij op zich heeft genomen.⁷⁴³ Aansprakelijkheid impliceert een gehoudenheid tot het betalen van een schadevergoeding.⁷⁴⁴ Verantwoordelijkheid kan aansprakelijkheid met zich brengen. Dit betekent overigens niet dat ieder tekort aan verantwoordelijkheid leidt tot aansprakelijkheid.⁷⁴⁵ De collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur kan leiden tot aansprakelijkheid van individuele bestuurders. Dit ziet men terug in onder meer de artt. 2:9 en 2:138/248 BW, maar ook in art. 2:11 BW.

⁷³⁶ HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (Kampschöer/Le Roux).

⁷³⁷ HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (Kampschöer/Le Roux), r.o. 3.4.2.

⁷³⁸ Zie over dit begrip: Glasz, Beckman en Bos 1994, p. 6-7.

⁷³⁹ Uit art. 2:9 BW kan men afleiden dat iedere bestuurder afzonderlijk verantwoordelijk is voor zijn aandeel in het gevoerde beleid.

⁷⁴⁰ Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nrs. 417 en 439. Ik merk op dat ook een individuele bestuurder verantwoordelijkheid heeft en verantwoording moet afleggen, in de eerste plaats aan het bestuur. Vgl. HR 4 december 1992, NJ 1993, 271 (Mast Holding).

⁷⁴¹ Verwezen wordt naar o.a. Olaerts 2007, p. 139-140; Asser/Maeijer 2-III 2000, nr. 319; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 439; Van Schilfgaarde en Winter 2009, nr. 47 en De Valk 2009, p. 21-22.

⁷⁴² Vgl. Glasz 1986, p. 83; Van Schilfgaarde 1986, p. 13-14 en Glasz, Beckman en Bos 1994, p. 8 e.v.

⁷⁴³ Glasz, Beckman en Bos 1994, p. 4. Aldaar wordt tevens vermeld dat de bestuurder met zijn vermogen instaat voor de nakoming van de betreffende verplichtingen waardoor hij "verhaalsaansprakelijkheid" biedt.

⁷⁴⁴ Asser/Maeijer 2-III 2000, nr. 320 en Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 439.

⁷⁴⁵ Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 439 en Van Schilfgaarde 1986, p. 14-15. Zo ook: Glasz 1986, p. 83 die opmerkt dat verantwoordelijkheid staat en valt met de *functie* en aansprakelijkheid *de persoon* treft.

5.3 De aansprakelijkheid van een rechtspersoon

Vereiste voor toepasselijkheid van art. 2:11 BW is dat sprake is van aansprakelijkheid van een rechtspersoon (die bestuurder is van een andere rechtspersoon). Een rechtspersoon is een juridische constructie die niet - zoals een natuurlijke persoon - feitelijk kan handelen en geen intenties heeft. Om tot aansprakelijkheid van een rechtspersoon te komen, dienen uit de aard der zaak dan ook gedragingen van ten minste één natuurlijk persoon als gedraging(en) van een rechtspersoon te worden beschouwd.⁷⁴⁶

In oudere jurisprudentie werd de onrechtmatige daad van een orgaan van een rechtspersoon beschouwd als onrechtmatige daad van de rechtspersoon, wanneer het orgaan had gehandeld binnen de formele kring van zijn bevoegdheid.⁷⁴⁷ Later deed het "maatschappelijk verkeer"-criterium van het Kleuterschool Babel-arrest zijn intrede: gedragingen (handelen en nalaten) van natuurlijke personen die in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de rechtspersoon hebben te gelden, worden toegerekend aan de rechtspersoon, ongeacht of de gedragingen door een orgaan van de rechtspersoon zijn verricht.⁷⁴⁸ Bij de toepassing van dit criterium zijn de omstandigheden van het geval doorslaggevend.⁷⁴⁹ Ook kunnen gedragingen van een rechtspersoon onder omstandigheden worden toegerekend aan een andere rechtspersoon. Zo kunnen onder omstandigheden gedragingen van de tweedegraads bestuurder-natuurlijke persoon in het maatschappelijk verkeer gelden als gedragingen van de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder en de gedragingen van laatstgenoemde kunnen op hun beurt onder omstandigheden weer gelden als gedragingen van de bestuurde rechtspersoon.⁷⁵⁰ Aangezien dit onderwerp buiten het kader van dit onderzoek valt, volsta ik met een verwijzing naar de relevante literatuur ter zake.⁷⁵¹

5.4 De "aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder"

In de jurisprudentie in het kader van art. 2:11 BW treft men een duidelijke afbakening tot "aansprakelijkheid als bestuurder" aan.

In een aan haar voorgelegde zaak overweegt de Rechtbank Arnhem bijvoorbeeld dat op grond van het bepaalde in art. 2:11 BW de op een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon rustende bestuurdersaansprakelijkheid doorgetrokken wordt naar de tweedegraads bestuurder.⁷⁵² Dat artikel veronderstelt derhalve - aldus de rechtbank (in andere bewoordingen) - aansprakelijkheid van de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder *als bestuurder* van de in staat van faillissement verkerende rechtspersoon. Daarvan was in dat geval echter geen sprake. De aansprakelijkheid van de eerstegraads bestuurder berustte immers - aldus de rechtbank - op een andere grondslag, te weten de aansprakelijkheid als oprichter/aandeelhouder voor de volstrichtingsplicht van art. 2:191 BW in samenhang met art. 2:204a BW.⁷⁵³

In een aan de Rechtbank Noord-Holland voorgelegde zaak van 18 september 2013⁷⁵⁴ was gedaagde een natuurlijk persoon die vierdegraads bestuurder was van een beherend vennoot van een commanditaire vennootschap. Beherend vennoot was Global State Jonathan River Plaza B.V. Enig bestuurder van die beherend vennoot was Global State Investments (Europe) B.V. ("**Investments**"). De rechtbank oordeelde dat het gedrag van Investments onrechtmatig was. Bovendien oordeelde de rechtbank dat het handelen van gedaagde als indirect bestuurder van Investments zodanig onzorgvuldig was geweest dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De rechtbank vervolgt met de opmerking dat het verweer dat niet is voldaan aan de vereisten van art. 2:11 BW, omdat noch Investments, noch een andere entiteit een rechtshandeling heeft verricht *in de hoedanigheid van bestuurder*, niet opgaat. Art. 2:11 BW heeft volgens de rechtbank het oog op de situatie dat de bestuurder van de handelende vennootschap (in dit geval Investments) een rechtspersoon is en strekt ertoe te voorkomen dat natuurlijke personen door tussenschakeling van die rechtspersoon aan bestuurdersaansprakelijkheid zouden ontkomen. Volgens de rechtbank is niet vereist dat Investments zelf als bestuurder van een rechtspersoon handelde. Deze redenering is mijns inziens ietwat merkwaardig. Art. 2:11 BW verlangt namelijk dat er sprake is van (aansprakelijkheid van) een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon. De rechtbank kon in dit geval komen tot rechtstreekse aansprakelijkheid van gedaagde. Ware dat niet het geval geweest, dan had de rechtbank

⁷⁴⁶ Vgl. Hoekzema, GS Onrechtmatige daad, aant. VIII.7.1.1.1.

⁷⁴⁷ HR 10 juni 1955, NJ 1955, 552 (Het Noorden/NHL).

⁷⁴⁸ HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 (Kleuterschool Babel), recent herhaald in: HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285 (Resort of the World/Maple Leaf), r.o. 3.7.2. Zie hierover nader: Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 81 en De Valk 2009, pp. 39 en 48 e.v.

⁷⁴⁹ Zie Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 87 waar ingegaan wordt op enkele omstandigheden die van belang kunnen zijn.

⁷⁵⁰ Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 85.

⁷⁵¹ Zie daarover: Hoekzema, GS Onrechtmatige daad, aant. VIII.7.1.1.1. e.v.

⁷⁵² Rechtbank Arnhem 17 augustus 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BR6833.

⁷⁵³ R.o. 4.12.

⁷⁵⁴ Rechtbank Noord-Holland 18 september 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:9458 (Stichting JRP).

om tot aansprakelijkheid “via” art. 2:11 BW te komen wel degelijk moeten vaststellen dat Investments en/of een andere rechtspersoon op had (hadden) getreden *als bestuurder(s)* van een andere rechtspersoon (in dit geval van de beherend vennoot Global State Jonathan River Plaza B.V.) en dat die rechtspersoon-bestuurder(s) *als zodanig* bestuurdersaansprakelijk was (waren).

De Hoge Raad heeft herhaaldelijk aangegeven dat indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, uitgangspunt is dat alleen die vennootschap aansprakelijk is voor daaruit voortvloeiende schade.⁷⁵⁵ Volgens de Hoge Raad is onder bijzondere omstandigheden evenwel naast aansprakelijkheid van die vennootschap, ruimte voor aansprakelijkheid van een bestuurder van de betreffende vennootschap. Voor het aannemen van zodanige aansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.⁷⁵⁶ Of daarvan sprake is, hangt af van de omstandigheden van het geval.⁷⁵⁷ De Hoge Raad acht voor de aansprakelijkheid van bestuurders onder meer bepalend: de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen en het inzicht en de zorgvuldigheid die verwacht mogen worden van een bestuurder die voor zijn taak is berekend en deze nauwgezet vervult.⁷⁵⁸ Met behulp van deze maatstaf kan maatwerk worden geleverd.⁷⁵⁹

Raaijmakers is van mening dat art. 2:11 BW alleen geldt voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW.⁷⁶⁰ De heersende leer is echter dat art. 2:11 BW een (aanzienlijk) ruimere reikwijdte heeft. In het algemeen wordt namelijk aangenomen dat art. 2:11 BW niet slechts betrekking heeft op de aansprakelijkheid van de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder tegenover de bestuurd rechtspersoon (“interne aansprakelijkheid”),⁷⁶¹ maar ook op de aansprakelijkheid tegenover derden (“externe aansprakelijkheid”).⁷⁶² Bij bijvoorbeeld de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW (aansprakelijkheid jegens de vennootschap wegens onbehoorlijke taakvervulling) en de aansprakelijkheid op grond van artt. 2:138/248 BW (aansprakelijkheid jegens de boedel wegens wanbeleid)⁷⁶³ gaat het om overschrijdingen van bepaalde aan bestuurders gerichte normen, zoals de norm: “bestuurder, u zult uw taak op behoorlijke wijze vervullen”. Daarnaast heeft art. 2:11 BW betrekking op de aansprakelijkheid die voortvloeit uit specifieke wettelijke bepalingen waaruit voor de bestuurder aansprakelijkheid (jegens de rechtspersoon) voortvloeit. Te denken valt aan onder meer - doch niet uitsluitend - de artt. 2:30, 2:50a, 2:69/180 lid 2, 2:95 lid 2, 2:98a lid 2-5, 2:98b, 2:98d lid 2, 207a leden 1-3, 2:207d leden 2 en 3, 2:139/249, 2:216 en 2:300a BW.⁷⁶⁴

5.5 Geen aansprakelijkheid als bestuurder

5.5.1 Aansprakelijkheid ex art. 2:403 BW

Art. 2:403 (aanhef en sub c. en f.) BW bepaalt dat een tot een groep⁷⁶⁵ behorende rechtspersoon de jaarrekening niet overeenkomstig de voorschriften van titel 2.9 BW behoeft in te richten, mits de financiële gegevens van de rechtspersoon door een andere rechtspersoon of vennootschap zijn geconsolideerd in een geconsolideerde jaarrekening en de betreffende rechtspersoon of vennootschap schriftelijk heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van de rechtspersoon voortvloeiende schulden. De groepsmaatschappij die zich hoofdelijk verbindt, kan tevens bestuurder zijn. Voor de aansprakelijkheid die op grond van deze zogenoemde “403-verklaring” komt te rusten op de groepsmaatschappij-bestuurder geldt art. 2:11 BW niet. De aansprakelijkheid rust namelijk

⁷⁵⁵ Zie onder meer: HR 6 februari 2015, JOR 2015,102 (Rutten c.s./ Antea c.s.).

⁷⁵⁶ Vgl. HR 6 februari 2015, JOR 2015, 102 (Rutten c.s./ Antea c.s.), r.o. 3.3.3 waar de Hoge Raad verwijst naar HR 5 september 2014, NJ 2015, 21 (RvdW 2014/1014) (Tulip Air) en HR 5 september 2014, NJ 2015, 22 (RCI Financial Services). Zie ook: Gerechtshof Amsterdam 20 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5493 (Achmea Schadeverzekeringen N.V.), r.o. 3.9.

⁷⁵⁷ HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (Staleman/van de Ven). Zie hierover nader: Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nrs. 446 en 447.

⁷⁵⁸ HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (Staleman/van de Ven).

⁷⁵⁹ Dumoulin 2005, par. 7.

⁷⁶⁰ Raaijmakers 1981, p. 797.

⁷⁶¹ Zie daarover: Raaijmakers 2005, p. 2.

⁷⁶² Zie: Asser-van der Grinten II (de rechtspersoon) (1991), nr. 45a; Glasz, Beckman en Bos 1994, p. 104 e.v. (interne aansprakelijkheid) en p. 119 e.v. (externe aansprakelijkheid); Wezeman 1998, p. 370 e.v.; Raaijmakers 2005, p. 2; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 440 en Zilinsky 2017, p. 13 e.v.

⁷⁶³ Vgl. Asser-Maeijer 2 III (1994), nr. 337.

⁷⁶⁴ Vgl. Huizink, GS Rechtspersonen, art. 2:11 BW, aant. 6.4; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 476.

⁷⁶⁵ Zie voor een definitie (althans een aanzet daartoe) van het begrip “groep”: art. 2:24b BW.

niet op de betreffende rechtspersoon als bestuurder, maar op de rechtspersoon in de hoedanigheid van "groepsmaatschappij".⁷⁶⁶

5.5.2 Aansprakelijkheid op grond van borgtocht

Regelmatig komt het bijvoorbeeld in het kader van overname-financieringen voor dat een rechtspersoon zich tegenover een schuldeiser (bijvoorbeeld een bank) verbindt tot nakoming van een verbintenis die een derde - de hoofdschuldenaar (bijvoorbeeld een groepsmaatschappij) - tegenover de schuldeiser heeft of zal krijgen (de borgtocht; vgl. art. 7:850 e.v. BW). Ook hier geldt dat de borg de betreffende overeenkomst niet aangaat als bestuurder. De aansprakelijkheid van de rechtspersoon-borg rust derhalve niet via art. 2:11 BW op de tweedegraads bestuurder van die rechtspersoon.

5.5.3 Aansprakelijkheid op grond van patronaatsverklaring

De patronaatsverklaring betreft een vorm van persoonlijke zekerheid. Een dergelijke verklaring wordt vaak afgegeven in concernverhoudingen, meestal door de moedermaatschappij. Patronaatsverklaringen hebben geen vastomlijnde vorm en/of inhoud. Deze verklaringen worden afgegeven op verzoek van een verbonden persoon (meestal een dochtervennootschap) met de bedoeling een bepaalde mate van zekerheid (gaande van louter morele invloed tot zelfs borgstelling of garantie) te verschaffen aan een kredietverlener teneinde deze laatste te bewegen tot het verstrekken of handhaven van kredieten aan/ten behoeve van de verbonden persoon. Patronaatsverklaringen worden niet afgegeven in de hoedanigheid van bestuurder, maar in de hoedanigheid van bijvoorbeeld moedermaatschappij. Art. 2:11 BW is dan ook niet van toepassing op de uit een patronaatsverklaring voortvloeiende aansprakelijkheid.

5.5.4 Aansprakelijkheid ex art. 2:55 BW

Tuit merkt op dat - indien uit de Memorie van Toelichting afgeleid moet worden dat art. 2:11 BW slechts betrekking heeft op aansprakelijkheid van bestuurders die uit Boek 2 BW voortvloeit (hetgeen naar zijn mening niet verdedigbaar is) - het zaak is om te bekijken welke gevolgen dat kan hebben voor bestuurders van een rechtspersoon-bestuurder en om te bekijken of zo'n beperkte aansprakelijkheid in alle gevallen wel aanvaardbaar is. Hij gaat daarbij onder meer in op art. 2:55 BW.⁷⁶⁷ Art. 2:55 BW bepaalt dat zij die bij de ontbinding van een coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij daarvan leden waren tegenover de rechtspersoon naar de in de statuten aangegeven maatstaf voor een tekort aansprakelijk zijn. Volgens Tuit geldt dat ingeval een lid of meer leden rechtspersoon-bestuurder(s) is (zijn) de bestuurders daarvan mede hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het tekort. Mijns inziens gaat dat te ver. In dit artikel gaat het om aansprakelijkheid van leden, niet van bestuurders. De reikwijdte van art. 2:11 BW zou te ver worden opgerekt indien dat artikel op de onderhavige aansprakelijkheid van toepassing zou zijn.

5.6 Verhaal kosten enquête en art. 2:11 BW

5.6.1 Het verhalen van kosten op grond van art. 2:354 BW

Art. 2:354 BW bepaalt dat de Ondernemingskamer - na kennisneming van het verslag (van de uitkomst van het onderzoek) - op verzoek van de rechtspersoon kan beslissen, dat deze de kosten van het onderzoek geheel of gedeeltelijk kan verhalen op de verzoekers, indien uit het verslag blijkt dat het verzoek niet op redelijke grond is gedaan, dan wel op een bestuurder, een commissaris of een ander die in dienst van de rechtspersoon is, indien uit het verslag blijkt dat deze verantwoordelijk is voor een onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken van⁷⁶⁸ de rechtspersoon.⁷⁶⁹ Aan dit artikel ligt de gedachte ten grondslag dat het niet redelijk is de rechtspersoon de kosten van het onderzoek te laten dragen indien bepaalde personen verantwoordelijk gehouden kunnen worden voor het ontstaan van die kosten.⁷⁷⁰

In de zaak Gerechtshof Amsterdam (OK) d.d. 28 juli 2011, JOR 2011, 329⁷⁷¹ benoemde de Ondernemingskamer een onderzoeker. De Ondernemingskamer bepaalde dat de kosten verbonden

⁷⁶⁶ Zo ook: Van Schilfgaarde 1986, nr. 58.

⁷⁶⁷ Tuit 1982, p. 112.

⁷⁶⁸ Dit is de wettekst. Bedoeld zal zijn: "binnen".

⁷⁶⁹ Zie hierover o.a.: Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 779.

⁷⁷⁰ Zie: Geerts, aantekening 2.

⁷⁷¹ Gerechtshof Amsterdam (OK) 28 juli 2011, JOR 2011, 329 (Scherpenzeel Pensioen/Königsberg), met name r.o. 5.4.

aan de werkzaamheden van de onderzoeker voor rekening kwamen van de rechtspersoon-bestuurder die verantwoordelijk was voor het gevoerde wanbeleid (art. 2:354 BW). Ook de natuurlijk persoon die bestuurder was van de betreffende verantwoordelijke rechtspersoon-bestuurder werd “op de voet van artikel 2:11 BW” veroordeeld tot betaling van de facturen van de onderzoeker.

Hoewel het Gerechtshof Amsterdam in voormeld arrest via art. 2:11 BW komt tot een “kostenveroordeling” van de tweedegraads bestuurder in kwestie, kan men zich de vraag stellen of het in art. 2:354 BW ten aanzien van een bestuurder bepaalde daadwerkelijk via art. 2:11 BW doorwerkt naar een tweedegraads bestuurder. Sommige schrijvers ondersteunen die visie. Andere schrijvers zijn van mening dat art. 2:11 BW in een dergelijk geval niet gehanteerd kan worden.

5.6.2 Voor- en tegenstanders van toepasselijkheid art. 2:11 BW op art. 2:354 BW-situaties

De Valk beschouwt de regeling inzake kostenverhaal van art. 2:354 BW als een bepaling die tot persoonlijke aansprakelijkheid kan leiden. Zij merkt op dat art. 2:354 BW kan worden gezien als een vorm van interne aansprakelijkheid.⁷⁷² Van Schilfgaarde merkt op dat voor een bestuurder als zodanig aansprakelijkheid kan voortvloeien uit art. 2:354 BW. Hij licht dit verder niet toe.⁷⁷³ Ook volgens Bulten en Leijten bevat art. 2:354 BW een aansprakelijkheidsbepaling voor o.a. bestuurders. Indien kosten op een bestuurder verhaald kunnen worden, is hij daarvoor - zo luidt hun redenering - aansprakelijk. Daarbij tekenen zij aan dat het wel een andere aansprakelijkheid is dan die van art. 2:9 BW.⁷⁷⁴ Aangezien art. 2:11 BW betrekking heeft op aansprakelijkheden op grond van Boek 2 BW, heeft dat artikel naar de mening van laatstgenoemde schrijvers ook betrekking op het bepaalde in art. 2:354 BW.⁷⁷⁵

Van den Ingh merkt op dat wat betreft de positie van de bestuurders van belang is dat - indien de geënquêteerde rechtspersoon bestuurd wordt door een rechtspersoon-bestuurder - de bestuurders van die eerstegraads rechtspersoon-bestuurder door de Ondernemingskamer voor de toepassing van art. 2:354 BW worden aangemerkt als bestuurder, dan wel als “*een ander die in dienst van de rechtspersoon is*”. Nu de Hoge Raad blijkens de Text Lite-beschikking⁷⁷⁶ van oordeel is dat functionarissen rechtstreeks tot betaling van de kosten jegens de vennootschap kunnen worden veroordeeld, kan volgens Van den Ingh art. 2:11 BW als grondslag voor deze gelijkstelling dienen.⁷⁷⁷

Josephus Jitta vraagt zich af of de veroordeling van de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder tot betaling van de kosten van het onderzoek als aansprakelijkheid in de zin van art. 2:11 BW kan worden aangemerkt.⁷⁷⁸ Hij geeft op die vraag geen antwoord, maar lijkt van oordeel dat art. 2:11 BW geen betrekking heeft op art. 2:354 BW-situaties.

Ook Bartman staat kritisch ten opzichte van toepasselijkheid van art. 2:11 BW op art. 2:354 BW-situaties. Hij beschouwt de kwestie of de betreffende kosten verhaald kunnen worden op de tweedegraads bestuurder(s) als een uitlegkwestie. Hij is namelijk van mening dat de Ondernemingskamer in voormelde procedure⁷⁷⁹ onder “bestuurder” in de zin van art. 2:354 BW ook de tweedegraads bestuurder had moeten verstaan. Bartman meent echter dat de Ondernemingskamer daarvoor niet het voor bestuurdersaansprakelijkheid ontworpen instrumentarium - waartoe art. 2:11 BW gerekend dient te worden - dient in te zetten.⁷⁸⁰

5.6.3 Mijn visie ten aanzien van toepasselijkheid art. 2:11 BW op art. 2:354 BW-situaties

De (normatieve) reikwijdte van art. 2:11 BW is beperkt tot kwesties van bestuurdersaansprakelijkheid. Indien en voor zover art. 2:354 BW een grondslag zou blijken te zijn van bestuurdersaansprakelijkheid, ben ik van mening dat men via art. 2:11 BW kan komen tot een aansprakelijkheid van en mogelijk een verhaal van kosten op de tweedegraads bestuurder. De vraag rijst dan vervolgens natuurlijk of art. 2:354 BW wel een grondslag van bestuurdersaansprakelijkheid is. Ik ben van mening dat dat niet het geval is en dat mitsdien niet via art. 2:11 BW tot veroordeling van een tweedegraads bestuurder kan worden gekomen. Hierna licht ik mijn mening toe.

⁷⁷² De Valk 2009, p. 30. Zij verwijst naar Geerts 2004, p. 224-240.

⁷⁷³ Van Schilfgaarde 1986, nr. 58.

⁷⁷⁴ Zij geven echter niet aan in hoeverre een verschil bestaat tussen die aansprakelijkheden.

⁷⁷⁵ Bulten en Leijten 2013, p. 182.

⁷⁷⁶ HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671 (Text Lite).

⁷⁷⁷ Van den Ingh 1997.

⁷⁷⁸ Josephus Jitta 2011.

⁷⁷⁹ Gerechtshof Amsterdam (OK) 28 juli 2011, JOR 2011, 329 (Scherpenzeel Pensioen/Königsberg).

⁷⁸⁰ Bartman 2011.

De enquêteprocedure in het algemeen heeft ten doel om de vennootschap ter verantwoording te roepen over de gang van zaken binnen de onderneming.⁷⁸¹ De enquêteprocedure kan een opstap vormen voor een aansprakelijkheidsprocedure.⁷⁸² Het betreft echter zelf niet een aansprakelijkheidsprocedure.⁷⁸³ Het betreffende onderzoek leidt namelijk niet (automatisch) tot een persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder(s). Het is voor het aannemen van wanbeleid niet nodig dat aan bestuurders persoonlijk wanbeleid moet kunnen worden verweten.⁷⁸⁴ De vaststelling van wanbeleid en de vaststelling van aansprakelijkheid dienen in afzonderlijke procedures te worden bereikt.⁷⁸⁵ De rechter in een aansprakelijkheidsprocedure op grond van art. 2:9 BW zal zelfstandig de vordering moeten toetsen, zulks onafhankelijk van het oordeel in een enquêteprocedure of al dan niet sprake is geweest van wanbeleid.⁷⁸⁶ In dit kader wijs ik op de Text Lite-beschikking. In die beschikking heeft de Hoge Raad beslist dat de Ondernemingskamer in art. 2:354 BW de bevoegdheid krijgt om te beslissen dat kosten verhaald kunnen worden op één bestuurder, dan wel meerdere bestuurders. De uitoefening van die bevoegdheid zal volgens de Hoge Raad gemotiveerd moeten worden, hetgeen meebrengt dat - naar omstandigheden - de Ondernemingskamer zal moeten oordelen omtrent het functioneren van individuele bestuurders.⁷⁸⁷ Het oordeel van de Ondernemingskamer dat verzoekers tot cassatie op bepaalde punten verantwoordelijk waren voor het geconstateerde wanbeleid, moet volgens de Hoge Raad in dat licht worden gezien. Volgens de Hoge Raad heeft de Ondernemingskamer daarmee niet een oordeel gegeven over de persoonlijke aansprakelijkheid van de verzoekers voor de gevolgen van het geconstateerde wanbeleid, welk oordeel - aldus de Hoge Raad - overigens buiten de bevoegdheid van de Ondernemingskamer zou vallen.

Van der Sangen gaat in een iets andere context in op het verschil tussen de enquêteprocedure en de bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure. Hij wijst erop dat een voormalig bestuurder van een rechtspersoon - bijvoorbeeld een rechtspersoon-bestuurder - die volgens een ingediend verzoek onderworpen dreigt te worden aan een onderzoek naar het in het verleden mede door deze bestuurder gevoerde beleid en de gang van zaken in de rechtspersoon als belanghebbende in de zin van art. 282 lid 1 Rv kan worden aangemerkt.⁷⁸⁸ Die rechtspersoon-bestuurder kan derhalve in de verzoekschriftprocedure verweer voeren en gehoord worden. Die bevoegdheid komt volgens Van der Sangen aan die rechtspersoon qualitate qua toe en derhalve niet aan de natuurlijke persoon die destijds bestuurder was van de rechtspersoon-bestuurder. De stelling dat deze natuurlijk persoon in zijn hoedanigheid van bestuurder van de rechtspersoon-bestuurder reeds als belanghebbende dient te worden aangemerkt - aangezien hij in een latere aansprakelijkheidsprocedure via art. 2:11 BW op dezelfde voet als de rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk zou kunnen worden gesteld - lijkt hem daartoe onvoldoende.⁷⁸⁹ Een beschikking van de Ondernemingskamer waarbij wanbeleid is vastgesteld en waarbij de kosten van de enquête ten laste van de bestuurder zijn gebracht, kan - aldus terecht Van der Sangen - in een naderhand te voeren gerechtelijke procedure niet leiden tot de vaststelling dat de betreffende bestuurder op grond van bijvoorbeeld art. 2:9 BW aansprakelijk is.⁷⁹⁰

Dat de enquêteprocedure en een (bestuurders)aansprakelijkheidsprocedure verschillende procedures betreffen, betekent natuurlijk niet dat zich tussen de voor de enquêteprocedure relevante wetsartikelen geen artikel kan bevinden dat een grondslag bevat voor bestuurdersaansprakelijkheid. Het betekent echter mijns inziens wel dat men niet al te snel dient aan te nemen dat een dergelijke grondslag aanwezig is in het enquêterecht.

Art. 2:354 BW in het bijzonder geeft een regeling omtrent de veroordeling in onderzoekskosten. Voor toepasselijkheid van art. 2:354 BW is niet vereist dat de bestuurder daadwerkelijk verantwoordelijk en (zelfs) aansprakelijk is voor een onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken van de

⁷⁸¹ Vgl. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nrs. 438 en 726 e.v.

⁷⁸² Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 442.

⁷⁸³ Vgl. Van Solinge 1998; Pitlo en Raaijmakers 2006, p. 283-284 en Glasz 1986, pp. 83 en 85.

⁷⁸⁴ Vgl. de beschikking inzake Ogem (HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466) en Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 442.

⁷⁸⁵ Zo ook onder meer: HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 (Ogem), HR 8 april 2005, NJ 2006, 443, JOR 2005, 119 (Laurus), HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671 (Text Lite) en JOR 1997, 82 (Text Lite). Zie hierover tevens Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 443; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 200; De Valk 2009, p. 28-29 en Lennarts 1999, p. 247. Laatstgenoemde wijst op het feit dat de grens tussen verantwoordelijkheid voor wanbeleid en aansprakelijkheid voor onbehoorlijk bestuur dreigt te vervagen indien de Ondernemingskamer zich uitspreekt over de verantwoordelijkheid van individuele personen. Zij acht het - temeer daar deze procedure te weinig procedurele waarborgen biedt aan verweerders - onwenselijk dat in een enquêteprocedure een voorschot wordt genomen op een latere aansprakelijkheidsprocedure.

⁷⁸⁶ Vgl. Gerechtshof Den Haag 6 april 1999, JOR 1999, 142 (Verto/Drenth) en Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nrs. 443 en 444.

⁷⁸⁷ HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671 (Text Lite).

⁷⁸⁸ HR 6 juni 2003, JOR 2003, 161 (Scheipar).

⁷⁸⁹ Zie: Van der Sangen 2004, p. 12.

⁷⁹⁰ Vgl. HR 4 april 2003, JOR 2003, 134 (Skipper Club Charter).

rechtspersoon. De Ondernemingskamer dient zich echter wel uit te laten over de verantwoordelijkheid van personen. In het onderhavige wetsartikel staat namelijk vermeld dat uit het verslag dient te blijken dat van een dergelijke verantwoordelijkheid sprake is.⁷⁹¹ Dat in een dergelijk geval hoogstwaarschijnlijk daadwerkelijk sprake is van de betreffende verantwoordelijkheid doet hieraan niet af. Of dat het geval is, zal desgewenst in een afzonderlijke procedure vastgesteld dienen te worden. De enquêteprocedure leent zich daarvoor niet.

Art. 2:354 BW spreekt over “het *verhalen* van de kosten van het onderzoek”. Mijs inziens dient een onderscheid gemaakt te worden tussen de (gedeeltelijk) reeds toegelichte begrippen “verhaal”, “verantwoordelijkheid” en “aansprakelijkheid”. Aansprakelijk is hij die aangesproken kan worden tot bijvoorbeeld het verrichten van een bepaalde prestatie. Die aansprakelijkheid kan gebaseerd zijn op bijvoorbeeld een overeenkomst, een onrechtmatige daad of de wet. Verhaalbaarheid betreft de vraag waarop een bepaalde vordering verhaalbaar is of - anders geformuleerd - welke goederen en dieren⁷⁹² voor uitwinning in aanmerking komen. Aansprakelijkheid en verhaalbaarheid vormen niet noodzakelijkerwijze elkaars spiegelbeeld.⁷⁹³ Volgens art. 2:354 BW brengt de blijkens het verslag aanwezig zijnde enkele *verantwoordelijkheid* van een bestuurder blijkaar al de mogelijkheid met zich dat op grond van art. 2:354 BW kosten worden *verhaald* op die bestuurder. Hoewel verantwoordelijkheid vaak aansprakelijkheid impliceert, is verantwoordelijkheid echter niet hetzelfde als aansprakelijkheid.

Zelfs als men het niet bieden van verhaal al kwalificeert als aansprakelijkheid, dan rijst de vraag of sprake is van *bestuurdersaansprakelijkheid*. Volgens Geerts lijkt het erop dat ten aanzien van art. 2:354 BW hetzelfde criterium dient te gelden als bij art. 2:9 BW: de vennootschap kan de onderzoekskosten verhalen indien vast komt te staan dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt.⁷⁹⁴ Ten aanzien van de art. 2:354 BW-procedure merkt Geerts op dat deze “*als ik het zo mag zeggen - een (bijzondere) aansprakelijkheidsprocedure*” is. In een dergelijke procedure hebben bestuurders volgens Geerts niet alleen het recht de bevindingen van de onderzoeker te bestrijden, maar ook het recht om tegenbewijs te leveren tegen voor hen nadelige bevindingen.⁷⁹⁵ In de redenering van Leijten en Bulten is sprake van bestuurdersaansprakelijkheid gelet op het feit dat de kosten op de bestuurder verhaald kunnen worden en hij daarvoor derhalve aansprakelijk is. Op zich valt iets voor die redenering te zeggen, maar in art. 2:354 BW lees ik geen grondslag voor *bestuurdersaansprakelijkheid*. Een duidelijke wettelijke bepaling waaruit de aansprakelijkheid van de bestuurder blijkt, ontbreekt. In het onderhavige geval gaat het niet om een civiele sanctie die de wet stelt op het niet-naleven van in de wet neergelegde normen waardoor de doeleinden van deze normen zo veel mogelijk worden bereikt.⁷⁹⁶ In het gunstigste geval lees ik in het onderhavige wetsartikel “slechts” de aansprakelijkheid (bij niet-betaling) van een persoon die niet alleen wanbetaler, maar toevallig eveneens bestuurder is. Weliswaar wordt geen verhaal geboden door een (eerstegraads) bestuurder, maar ik zie niet in in welke mate de aansprakelijkheidsanalyse (indien daarvan al sprake is) gekleurd wordt door het feit dat sprake is van een bestuurder. Ik vraag mij af waaruit een eventuele grondslag van *bestuurdersaansprakelijkheid* in het onderhavige geval zou moeten bestaan. Is daarbij de norm: “*uit een verslag zal niet naar voren komen dat u als bestuurder verantwoordelijk bent voor een onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken van de rechtspersoon*”? Mijs inziens is dat niet het geval.

De Ondernemingskamer laat zich niet uit over de vraag of sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid van de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder en - indien daarvan sprake is - waaruit die aansprakelijkheid dan zou bestaan. Dat is ook niet de taak van de Ondernemingskamer. Ik kan slechts gissen naar de reden waarom de Ondernemingskamer in voormelde zaak d.d. 28 juli 2011⁷⁹⁷ koos voor een mede op art. 2:11 BW gebaseerde veroordeling van de tweedegraads bestuurder. De reden daarvan kan ingegeven zijn door het feit dat art. 2:354 BW alleen de mogelijkheid opent de bestuurders, commissarissen of anderen die in dienst zijn van de rechtspersoon waarop de enquêteprocedure betrekking heeft, in de kosten van het onderzoek te veroordelen, maar niet de mogelijkheid opent om ook (mede-)beleidsbepalers in die kosten te veroordelen.

De Hoge Raad overweegt in de VHS-beschikking dat in art. 2:354 BW een bijzondere regeling is getroffen, waardoor het niet mogelijk is om de onderzoekskosten via art. 2:9 BW op bestuurders te

⁷⁹¹ Geerts, aantekening 9.2 merkt op dat uit het verslag niet met zoveel woorden moet worden afgeleid dat volgens de onderzoeker sprake is van wanbeleid. Hij verwijst daarbij naar HR 18 april 2003, NJ 2003, 286 (RNA/Rodamco).

⁷⁹² Goederen zijn zaken en vermogensrechten (art. 3:1 BW) en dieren zijn geen zaken (art. 3:2a lid 1 BW).

⁷⁹³ Vgl. Van Mourik 2009, p. 13.

⁷⁹⁴ Geerts, aantekening 9.2.

⁷⁹⁵ Geerts, aantekening 9.4.

⁷⁹⁶ Vgl. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 475 waar onder meer wordt verwezen naar de artt. 2:69/180 lid 2 BW.

⁷⁹⁷ Gerechtshof Amsterdam (OK) 28 juli 2011, JOR 2011, 329 (Scherpenzeel Pensioen/Königsberg).

verhalen.⁷⁹⁸ Die algemeen gestelde aansprakelijkheidsregeling komt volgens de Hoge Raad niet meer aan bod.⁷⁹⁹ De Hoge Raad oordeelt in de VHS-beschikking dat het in art. 2:354 BW gaat om de individuele draagplicht van de personen die verantwoordelijk zijn voor het onjuiste beleid. De Hoge Raad heeft daarmee mijns inziens tot uitdrukking willen brengen dat een kostenverhaal alleen mogelijk is indien de bestuurder een persoonlijk (ernstig) verwijt kan worden gemaakt.⁸⁰⁰ Bevestiging vindt deze visie in het Meavita-arrest. De Hoge Raad heeft daarin (nogmaals) uitgemaakt dat de Ondernemingskamer ten aanzien van onder meer een individuele bestuurder individueel en concreet moet laten blijken dat hij verantwoordelijk is voor het onjuiste beleid of de onbevredigende gang van zaken van de rechtspersoon. Dit houdt volgens de Hoge Raad niet alleen in dat de desbetreffende functionaris formele verantwoordelijkheid droeg, maar tevens dat hem persoonlijk van de onjuistheid van dat beleid of van de onbevredigende gang van zaken een verwijt kan worden gemaakt.⁸⁰¹

Indien de Hoge Raad art. 2:354 BW zou beschouwen als een speciale *aansprakelijkheidsregeling* die derogert aan de algemene interne aansprakelijkheidsregeling van art. 2:9 BW, pleit dat vóór toepassing van art. 2:11 BW op deze “aansprakelijkheid”. Mijns inziens gaat de Hoge Raad echter niet zover en zegt de Hoge Raad niet meer dan dat art. 2:354 BW een speciale *regeling* bevat die derogert aan de algemene interne aansprakelijkheidsregeling van art. 2:9 BW.

Mijns inziens dient art. 2:11 BW eerst en vooral beschouwd te worden als een bepaling die betrekking heeft op aansprakelijkheid voor tekortkomingen in de taakvervulling als bestuurder. Ik beschouw art. 2:354 BW als een regeling omtrent kostenverhaal. Indien een eerstegraads rechtspersoon-bestuurder die kosten niet wil of niet kan betalen, kan men naar mijn mening niet automatisch door middel van art. 2:11 BW de tweedegraads bestuurder daarvoor aansprakelijk houden. Art. 2:11 BW heeft tot doel te voorkomen dat een natuurlijk persoon aan bestuurdersaansprakelijkheid kan ontkomen door tussenschakeling van een rechtspersoon. In het onderhavige geval is mijns inziens echter geen sprake van *bestuurdersaansprakelijkheid*. Gesteld echter dat in art. 2:354 BW wel sprake zou zijn van bestuurdersaansprakelijkheid. In dat geval zou art. 2:11 BW wel van toepassing zijn op die aansprakelijkheid. Alsdan kan mijns inziens echter geen sprake zijn van een “automatische” doorlegging via art. 2:11 BW van aansprakelijkheid naar een tweedegraads bestuurder. Dat zou namelijk niet goed te rijmen zijn met de individuele benadering zoals de Hoge Raad die voorstaat in onder meer de VHS-beschikking en het Meavita-arrest. De bestuurder dient volgens de Hoge Raad persoonlijk van de onjuistheid van het beleid of van de onbevredigende gang van zaken een verwijt te worden gemaakt. Datzelfde dient dan mijns inziens te gelden voor de tweedegraads bestuurder.

Overigens ben ik van mening dat het door mij met voormelde redenering bereikte resultaat het rechtsgevoel niet bevredigt. Mocht mijn redenering juist zijn, dan betekent dat dat men succesvol een rechtspersoon die geen of nauwelijks verhaal biedt, kan “tussenschakelen” zonder dat via art. 2:11 BW de tweedegraads bestuurder aansprakelijk kan worden gehouden voor de in art. 2:354 BW bedoelde kosten. Wil men dat gevolg voorkomen, dan moet mijns inziens de oplossing gezocht worden in een ruime uitleg van het begrip “bestuurder”. In zoverre sluit ik mij dan ook aan bij Bartman. Het in art. 2:354 BW gehanteerde bestuurdersbegrip wordt ook nu overigens reeds ruim uitgelegd. Zo dient uit de strekking van art. 2:354 BW te worden afgeleid dat de vennootschap de onderzoekskosten ook op gewezen functionarissen kan verhalen.⁸⁰² De Ondernemingskamer legt dit artikel ruim uit. In de Bobel-beschikking heeft de Ondernemingskamer de natuurlijke personen die bestuurders waren van de management-B.V. van de vennootschap tot betaling van de kosten van het onderzoek veroordeeld.⁸⁰³ Betrokkenen moeten volgens de Ondernemingskamer worden aangemerkt als bestuurders, althans als “een ander die in dienst van de rechtspersoon is”.⁸⁰⁴

⁷⁹⁸ HR 16 augustus 1996, NJ 1997, 37 (VHS).

⁷⁹⁹ Geerts, aant. 9.

⁸⁰⁰ Vgl. Geerts, aant. 9.2 die zich daarbij baseert op de totstandkomingsgeschiedenis van art. 2:354 BW.

⁸⁰¹ Vgl. HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671 (Tekst Lite), r.o. 4.1.1-4.1.3 en HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2607 (Meavita) r.o. 3.6.2.

⁸⁰² Geerts, aant. 10.

⁸⁰³ HR 19 juni 1997, JOR 1997, 83 (Bobel). Zie daarover: Geerts, aant. 10.

⁸⁰⁴ Geerts, aant. 9.4 acht dit een gekunstelde constructie. Naar zijn mening had de Ondernemingskamer ter ondersteuning van deze beslissing op art. 2:11 BW kunnen wijzen.

5.7 Contractuele aansprakelijkheid en art. 2:11 BW?

Art. 2:11 BW heeft mijns inziens geen betrekking op contractuele aansprakelijkheid. Daarmee is dan ook een belangrijke beperking van de normatieve reikwijdte van art. 2:11 BW gegeven.⁸⁰⁵ Let wel: het gaat hierbij om contractuele aansprakelijkheid van de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder, niet om contractuele aansprakelijkheid van de bestuurdde rechtspersoon. Art. 2:11 BW spreekt over *"aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder [...]"*. Dit staat overigens los van het feit dat contractuele aansprakelijkheid van de bestuurdde rechtspersoon onder omstandigheden kan leiden tot aansprakelijkheid van de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder.⁸⁰⁶

Een andere mening treft men aan bij Akkermans. Laatstgenoemde merkt op dat alle verbintenissen of uit overeenkomst of uit de wet ontstaan. Ook de verbintenis uit overeenkomst ontstaat - zo merkt Akkermans op - uiteindelijk uit de wet. Bestuurders van rechtspersonen - of dat nu zelf weer rechtspersonen zijn of niet - kunnen in die hoedanigheid onrechtmatig handelen of overeenkomsten sluiten. Voor de daaruit voortvloeiende verbintenissen zijn zij volgens Akkermans aansprakelijk. Naar de mening van Akkermans rust die aansprakelijkheid op grond van art. 2:11 BW ook op bestuurders.

Zover als Akkermans gaat - althans wat de aansprakelijkheid uit overeenkomst betreft - wil ik niet gaan. Ik vraag mij overigens af over welke "laag" Akkermans spreekt indien hij het heeft over het sluiten van overeenkomsten in de hoedanigheid van bestuurder. Indien de bestuurdde rechtspersoon een overeenkomst aangaat, zal het veelal de bestuurder van die rechtspersoon zijn die in hoedanigheid van bestuurder de overeenkomst namens de bestuurdde rechtspersoon aangaat (*"de heer X, te dezen handelend in zijn hoedanigheid van zelfstandig bevoegd bestuurder van rechtspersoon Y"*). Ik zie niet in dat de bestuurder (de heer X in het voorbeeld) in een dergelijk geval - behoudens bijkomende omstandigheden - aansprakelijk wordt. Indien hij zichzelf (tot zekerheid) verbindt, is art. 2:11 BW niet toepasselijk. Dat artikel heeft namelijk geen betrekking op vormen van vrijwillige aansprakelijkheid.

Indien sprake is van aansprakelijkheid van een eerstegraads rechtspersoon-bestuurder wegens het niet-nakomen van verplichtingen die voor die bestuurder voortvloeien uit een overeenkomst, is naar mijn mening art. 2:11 BW gelet op het vorenstaande niet toepasbaar. Het staat partijen bij een overeenkomst echter wel vrij om in die overeenkomst een regeling te treffen die overeenkomt met het bepaalde in art. 2:11 BW.⁸⁰⁷ Een dergelijke regeling komt er dan op neer dat een eerstegraads rechtspersoon-bestuurder zich jegens de wederpartij van de bestuurdde rechtspersoon bijvoorbeeld hoofdelijk verbindt tot nakoming van de verplichtingen die voortvloeien uit de betreffende overeenkomst en dat de betreffende aansprakelijkheid tevens rust op de bestuurders van die rechtspersoon-bestuurder. Een dergelijke verklaring ziet men in de praktijk echter vrijwel nooit. Uiteraard verlangt een wederpartij wel vaak dat een rechtspersoon-bestuurder zich als borg verbindt, dan wel zich als hoofdelijk medeschuldenaar verbindt. Een uitbreiding tot tweedegraads bestuurders zal in de regel expliciet plaatsvinden (zodat de wederpartij exact weet wie hij in voorkomend geval aan kan spreken en de schuldenaren weten wie aansprakelijk zijn) en niet door het van overeenkomstige toepassing verklaren van art. 2:11 BW (*"X, Y en Z verbinden zich jegens A hoofdelijk tot nakoming van de verplichtingen die voor B uit de overeenkomst voortvloeien..."*).

5.8 Wettelijke bestuurdersaansprakelijkheid en art. 2:11 BW

5.8.1 Algemene opmerkingen inzake art. 2:11 BW en wettelijke bestuurdersaansprakelijkheid

In de wetsgeschiedenis en in de literatuur vindt men steun voor de opvatting dat art. 2:11 BW slechts betrekking heeft op wettelijke bestuurdersaansprakelijkheid.⁸⁰⁸ Volgens de memorie van toelichting heeft art. 2:11 BW namelijk betrekking op de uit de wet voortvloeiende aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder.⁸⁰⁹ De Minister merkt in dit kader op dat prof. Honée stilstaat bij de vraag welke aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder ingevolge het (toen nog) voorgestelde art. 2:4a BW (thans art. 2:11 BW) tevens aansprakelijkheid oplevert van de bestuurders van die rechtspersoon. De Minister voegt daaraan toe dat hij met genoemde hoogleraar van mening is dat hier wordt gezien op de wettelijke aansprakelijkheid, niet op de contractuele aansprakelijkheid.⁸¹⁰

⁸⁰⁵ Zie: MvA EK, Kamerstukken I, 1985/86, 16 631, nr 27b, p. 22; Gerechtshof Den Haag 13 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2619, r.o. 5.3 en Rechtbank Rotterdam 4 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:879, r.o. 4.1.

⁸⁰⁶ Zie daarover: par. 5.9.2.

⁸⁰⁷ Vgl. De Groot 2011, p. 142. Zie ook Van Schilfgaarde 1986, nr. 58 en Huizink, GS Rechtspersonen, art. 2:11 BW, aant. 6.4.

⁸⁰⁸ Uniken Venema 1981, p. 58; Van Schilfgaarde 1986, nr. 58; Honée 1986, p. 103.

⁸⁰⁹ Kamerstukken I, 1985/1986, 16 631, nr. 27b, p. 22.

⁸¹⁰ Kamerstukken, 16 631, nr. 27b, p. 22.

Honée wijst op het feit dat art. 2:11 BW spreekt over de aansprakelijkheid “als bestuurder”. Dit duidt er volgens Honée op dat het uitsluitend gaat om de aansprakelijkheid die voortkomt uit wetsbepalingen die rechtstreeks betrekking hebben op de aansprakelijkheid van bestuurders ingevolge tekortkomingen in hun taakvervulling.⁸¹¹ Daarbij wijst hij op onder meer de artt. 2:9, 2:138/248 en 2:180 BW. Art. 2:11 BW geldt daarnaast tevens - aldus Honée - voor de aansprakelijkheid die de wet zelfstandig op bestuurders legt.⁸¹²

Van Solinge en Nieuwe Weme merken op dat de aansprakelijkheid waar art. 2:11 BW over handelt de aansprakelijkheid als bestuurder betreft. Hun standpunt stemt overeen met de tekst van de wet. Genoemde schrijvers voegen daaraan toe dat de aansprakelijkheid voort dient te vloeien uit de uitoefening van het “bestuursambt” en dat de grondslag van de aansprakelijkheid niet relevant is. Ik deel het standpunt dat de aansprakelijkheid voort dient te vloeien uit de uitoefening van het bestuursambt. Met het standpunt dat de grondslag van de aansprakelijkheid niet relevant zou zijn, ben ik het echter niet of in elk geval slechts ten dele eens. Art. 2:11 BW heeft betrekking op wettelijke bestuurdersaansprakelijkheid. Daarmee bedoel ik de wettelijke aansprakelijkheid voor handelen en/of nalaten in het kader van de bestuurlijke taakvervulling. Deze wettelijke bestuurdersaansprakelijkheid is steeds gegrond op een tekortkoming in de uitoefening van de bestuurstaak. Op contractuele aansprakelijkheid heeft art. 2:11 BW mijns inziens geen betrekking. De grondslag van de aansprakelijkheid is derhalve - anders dan genoemde schrijvers stellen - wel degelijk relevant.

5.8.2 Art. 2:11 BW en bestuurdersaansprakelijkheid op grond van Boek 2 BW

5.8.2.1 Art. 2:9 BW

Art. 2:9 BW betreft een vorm van interne bestuurdersaansprakelijkheid, te weten aansprakelijkheid van de bestuurder ten opzichte van de bestuurdde rechtspersoon.⁸¹³ Het betreffende artikel bepaalt dat elke bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Een bestuurder is voor het geheel aansprakelijk ter zake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.

Een voorbeeld uit de jurisprudentie waarin een tweedegraads bestuurder aansprakelijk was gesteld op grond van artt. 2:9 jo. 2:11 BW, betreft het arrest HR 11 juni 1999, NJ 1999, 586 (mr. Van Dooren q.q./Hendriks).⁸¹⁴ In een andere zaak overweegt het Gerechtshof Amsterdam dat de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt als vereist voor toepassing van art. 2:9 BW en dat dat krachtens art. 2:11 BW impliceert dat naast de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder ook beide tweedegraads bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn.⁸¹⁵

5.8.2.2 Art. 2:69/180 lid 2 BW

Artt. 2:69/180 lid 2 BW bepalen dat de bestuurders van een N.V./B.V. naast deze vennootschap hoofdelijk aansprakelijk zijn voor elke tijdens hun bestuur verrichte rechtshandeling waardoor de vennootschap wordt verbonden in het tijdvak voordat de opgave ter eerste inschrijving van deze vennootschap in het handelsregister is geschied.

Een voorbeeld uit de jurisprudentie waarin een tweedegraads bestuurder aansprakelijk werd geacht op grond van artt. 2:69 lid 2 jo. 2:11 BW is de zaak Rechtbank Utrecht 26 augustus 1998, JOR 1998, 82. In die zaak was de opgave bij het handelsregister niet tijdig gedaan. Een ander voorbeeld is een arrest van de Hoge Raad d.d. 28 januari 2011⁸¹⁶ waarin de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder werd aangesproken op grond van het (inhoudelijk gelijke) art. 2:180 lid 2 aanhef en sub a. (oud) BW. De tweedegraads natuurlijk persoon-bestuurder werd aangesproken op grond van art. 2:180 lid 2 aanhef en sub a. (oud) BW jo. art. 2:11 BW.⁸¹⁷

Art. 2:180 lid 2 sub b. (oud) BW bevatte een aansprakelijkheid voor schending van de verplichting tot volstorting van de aandelen bij oprichting van de vennootschap.

Een voorbeeld uit de jurisprudentie waarin op die grond “via” art. 2:11 BW aansprakelijkheid van de tweedegraads bestuurder werd aangenomen, betreft een uitspraak van de Voorzieningenrechter Almelo d.d. 4 januari 2007.⁸¹⁸ In die uitspraak kwam de

⁸¹¹ Honée 1986, p. 103.

⁸¹² Honée 1986, p. 103, die daarbij verwijst naar art. 2:207a BW.

⁸¹³ Van Schilfgaarde 1986a, p. 33.

⁸¹⁴ Zie ook bijv. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6779 / JOR 2014, 295 (Goedewaagen/Kamer), m.n. r.o. 6.21 en r.o. 6.35.

⁸¹⁵ Gerechtshof Amsterdam 2 februari 2010, JOR 2010, 334 (Financial Acceptance Corporation c.s./Polyvesta Trust Management c.s.), r.o. 3.11.

⁸¹⁶ HR 28 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7122, NJ 2011, 167 (Staalbankiers/Elko Management).

⁸¹⁷ Meijeren 2011, p. 83-86.

⁸¹⁸ Voorzieningenrechter Almelo 4 januari 2007, JOR 2007, 110.

Voorzieningenrechter tot het voorlopig oordeel dat de oprichter niet had voldaan aan zijn stortingsplicht. De Voorzieningenrechter merkt in de betreffende uitspraak op dat ex art. 2:180 lid 2 BW de eerstegraads bestuurder hoofdelijk aansprakelijk is voor elke tijdens zijn bestuur verrichte rechtshandeling waardoor de bestuurde rechtspersoon wordt verbonden. Ex art. 2:11 BW rust deze aansprakelijkheid - aldus de Voorzieningenrechter - ook op de tweedegraads bestuurder.

In een zaak van de Rechtbank 's-Gravenhage d.d. 17 augustus 2011⁸¹⁹ werd de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk geacht op grond van het bepaalde in art. 2:180 lid 2 sub b. (oud) BW. Van een rechtsgeldige volstorting van de aandelen was namelijk niet gebleken. De tweedegraads bestuurders werden op grond van art. 2:11 BW aansprakelijk gehouden.

5.8.2.3 Art. 2:138/248 BW

Art. 2:138/248 BW betreft een vorm van externe bestuurdersaansprakelijkheid. Het betreft een aansprakelijkheid van de bestuurder ten opzichte van de failliete boedel.⁸²⁰ Art. 2:138/248 BW bepaalt dat in geval van faillissement van de vennootschap iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Onbehoorlijk bestuur kan worden omschreven als bestuur dat onder de maat is van hetgeen in vergelijkbare omstandigheden van een bestuur dat zijn taak goed verstaat, mag worden verwacht.⁸²¹ Voor zover hier van belang bepaalt art. 2:138/248 lid 2 BW dat - indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit artt. 2:10 BW of 2:394 BW - het zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. In dat geval wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Op de (mede-)beleidsbepaler rust - net als op de formele bestuurder - de administratieplicht en publicatieplicht vermeld in de artt. 2:138/248 lid 2 jo. 2:10 resp. 2:394 BW.⁸²² Indien de eerstegraads-(mede-)beleidsbepaler deze verplichtingen schendt, rust de aansprakelijkheid op grond van art. 2:138/248 leden 1 en 2 BW - gelet op het bepaalde in art. 2:11 BW - tevens op de tweedegraads bestuurder.⁸²³

Een voorbeeld uit de jurisprudentie waarin een tweedegraads bestuurder aansprakelijk werd gesteld op grond van artt. 2:248 jo. 2:11 BW betreft het arrest D Group-Schreurs.⁸²⁴ Ook de Rechtbank Rotterdam bevestigt in een uitspraak uit 2013 dat de aansprakelijkheidsregeling van art. 2:248 lid 1 BW op grond van art. 2:11 BW eveneens geldt voor tweedegraads bestuurders van de in staat van faillissement verkerende vennootschap.⁸²⁵

5.8.2.4 Art. 2:139/249 BW

Art. 2:139/249 BW bepaalt dat indien door de jaarrekening, door tussentijdse cijfers of door het jaarverslag voor zover deze bekend zijn gemaakt, een misleidende voorstelling wordt gegeven van de toestand van de vennootschap de bestuurders tegenover derden hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade, door dezen dientengevolge geleden. De bestuurder die bewijst dat dit niet aan hem te wijten is, is niet aansprakelijk.

Een voorbeeld uit de jurisprudentie waarin de aansprakelijkheid van een tweedegraads bestuurder op grond van artt. 2:249 jo. 2:11 BW aan de orde was, betreft de zaak Rechtbank Amsterdam 17 januari 2001, JOR 2001, 84 ((Nusse Brink Commissionairs)).⁸²⁶

5.8.3 Art. 2:11 BW en aansprakelijkheid als bestuurder op grondslagen gelegen buiten Boek 2 BW

5.8.3.1 (Bestuurders)aansprakelijkheid op grond van Boek 1 BW

Bij Boek 1 BW denkt men niet direct aan bestuurdersaansprakelijkheid. Toch treft men in dat Boek wel degelijk ten minste één grond voor bestuurdersaansprakelijkheid aan, althans - iets voorzichtiger geformuleerd - één grond die men als zodanig zou kunnen beschouwen.

⁸¹⁹ Rechtbank 's-Gravenhage 17 augustus 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3302.

⁸²⁰ HR 18 september 2009, JOR 2010, 29 (Bandel/Van den End q.q.), r.o. 3.4.

⁸²¹ Vgl. Huizink 1989, p. 109.

⁸²² Vgl. HR 23 november 2001, NJ 2002, 95 (Mefigro), r.o. 3.6.

⁸²³ Vgl. Bos 2008, p. 231.

⁸²⁴ HR 18 maart 2011, NJ 2011, 132. Dit arrest wordt in Hoofdstuk 6 uitgebreid behandeld.

⁸²⁵ Rechtbank Rotterdam 19 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6573 (mr. Heijmeriks q.q./MCL Holding). Zie voor een ander voorbeeld het vonnis van de Rechtbank Arnhem 23 mei 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW7461, in welke zaak de gedaagde aansprakelijk werd gehouden op grond van artt. 2:248 jo. 2:11 BW. Zie ook: Rechtbank Oost-Nederland 30 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ1102 en Rechtbank Gelderland 18 mei 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2709 (D.O.N. Detacherings Organisatie Nederland), r.o. 4.4.

⁸²⁶ Zie voor een ander voorbeeld: Rechtbank Midden-Nederland 22 januari 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:116 (Bruil Bouwbedrijf Ede), met name r.o. 4.7.

Art. 1:304 lid 1 BW bepaalt dat de bestuurders van een rechtspersoon die als voogd optreedt⁸²⁷ hoofdelijk en persoonlijk aansprakelijk zijn voor iedere schade die te wijten is aan een niet-behoorlijke uitoefening van de voogdij. De schade kan veroorzaakt zijn door een slecht bewind (art. 1:337 lid 2 BW) of door het plegen van een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW).⁸²⁸ Een rechtspersoon kan bestuurder zijn van een dergelijke rechtspersoon-voogd. Dat wordt in elk geval niet verboden.

Ondanks het feit dat onderhavige bepaling aan een bestuurder een aansprakelijkheid oplegt, kan men zich afvragen of - indien sprake is van een rechtspersoon-bestuurder - art. 2:11 BW op de betreffende aansprakelijkheid van toepassing is. Twijfel bij beantwoording van die vraag wordt ingegeven door het feit dat sprake is van een sanctie gesteld op het handelen/nalaten van de bestuurde rechtspersoon, maar niet van een sanctie op het handelen/nalaten van de rechtspersoon-bestuurder. Niettemin ben ik van mening dat deze aansprakelijkheid wel degelijk onder de reikwijdte van art. 2:11 BW valt. Het betreft namelijk een sanctie die de wet aan een bestuurder oplegt in verband met het niet-naleven van in de wet neergelegde normen waardoor de doeleinden van deze normen zo veel mogelijk worden bereikt. De vindplaats in de wet van de grond van bestuurdersaansprakelijkheid (Boek 1 BW, Boek 2 BW of elders) is voor mij niet relevant. Steun voor dit standpunt vind ik in het arrest Kampschöer/Le Roux waarin de Hoge Raad bevestigt dat noch uit de tekst, noch uit de ratio van art. 2:11 BW volgt dat een beperking is beoogd tot toepassing van art. 2:11 BW op een of meer bepaalde wettelijke grondslagen van bestuurdersaansprakelijkheid.⁸²⁹ De Hoge Raad voegt daaraan toe dat art. 2:11 BW van toepassing is in *alle gevallen* waarin een rechtspersoon in zijn hoedanigheid van bestuurder aansprakelijk is op grond van de wet.⁸³⁰

Een aanpak van een tweedegraads bestuurder van een rechtspersoon-voogd zal mijns inziens in dit geval dan ook niet gezocht hoeven te worden in een ruime uitleg van het in het onderhavige artikel gebruikte begrip "bestuurder".⁸³¹

5.8.3.2 Aansprakelijkheid op grond van de Tweede Misbruikwet

De aansprakelijkheid die gebaseerd is op de Tweede Misbruikwet betreft een vorm van wettelijke aansprakelijkheid. In de betreffende wetgeving is een speciale regeling opgenomen voor het geval een lichaam bestuurder is van een ander lichaam.⁸³² Onder "bestuurder" wordt in een dergelijk geval mede verstaan ieder van de bestuurders van het besturende lichaam.⁸³³

De vraag rijst of art. 2:11 BW een rol speelt in het kader van de Tweede Misbruikwet. De Invorderingswet 1845 kende tot 1 juni 1990 een gesloten systeem. Niet duidelijk was indertijd of de Ontvanger wel een beroep zou kunnen doen op het Burgerlijk Wetboek. Thans geldt een open invorderingssysteem.⁸³⁴ Ook de Ontvanger kan tegenwoordig een beroep doen op het bepaalde in het Burgerlijk Wetboek. Het in Hoofdstuk VI (Aansprakelijkheid) van de Invorderingswet 1990 opgenomen art. 32 bepaalt uitdrukkelijk dat de bepalingen van dat hoofdstuk - behoudens voor zover anders is vermeld - het bepaalde met betrekking tot de aansprakelijkheid in enige andere wettelijke regeling onverlet laten.

Naar mijn mening dient art. 2:11 BW te gelden als de algemene regel waaraan de speciale bepalingen in het kader van de Tweede Misbruikwet derogeren. Art. 32 Invorderingswet 1990 laat die mogelijkheid mijns inziens open. Dat de Tweede Misbruikwet eigen schakelbepalingen bevat die een ruime werking kennen, staat mijns inziens niet aan toepassing van art. 2:11 BW in de weg indien en voor zover de reikwijdte van art. 2:11 BW groter is dan de reikwijdte van de betreffende schakelbepalingen. Wel geldt dat de betreffende (schakel)bepalingen dermate ruim zijn geformuleerd dat ik vermoed dat hier wellicht

⁸²⁷ Meer precies: een "gecertificeerde instelling" als bedoeld in art. 1.1 Jeugdwet, zijnde een rechtspersoon die in het bezit is van een certificaat of voorlopig certificaat als bedoeld in art. 3.4 van die wet en die een kinderschermingsmaatregel of jeugdreclassering uitvoert.

⁸²⁸ Dozy 2013. Evenzo: Wezeman 1998, pp. 371-372 die erop wijst dat de aansprakelijkheid van een voogd-rechtspersoon kan voortvloeien uit slecht bewind (art. 1:337 lid 2 BW) of uit onrechtmatige daad. In die gevallen kan volgens Wezeman een actie ex art. 6:162 BW tegen de tweedegraads bestuurders uitkomst bieden.

⁸²⁹ HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (Kampschöer/Le Roux), r.o. 3.4.2.

⁸³⁰ HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (Kampschöer/Le Roux), r.o. 3.4.3.

⁸³¹ Anders: Wezeman 1998, p. 371-372 die van mening is dat de aansprakelijkheid ex art. 1:304 BW niet via art. 2:11 BW kan worden doorgeschakeld. Wezeman beperkt de normatieve reikwijdte van art. 2:11 BW uit rechtszekerheidsoverwegingen tot de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van Boek 2 BW.

⁸³² Vgl. Wezeman 1998, p. 129 e.v.

⁸³³ Zie bijvoorbeeld art. 36 lid 5 sub. c. Invorderingswet 1990; Huizink, GS Rechtspersonen, art. 2:11 BW, aant. 6.6. Zie tevens Van Schilfgaarde 1986, p. 89-90.

⁸³⁴ Vgl. art. 3 lid 2 Invorderingswet 1990. Raaijmakers 2005, p. 4 wijst in dit kader terecht op de grenzen die zijn gesteld door de "leer van de onaanvaardbare doorkruising".

gesleuteld wordt aan een theoretisch probleem.⁸³⁵ Van Schilfgaarde lijkt dezelfde mening te zijn toegedaan. Hij merkt namelijk op dat de Tweede Misbruikwet een speciale regeling bevat voor het geval een lichaam bestuurder is van een ander lichaam. Om die reden komt men volgens Van Schilfgaarde niet toe aan art. 2:11 BW.⁸³⁶

5.8.3.3 Wet op het financieel toezicht (Wft)

In deze paragraaf ga ik kort in op de vraag of art. 2:11 BW van toepassing kan zijn op bestuurdersaansprakelijkheid voortvloeiend uit de - publiekrechtelijke - Wet op het financieel toezicht (Wft). Waar bijvoorbeeld art. 32 van de eveneens publiekrechtelijke Invorderingswet 1990 uitdrukkelijk bepaalt dat de bepalingen van het betreffende hoofdstuk - behoudens voor zover anders is vermeld - het bepaalde met betrekking tot de aansprakelijkheid in enige andere wettelijke regeling onverlet laten, ontbreekt een dergelijke bepaling in de Wft.

Het privaatrecht en het publiekrecht zijn gescheiden rechtsgebieden. Zo is het financiële toezichthouders bijvoorbeeld in beginsel niet toegestaan om de publiekrechtelijke normen uit de Wft en andere financiële wetten met behulp van het privaatrecht te handhaven.⁸³⁷ Een bevestiging van het feit dat het privaatrecht en het publiekrecht "gescheiden werelden" zijn, treft men aan in art. 1:23 Wft. Dat artikel bepaalt dat de rechtsgeldigheid van een *privaatrechtelijke* rechtshandeling die is verricht in strijd met de bij of krachtens de *Wft* gestelde regels niet uit dien hoofde aantastbaar is, behalve voor zover in de Wft anders is bepaald.

Dat gezegd zijnde, neemt de vervlechting tussen de rechtsgebieden de laatste jaren - mede onder invloed van het EU-recht - echter wel toe. Zo ziet men enerzijds dat de publiekrechtelijke gedragsnormen zoals die zijn opgenomen in de Wft en de uitvoeringsbesluiten daarvan doorwerken in de verhouding tussen de betrokken partijen onderling, in het privaatrecht derhalve. Die normen zijn niet onverkort toepasselijk in het privaatrecht, gelet op het belangenverschil dat bestaat tussen het algemeen belang van goed functionerende financiële markten aan de ene kant en het individuele belang bij de betrokken transactie aan de andere kant.⁸³⁸

Anderzijds ziet men ook een (beperkte) mate van doorwerking van het privaatrecht in het publiekrecht. De Raad van State heeft bijvoorbeeld aangegeven - in het advies bij het wetsvoorstel Wft - dat de Wft voor actoren op de financiële markten onder meer een omvangrijk complex publiekrechtelijke gedragsvoorschriften bevat en dat voor die actoren ook de bepalingen van het BW gelden. Volgens de Raad van State hebben tal van bepalingen van het BW tezamen met de daarmee verband houdende jurisprudentie aanzienlijke betekenis voor de rechtsverhoudingen op deelterreinen van het financiële toezicht.⁸³⁹

Hoewel het daarbij niet gaat om een "privaatrechtelijke norm" dient men mijns inziens uiterst voorzichtig te zijn met het - zonder dat de publiekrechtelijke Wft daarvoor een opening biedt - toepassen van een privaatrechtelijke bepaling als art. 2:11 BW op eventuele bestuurdersaansprakelijkheden die voortvloeien uit de Wft. Het kan namelijk grote onduidelijkheid - wellicht zelfs rechtsonzekerheid - scheppen indien een publiekrechtelijke regeling zou voorzien in aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder en de tweedegraads bestuurder(s) via het privaatrechtelijke art. 2:11 BW in dat kader eveneens hoofdelijk aansprakelijk wordt (worden) geacht. Dat mogelijkerwijze de schending van de publiekrechtelijke bepaling in privaatrechtelijke zin een aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) oplevert met de daaraan verbonden consequenties - bijvoorbeeld indien een uitgaande instelling de in de Wft opgenomen bepalingen inzake het verstrekken van informatie niet naleeft, dan wel ingeval sprake is van overtreding van de vergunningplicht⁸⁴⁰ - staat daar overigens los van.

Duidelijk lijkt mij dat art. 2:11 BW geen betrekking heeft op zuiver publiekrechtelijke/bestuurrechtelijke bepalingen van de Wft. Die bepalingen hebben betrekking hebben op de relatie tussen de onderneming en de toezichthoudende overheid en maken geen deel uit van het privaatrecht. Ik wijs in dit kader op de Algemene wet bestuursrecht die als algemene wet voor de bestuursrechtelijke bevoegdheden in de

⁸³⁵ Ook Wezeman 1998, p. 381 merkt op dat de Tweede Misbruikwet zelf voldoende schakelbepalingen kent waardoor art. 2:11 BW niet in een behoefte voorziet.

⁸³⁶ Vgl. Van Schilfgaarde 1986, nr. 58.

⁸³⁷ Doorenbos en Somsen 2013, p. 150-151.

⁸³⁸ Enzo: Wiggers-Rust 2013, p. 1378.

⁸³⁹ Kamerstukken II 2005-2006, 29 708, nr. 20, p. 10. Zie ook: Grundmann-van de Krol 2012, p. 802-803.

⁸⁴⁰ Grundmann-van de Krol 2012, pp. 815 en 818 e.v. en Cherednychenko 2014, p. 181-187.

financiële toezichtwetgeving fungeert. Met de inwerkingtreding op 1 juli 2009 van de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht is het mogelijk om - indien sprake is van een overtreding door een rechtspersoon - niet alleen die rechtspersoon te beboeten, maar ook degene die tot de overtreding opdracht heeft gegeven of hieraan feitelijk leiding heeft gegeven.⁸⁴¹ Daarnaast zijn op 1 augustus 2009 de Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving en het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector in werking getreden. Deze wet- en regelgeving geldt ook voor (bepalingen opgenomen in) de Wft. De onderhavige boetes kunnen opgelegd worden aan feitelijk leidinggevers of opdrachtgevers. Een formeel bestuurder van een rechtspersoon hoeft overigens niet per definitie een opdrachtgever of feitelijk leidinggever te zijn. Het gaat om degene die daadwerkelijk opdracht heeft gegeven of aan de verboden gedraging feitelijk leiding heeft gegeven (zie bijvoorbeeld art. 1:87 Wft). Vaak zal dit een bestuurder zijn, maar dat hoeft niet. Het kan ook iemand zijn die ondergeschikt is aan het bestuur van de vennootschap, maar in werkelijkheid leiding heeft gegeven. Hier is geen sprake van bestuurdersaansprakelijkheid. De aansprakelijkheid rust namelijk niet op een persoon omdat hij (toevallig) bestuurder is, maar omdat hij opdracht heeft gegeven of aan de verboden gedraging feitelijk leiding heeft gegeven. Art. 2:11 BW is alleen al om die reden niet van toepassing.

Toepasselijkheid van art. 2:11 BW op de Wft kan mijns inziens slechts aan de orde zijn indien en voor zover de Wft aan in die wet opgenomen regelingen privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor bestuurders van rechtspersonen verbindt en ter zake niet zelf bepalingen bevat die expliciet, dan wel impliciet de toepasselijkheid van art. 2:11 BW uitsluiten. In de Wft is een aantal regelingen opgenomen op overtreding waarvan een expliciete privaatrechtelijke sanctie staat.⁸⁴² Aan één van die bepalingen besteed ik kort aandacht, te weten art. 1:76 Wft.⁸⁴³ De toezichthouder kan op grond van art. 1:76 lid 1 Wft besluiten een of meer personen te benoemen als curator ten aanzien van alle of bepaalde organen of vertegenwoordigers van een financiële onderneming indien die financiële onderneming niet voldoet aan hetgeen ingevolge de Wft is bepaald. Art. 1:76 lid 3 Wft bevat een soortgelijke bevoegdheid voor DNB. Op grond van art. 1:76 lid 8 aanhef en sub d. Wft is na de benoeming van een curator voor schade ten gevolge van handelingen die zijn verricht in strijd met een besluit als bedoeld in het eerste of derde lid elke persoon die deel uitmaakt van het orgaan van de financiële onderneming dat deze handelingen verrichtte, hoofdelijk aansprakelijk tegenover de financiële onderneming, tenzij het verrichten van deze handelingen niet aan hem is te verwijten en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Hier treft men een privaatrechtelijke sanctie aan in een overigens publiekrechtelijke wet. Net zoals men voor de uitleg van de in het onderhavige artikel gebruikte term "hoofdelijk" te rade gaat in het privaatrechtelijke Boek 6 BW, zo zie ik - ervan uitgaande dat de maatregel van stille curatele ook opgelegd kan worden aan een rechtspersoon die het onderhavige artikel overtreedt⁸⁴⁴ - hier wel een mogelijkheid weggelegd om het privaatrechtelijke art. 2:11 BW toe te passen.

5.9 Art. 2:11 en bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW

5.9.1 Aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW: algemene opmerkingen

Voor een geslaagd beroep op art. 6:162 BW is vereist dat sprake is van - hetgeen niet echt verbazingwekkend is - een daad die onrechtmatig is. Daarvan is sprake bij een inbreuk op een recht of bij strijdigheid met een wettelijke plicht of de maatschappelijke betamelijkheid. Naast de onrechtmatige daad dient sprake te zijn van de volgende elementen: schade, toerekenbaarheid aan de dader, causaal verband tussen de daad en de schade en relativiteit (de geschonden norm moet strekken tot bescherming van de schade zoals de benadeelde die heeft geleden) (art. 6:163 BW).⁸⁴⁵ Voor een bespreking van die elementen wordt verwezen naar de literatuur hierover.⁸⁴⁶

Het leerstuk van de onrechtmatige daad gaat in beginsel uit van de gedachte dat men slechts aansprakelijk is voor *eigen* daden of voor eigen nalaten. Uitzonderingen op die regel dienen in de wet te zijn vastgelegd.⁸⁴⁷ In beginsel zal ten aanzien van elke persoon die op grond van art. 6:162 BW wordt

⁸⁴¹ Zie hierover: Doorenbos en Somsen 2013, p. 104 e.v.

⁸⁴² Grundmann-van de Krol 2012, p. 807. Zie verder over de bestuurdersaansprakelijkheid bij schending van financieel-rechtelijke toezichtsregels: Arons en Busch 2016.

⁸⁴³ Zie daarover: Leuftink en Groffen 1994, p. 268.

⁸⁴⁴ Grundmann-van de Krol 2012, p. 807 voetnoot 17 wijst op deze mogelijkheid, waarbij zij overigens verwijst naar een inmiddels gewijzigd wetsartikel (te weten art. 1:76 lid 8 Wft).

⁸⁴⁵ De relativiteit brengt met zich dat een bestuurder aansprakelijk kan zijn op grond van bijv. art. 2:9 BW zonder dat die bestuurder aansprakelijk is jegens een bepaalde schuldeiser, aangezien niet onzorgvuldig is gehandeld jegens die schuldeiser.

⁸⁴⁶ Bijv. Asser-Hartkamp 2002 (4-III) en De Valk 2009, p. 40-46.

⁸⁴⁷ Zie bijv. art. 6:170 BW (aansprakelijkheid van de werkgever voor onrechtmatige daden van ondergeschikten).

aangesproken, bewezen dienen te worden dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan een maatschappelijk onzorgvuldig handelen of nalaten.⁸⁴⁸

Niet alleen een natuurlijk persoon kan aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Ook een rechtspersoon kan aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad. Een rechtspersoon kan - gelet op het feit dat een rechtspersoon in feite niet meer is dan een "juridische constructie" - niet zelf een onrechtmatige daad plegen. Ten aanzien van een rechtspersoon-bestuurder bijvoorbeeld is een persoonlijk ernstig verwijt moeilijk voorstelbaar.⁸⁴⁹ Er dient daarvoor altijd sprake te zijn van een zekere vorm van toerekening/vereenzelviging. De feitelijk handelende persoon en de rechtspersoon dienen vanuit het perspectief van de benadeelde min of meer met elkaar te vereenzelvigen zijn om tot een toerekening te kunnen komen. Een bijvoorbeeld door een bestuurder gepleegde onrechtmatige daad kan aan een rechtspersoon worden toegerekend, wanneer die daad in het maatschappelijk verkeer als een gedraging van die rechtspersoon heeft te gelden.⁸⁵⁰

5.9.2 Bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW

Al in 1927 oordeelde de Hoge Raad dat een bestuurder uit hoofde van een eigen onrechtmatige daad aansprakelijk was voor door de rechtspersoon gepleegde onrechtmatige daden.⁸⁵¹ De rechtsontwikkeling heeft sindsdien niet stilgestaan en inmiddels is genoegzaam bekend dat de "wanprestatie" (toerekenbare tekortkoming) of onrechtmatige daad van de bestuurde rechtspersoon onder omstandigheden tevens een onrechtmatige daad van de bestuurder daarvan kan betekenen. Dit doet zich voor indien de bestuurder handelt in strijd met de zorgvuldigheid die hij persoonlijk tegenover een gelaedeerde in acht behoort te nemen. Er kan dan sprake zijn van een onrechtmatige daad gepleegd door de bestuurder zelf, bijvoorbeeld wegens het benadelen van schuldeisers. Van een benadeling van schuldeisers kan in elk geval sprake zijn ingeval schuldeisers selectief worden betaald, ingeval sprake is van betalingsonwil, in het geval dat verhaalsmogelijkheden worden gefrustreerd, indien de schijn van kredietwaardigheid wordt gewekt of in het geval dat sprake is van schending van de zogenoemde "Beklamel-norm". Van schending van laatstgemelde norm spreekt men indien een bestuurder namens de door hem bestuurde rechtspersoon verplichtingen aangaat, terwijl de betreffende bestuurder ten tijde van het aangaan van die verplichtingen weet, dan wel behoort te weten dat de rechtspersoon die verplichtingen niet zal kunnen nakomen en geen verhaal biedt voor de schade die het gevolg is van de toerekenbare tekortkoming ("wanprestatie"). Indien aan de vereisten gesteld in art. 6:162 BW voldaan is, kan de gelaedeerde de betreffende bestuurder rechtstreeks aanspreken.⁸⁵² De gelaedeerde dient alsdan ten aanzien van de betreffende bestuurder onder meer te bewijzen dat laatstgenoemde zich schuldig heeft gemaakt aan een maatschappelijk onzorgvuldig handelen of nalaten. Voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW is persoonlijke verwijtbaarheid aan de zijde van de bestuurder in kwestie vereist. De bestuurder dient persoonlijk een voldoende ernstig verwijt gemaakt te kunnen worden. Dat "persoonlijk ernstig verwijt" vormt een belangrijk criterium bij de bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW.⁸⁵³

Er dient sprake te zijn van een eigen gedraging van de bestuurder. Het arrest Pelco/Sturkenboom handelt over een tegen een (mede)bestuurder ingestelde vordering. De Hoge Raad overweegt in dat arrest uitdrukkelijk dat in geval van een aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad een vorm van collectieve verantwoordelijkheid met een daaraan gekoppelde hoofdelijke aansprakelijkheid niet aan de orde is.⁸⁵⁴ Men kan blijkens het arrest Pelco/Sturkenboom alleen de handelende bestuurder aanspreken en niet diens medebestuurder, tenzij er bijzondere omstandigheden zijn en de medebestuurder anderszins nauw bij de betreffende overeenkomst of handeling betrokken is geweest. Persoonlijke verwijtbaarheid is derhalve vereist.⁸⁵⁵

Een ander belangrijk arrest in dat kader is het arrest Ontvanger-Roelofsen.⁸⁵⁶

⁸⁴⁸ Huizink, GS Rechtspersonen, art. 2:9 BW, aant.14.1.

⁸⁴⁹ Zie par. 5.9.2.

⁸⁵⁰ Zie HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 (Kleuterschool Babel), HR 11 november 2005, NJ 2007, 231 (Voorsluijs) en HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285 (Resort of the World/Maple Leaf), r.o. 3.7.2.

⁸⁵¹ HR 25 november 1927, NJ 1928, 364 (Kretzschmar/Mendes de Leon). De Hoge Raad hanteerde als onderscheidend criterium of hetgeen als bestuurders was gedaan van dien aard was 'dat zij daardoor geacht kunnen worden persoonlijk eene onrechtmatige handeling te hebben gepleegd'.

⁸⁵² Vgl. De Groot 2011, pp. 50 en 52.

⁸⁵³ Zie over dit begrip: Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 200 alwaar naar relevante jurisprudentie wordt verwezen.

⁸⁵⁴ HR 8 januari 1999, NJ 1999, 318 (Pelco/Sturkenboom). Zie hierover: De Valk 2009, p. 89 en 93 e.v.

⁸⁵⁵ Vgl. HR 8 januari 1999, NJ 1999, 318 (Pelco/Sturkenboom), r.o. 3.6.

⁸⁵⁶ HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (Ontvanger/Roelofsen). Zie over dit arrest: Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 469.

Aan dat arrest ligt de situatie ten grondslag waarin een schuldeiser van een rechtspersoon wordt benadeeld door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering op de rechtspersoon. De Hoge Raad gaat in op de aansprakelijkheid van de bestuurder die namens de (bestuurde) rechtspersoon de verbintenis is aangegaan, dan wel heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de (bestuurde) rechtspersoon zijn verplichtingen niet nakomt.⁸⁵⁷ De Hoge Raad oordeelt dat het in een dergelijk geval gaat om benadeling van een schuldeiser van een rechtspersoon door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering. Ter zake van deze benadeling zal volgens de Hoge Raad naast de aansprakelijkheid van de rechtspersoon mogelijk ook - afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval - grond zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de rechtspersoon heeft gehandeld, dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de rechtspersoon zijn wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen mag in het algemeen - zo vervolgt de Hoge Raad - alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de rechtspersoon onrechtmatig heeft gehandeld wanneer hem - mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW - een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.⁸⁵⁸

De vraag of een bestuurder maatschappelijk onbetamelijk of onzorgvuldig heeft gehandeld jegens een derde in de zin van art. 6:162 BW wordt (mede) ingekleurd door de ernstig verwijt-norm uit art. 2:9 BW. De wettelijke norm voor interne aansprakelijkheid heeft aldus een zekere reflexwerking naar de norm die geldt voor externe aansprakelijkheid.⁸⁵⁹ Een bestuurder pleegt slechts dan een onrechtmatige daad jegens een derde, indien deze derde de bestuurder "persoonlijk een ernstig verwijt" kan maken.⁸⁶⁰

Voor de onder (i) bedoelde gevallen is volgens de Hoge Raad in de rechtspraak de maatstaf aanvaard dat persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de vennootschap kan worden aangenomen wanneer deze bij het namens de rechtspersoon aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de rechtspersoon niet zijn verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem ter zake van de benadeling *geen persoonlijk verwijt* gemaakt kan worden. In de onder (ii) bedoelde gevallen kan de betrokken bestuurder voor schade van de schuldeiser aansprakelijk worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn indien komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de rechtspersoon tot gevolg zou hebben dat deze zijn verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.⁸⁶¹ Er kunnen zich echter volgens de Hoge Raad ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen.⁸⁶²

Hiervoor gaat het om onrechtmatig handelen van de bestuurder van een rechtspersoon. Onder omstandigheden kan een bestuurder ook voor onrechtmatig handelen van de rechtspersoon zelf persoonlijk aansprakelijk worden gehouden.

De Hoge Raad overweegt in een arrest uit 2012⁸⁶³ namelijk - nadat hij heeft opgemerkt dat het middel zich ter ondersteuning van de klachten beroept op de in de rechtspraak van de Hoge Raad⁸⁶⁴ ontwikkelde criteria voor de aansprakelijkheid jegens derden van bestuurders van rechtspersonen - dat bedoelde rechtspraak ziet op een eventuele aansprakelijkheid van de bestuurder in een situatie waarin een schuldeiser van de rechtspersoon wordt benadeeld door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering op de rechtspersoon. Daarbij gaat het om gevallen waarin de bestuurder (i) namens de rechtspersoon een verbintenis is aangegaan, dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de rechtspersoon zijn wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In deze gevallen is volgens de Hoge Raad voor aansprakelijkheid van de bestuurder vereist dat hem (persoonlijk) een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Eenzelfde maatstaf is volgens de Hoge Raad op zijn plaats bij beantwoording van de vraag of een bestuurder aansprakelijk is voor onrechtmatig handelen van de rechtspersoon. Ook daarvoor kan de bestuurder slechts (naast de rechtspersoon) persoonlijk aansprakelijk gehouden worden - aldus de Hoge Raad - indien hem ter zake van het onrechtmatig handelen van de rechtspersoon persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt op de grond dat hij dat handelen in verband met de kenbare belangen van de benadeelde had behoren te voorkomen.⁸⁶⁵

Blijkens jurisprudentie van de Hoge Raad is voormelde norm uit het arrest *Ontvanger/Roelofsen* eveneens van toepassing op de tweedegraads bestuurder.⁸⁶⁶

⁸⁵⁷ HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 (Beklamel); HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766 (Romme/Bakker); HR 18 februari 2000, NJ 2000, 295 (New Holland Belgium / Oosterhof) en HR 18 oktober 2002, JOR 2003, 22 (Uniekaas/Voerman).

⁸⁵⁸ De Hoge Raad verwijst daarbij naar zijn arrest HR 18 februari 2000, NJ 2000, 295 (New Holland Belgium/Oosterhof).

⁸⁵⁹ Schild 2015, par. 3 en Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nr. 208.

⁸⁶⁰ HR 5 september 2014, NJ 2015, 21 (RvdW 2014,1014) (Tulip Air) en HR 5 september 2014, NJ 2015, 22 (RCI Financial Services).

⁸⁶¹ Vgl. ook HR 4 april 2014, NJ 2014, 195 (Van der Valk c.s./Ingwersen q.q. en Mulder q.q.).

⁸⁶² R.o. 3.5.

⁸⁶³ HR 23 november 2012, NJ 2013, 302 (Spaanse villa).

⁸⁶⁴ In het bijzonder HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (Ontvanger/Roelofsen).

⁸⁶⁵ R.o. 3.4.1.

⁸⁶⁶ HR 23 mei 2014, JOR 2014, 229 (Kok/mr. Maas q.q.), r.o. 3.3.3: "Dit geval vertoont zoveel gelijkenis met het geval waarin aan de orde is of een bestuurder op de voet van art. 6:162 BW aansprakelijk is op de grond dat hij heeft meegewerkt aan benadeling van schuldeisers van de gefailleerde vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van hun vordering, dat bij de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag aansluiting moet worden gezocht bij de maatstaven zoals vermeld in HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 [...]".

5.9.3 Parlementaire Geschiedenis inzake de verhouding tussen artt. 6:162 en 2:11 BW

Uit de Parlementaire Geschiedenis kan men - met enige voorzichtigheid - afleiden dat de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) onder de normatieve reikwijdte van art. 2:11 BW valt. In het kader van art. 2:11 BW wordt namelijk niet alleen verwezen naar de aansprakelijkheid uit hoofde van artt. 2:9 BW en 2:138/248 BW, maar ook naar de aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW.⁸⁶⁷ De Minister merkt tijdens de parlementaire behandeling van art. 2:11 BW op dat naar zijn mening art. 6:162 BW niet hoeft te worden uitgesloten van toepasselijkheid van art. 2:11 BW. Men kan deze wettelijke aansprakelijkheidsgrond - aldus de Minister - weliswaar niet op één lijn stellen met die uit art. 2:138/248 BW, maar dan toch wel als wettelijke aansprakelijkheid daarmee vergelijken.⁸⁶⁸ De Minister voegt daaraan toe dat het feit dat de aansprakelijkheid uit art. 2:138/248 BW door art. 2:11 BW (2:4a oud BW) wordt gedekt ook prof. Honée (die van mening is dat art. 6:162 BW buiten de normatieve reikwijdte van art. 2:11 BW valt) niet zal willen bestrijden.⁸⁶⁹ De Minister merkt op dat hem niet duidelijk is waarom de aansprakelijkheid ex art. 6:162 (1401 oud) BW tegenover schuldeisers zou zijn uitgesloten van de toepasselijkheid van art. 2:11 BW.⁸⁷⁰

In de Parlementaire Geschiedenis wordt derhalve opgemerkt dat het niet duidelijk is waarom art. 6:162 BW in het kader van de normatieve reikwijdte van art. 2:11 BW niet op één lijn gesteld zou kunnen worden met artt. 2:9 en 2:248 BW en dat het bij art. 6:162 BW (ook) gaat om een wettelijke aansprakelijkheid. Een (duidelijke) onderbouwing waarom art. 2:11 BW van toepassing is op de aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW treft men aldaar echter niet aan.

5.10 Art. 2:11 BW en de bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW

5.10.1 De opvatting van de Hoge Raad in het arrest Kampschöer/Le Roux

In het arrest Kampschöer/Le Roux⁸⁷¹ d.d. 17 februari 2017 oordeelt de Hoge Raad dat noch uit de tekst, noch uit de ratio van art. 2:11 BW volgt dat een beperking is beoogd tot toepassing van art. 2:11 BW op een of meer bepaalde wettelijke grondslagen van bestuurdersaansprakelijkheid. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat deze uitleg van art. 2:11 BW strookt met de opmerking van de Minister tijdens de parlementaire behandeling van deze bepaling, dat hem niet duidelijk is waarom de aansprakelijkheid ingevolge (thans) art. 6:162 BW tegenover schuldeisers en die uit (thans) art. 2:9 BW zouden zijn uitgesloten en dat deze wettelijke aansprakelijkheden te vergelijken zijn met die van art. 2:138 BW en art. 2:248 BW.⁸⁷²

Een bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder die uit hoofde van de wetsbepaling waaruit de aansprakelijkheid voortvloeit, een grond tot disculpatie heeft om de aanspraak af te weren, kan zich daarop volgens de Hoge Raad beroepen, onafhankelijk van de rechtspersoon-bestuurder.⁸⁷³ Of een wetsbepaling waaruit aansprakelijkheid voortvloeit, de mogelijkheid van disculpatie biedt, moet worden bepaald door uitleg van die bepaling.

Volgens de Hoge Raad volgt uit het voorgaande dat art. 2:11 BW van toepassing is in alle gevallen waarin een rechtspersoon in zijn hoedanigheid van bestuurder aansprakelijk is op grond van de wet. Daaronder valt ook de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder die is gebaseerd op art. 6:162 BW.⁸⁷⁴ Deze aansprakelijkheid rust volgens de Hoge Raad dan tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder daarvan bestuurder is. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat dit betekent dat voor vestiging van de aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder niet de aanvullende eis geldt dat de schuldeiser stelt - en zo nodig bewijst - dat ook die bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Uit de aard van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW volgt echter wel - aldus de Hoge Raad - dat als een rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk is op die grond, een bestuurder

⁸⁶⁷ Kamerstukken I, 1985/86, 16 631, nr. 27b, p. 22.

⁸⁶⁸ Kamerstukken I, 1985/86, 16 621, nr. 27b, p. 22 (MvA). Vgl. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (Kampschöer/Le Roux), m.n. r.o. 3.4.2.

⁸⁶⁹ Art. 1401 (oud) BW is de voorloper van art. 6:162 BW. Art. 8 (oud) BW is de voorloper van art. 2:9 BW.

⁸⁷⁰ Kamerstukken I, 1985/86, 16 631, nr. 27b, p. 22 (MvA).

⁸⁷¹ HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (Kampschöer/Le Roux).

⁸⁷² HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (Kampschöer/Le Roux), r.o. 3.4.2 alwaar de Hoge Raad verwijst naar: Kamerstukken I 1985-1986, 16 631, nr. 27b, p. 22.

⁸⁷³ HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (Kampschöer/Le Roux), r.o. 3.4.2 alwaar de Hoge Raad verwijst naar: Kamerstukken II 1983-1984, 16 631, nr. 6, p. 18 en nr. 9, p. 15-16.

⁸⁷⁴ HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (Kampschöer/Le Roux), r.o. 3.4.3.

van die rechtspersoon-bestuurder aansprakelijkheid op grond van art. 2:11 BW (alsnog) kan voorkomen door te stellen - en zo nodig te bewijzen - dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van de gedragingen waarop de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder is gebaseerd. Naar de mening van de Hoge Raad doet deze bewijslastverdeling recht zowel aan de ratio van art. 2:11 BW als aan de vereisten voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW.⁸⁷⁵

Kortom: in de opvatting van de Hoge Raad valt de aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW onder de normatieve reikwijdte van art. 2:11 BW en werkt deze direct ("automatisch") door naar tweedegraads bestuurders, die op hun beurt kunnen proberen zich te disculperen.

5.10.2 Mijn commentaar naar aanleiding van het arrest Kampschöer/Le Roux

De Hoge Raad merkt in het arrest Kampschöer/Le Roux⁸⁷⁶ op dat hij art. 6:162 BW beschouwt als een (specifieke) grond van bestuurdersaansprakelijkheid die onder de reikwijdte van art. 2:11 BW valt. Ingeval sprake is van aansprakelijkheid van de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder, dan is de hoofdelijke aansprakelijkheid op dezelfde grondslag van de tweedegraads bestuurder(s) in beginsel gegeven. Door aldus te oordelen, maakt de Hoge Raad een einde aan een al langere tijd in de jurisprudentie en doctrine bestaande onduidelijkheid. Of op een eerstegraads rechtspersoon-bestuurder een vorm van collectieve bestuurdersaansprakelijkheid vermeld in Boek 2 BW rust of de individuele bestuurdersaansprakelijkheid van art. 6:162 BW, dat maakt in de opvatting van de Hoge Raad in zijn uitwerking niet uit.

Indien een schuldeiser een tweedegraads bestuurder *direct* aansprakelijk wenst te houden op grond van art. 6:162 BW, dient die schuldeiser per tweedegraads bestuurder aan te tonen dat voldaan is aan de voor een dergelijke aansprakelijkheid geldende eisen. De schuldeiser in kwestie dient per tweedegraads bestuurder onder meer aan te tonen dat sprake is van een "persoonlijk ernstig verwijt".⁸⁷⁷ Dat kan uiteraard lastig zijn. Hoe lastiger de bewijslast voor de schuldeiser is, hoe lastiger het is om daadwerkelijk tot een aansprakelijkheid van een (tweedegraads) bestuurder te komen. De Hoge Raad verbindt aan art. 2:11 BW in combinatie met art. 6:162 BW een regeling omtrent bewijslastverdeling. Daarmee komt de Hoge Raad de schuldeiser tegemoet in zijn lastige bewijspositie. Om tot een *indirecte* aansprakelijkheid van tweedegraads bestuurders op grond van artt. 6:162 jo. 2:11 BW te komen, dient een schuldeiser "slechts" het handelen dat aan de *eerstegraads* rechtspersoon-bestuurder kan worden toegerekend te toetsen aan de maatstaven van art. 6:162 BW. Is die eerstegraads rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk, dan zijn de tweedegraads bestuurders in beginsel allen "automatisch" hoofdelijk aansprakelijk.⁸⁷⁸ De omvang van de aansprakelijkheid verschilt alsdan in beginsel niet per individuele tweedegraads bestuurder. Voordeel van de opvatting van de Hoge Raad - althans vanuit het perspectief van een schuldeiser - is derhalve dat de schuldeiser die erin slaagt bestuurdersaansprakelijkheid van een eerstegraads rechtspersoon-bestuurder aan te tonen, er in beginsel min of meer automatisch ten minste één (hoofdelijk aansprakelijke) schuldenaar (de tweedegraads bestuurder) verkrijgt. Het behoeft geen betoog dat het beschikken over meerdere schuldenaren (de eerstegraads bestuurder én de tweedegraads bestuurders) de verhaalsmogelijkheden voor een schuldeiser vergroot ten opzichte van de situatie waarin een schuldeiser slechts over één schuldenaar (de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder) "beschikt".

Op basis van *de tekst* van art. 2:11 BW kan men de door de Hoge Raad voorgestane "automatische" aansprakelijkheid van een tweedegraads bestuurder zeer goed verdedigen. In dat artikel staat immers dat de bestuurdersaansprakelijkheid van de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder hoofdelijk rust op de tweedegraads bestuurders. Dat gezegd zijnde, kan ik mij niet verenigen met de wijze waarop de Hoge Raad de bewijslast verdeelt tussen de schuldeiser en tweedegraads bestuurders. Die bewijslastverdeling brengt mee dat tweedegraads bestuurders geconfronteerd kunnen worden met bestuurdersaansprakelijkheid waarmee zij niet of niet noodzakelijkerwijze geconfronteerd zouden worden indien zij rechtstreeks bestuurders zouden zijn geweest. Hierna licht ik mijn kritiek op het arrest nader toe.

⁸⁷⁵ HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (Kampschöer/Le Roux), r.o. 3.4.3.

⁸⁷⁶ HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (Kampschöer/Le Roux).

⁸⁷⁷ Zie o.a. navolgende jurisprudentie: HR 5 september 2014, NJ 2015, 21 (RvdW 2014/1014) (Tulip Air) en HR 5 september 2014, NJ 2015, 22 (RCI Financial Services). Vgl. Assink 2013, par. 6.

⁸⁷⁸ HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (Kampschöer/Le Roux), m.n. r.o. 3.4.3 en 3.4.4.

De Hoge Raad laat ten onrechte de aanpak van misbruik prevaleren boven de rechtszekerheid

Bestuurders dienen onder omstandigheden in het belang van de bestuurd rechtspersoon scherp aan de wind te kunnen zeilen. Zij dienen - soms noodgedwongen - risico's te nemen die anderen liever vermijden. Het bijzondere karakter van het zijn van bestuurder brengt mee dat aan bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW strenge eisen worden gesteld.⁸⁷⁹ Om die reden heeft het vereiste van het persoonlijk ernstig verwijt zijn intrede gedaan in de jurisprudentie. Zonder dit aspect uitdrukkelijk te benoemen, laat de Hoge Raad in het arrest Kampschöer/Le Roux de wens om misbruik van rechtspersoonlijkheid tegen te gaan, prevaleren boven de rechtszekerheid. Door de aanname dat een tweedegraads bestuurder van een op grond van art. 6:162 BW aansprakelijke eerstegraads rechtspersoon-bestuurder automatisch aansprakelijk is "via" art. 2:11 BW kan *misbruik* van rechtspersoonlijkheid worden tegengegaan. Echter: aangezien een dergelijke "automatisch aansprakelijke" tweedegraads bestuurder vervolgens maar dient te stellen en - zo nodig - dient te bewijzen dat hem persoonlijk *geen* ernstig verwijt kan worden gemaakt, komt mijns inziens de rechtszekerheid op de tocht te staan. Dat geldt in elk geval voor de tweedegraads bestuurder in kwestie. Het is namelijk maar zeer de vraag of zo'n tweedegraads bestuurder die automatische aansprakelijkheid van zich af kan werpen. Toepassing van art. 2:11 BW op de wijze zoals de Hoge Raad die voorstaat, leidt ertoe dat voor de bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW wordt verondersteld dat de tweedegraads bestuurder(s) een persoonlijk ernstig verwijt gemaakt kan worden. Het aantonen van schuld is in de opvatting van de Hoge Raad in feite niet langer vereist voor een geslaagd beroep op art. 6:162 BW. Mijns inziens druist de bewijsregel die de Hoge Raad - niet de wetgever - introduceert in tegen de *onschuldpresumptie* waarvan art. 6:162 BW uitgaat. Het uitgangspunt van art. 6:162 BW is namelijk dat eenieder alleen aansprakelijk kan zijn voor zijn *eigen* daden en nalatigheden, tenzij uitdrukkelijk uit de wet anders voortvloeit. Men kan mij tegenwerpen dat art. 2:11 BW kan worden beschouwd als een dergelijke wettelijke basis waaruit anders voortvloeit. Gelet op onder meer het feit dat ik art. 2:11 BW een neutrale werking toeken en ik in de wetsgeschiedenis geen basis aantref voor de "automatische" werking van art. 2:11 BW in gevallen als de onderhavige (zie hierna), beschouw ik dat artikel niet als een artikel dat afwijking van de basisprincipes van art. 6:162 BW rechtvaardigt.

De Hoge Raad gaat mijns inziens wel erg gemakkelijk voorbij aan de last die hij oplegt aan de in beginsel aansprakelijk geachte tweedegraads bestuurder. Van een (zeer) behoorlijk handelend (tweedegraads) bestuurder mag men mijns inziens verwachten dat hij/zij zich op de hoogte houdt c.q. laat houden van bestuursaangelegenheden. Tevens mag men verwachten dat een dergelijke bestuurder zo nodig - al is het maar om achteraf niet met aansprakelijkstellingen geconfronteerd te worden - kwesties (zoals eigen standpunten) schriftelijk bevestigt c.q. vastlegt of (in notulen) laat vastleggen. Uitgaande van de opvatting van de Hoge Raad geldt echter dat de in beginsel aansprakelijk geachte tweedegraads bestuurder onder meer zal dienen te stellen, aannemelijk zal dienen te maken en "zo nodig" (hetgeen er in de praktijk op neerkomt: altijd of vrijwel altijd) zal dienen te bewijzen dat hij *niet*, dan wel nauwelijks betrokken is geweest bij de gewraakte handelingen en uitdrukkelijk daarvan afstand heeft genomen. *Hij* dient aan te tonen dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt treft. Zelfs een (zeer) behoorlijk handelend (tweedegraads) bestuurder zal dergelijk tegenbewijs echter onmogelijk of erg lastig kunnen leveren. Bij een "normale" bewijslastverdeling (lees: een bewijslastverdeling waarin de schuldeiser onder meer het persoonlijk ernstige verwijt aan de zijde van een tweedegraads bestuurder dient aan te tonen) speelt dit tot op zekere hoogte natuurlijk ook. Daar is het echter zo dat de tweedegraads bestuurder zich geconfronteerd ziet met concrete aantijgingen vanuit de schuldeiser die hij (de tweedegraads bestuurder) kan trachten te weerleggen.

Gevol van de bewijsregel die de Hoge Raad introduceert, is dat het *de facto* gemakkelijker is om (via art. 2:11 BW) op grond van art. 6:162 BW een (tweedegraads) bestuurder aansprakelijk te houden dan om een willekeurige derde (voor wie de persoonlijk ernstig verwijt-maatstaf niet geldt) aansprakelijk te houden. Daarbij vraag ik mij af in hoeverre nog daadwerkelijk gesproken kan worden over een *persoonlijk* ernstig verwijt indien je als tweedegraads bestuurder automatisch wordt opgezaaid met een aansprakelijkheid op grond van artt. 6:162 jo. 2:11 BW. Ik vind dat het niet de bedoeling kan zijn dat tweedegraads bestuurders automatisch aansprakelijk zijn, zulks al helemaal niet gelet op het feit dat de aansprakelijkheid van de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder ook kan berusten op het gedrag van andere functionarissen, zoals andere tweedegraads bestuurders.

⁸⁷⁹ Vgl. Rechtbank Rotterdam 22 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1671 (Connexxion Openbaar Vervoer/the People Corporation), r.o. 4.6 waar gewezen wordt op het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.

In aansluiting op het vorenstaande geldt dat het helemaal niet nodig is om door middel van omkering van de bewijslast “via art. 2:11 BW” misbruik van rechtspersoonlijkheid aan te pakken. Dergelijk misbruik wordt door de geïntroduceerde bewijslastverdeling lastiger gemaakt, maar dat misbruik kon en kan al worden tegengegaan door naast de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder de tweedegraads bestuurders rechtstreeks op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk te stellen.⁸⁸⁰ De op art. 6:162 BW gebaseerde normen voor de aansprakelijkheid van bestuurders zijn namelijk rechtstreeks van toepassing op tweedegraads bestuurders. Een schuldeiser dient aan te tonen dat de tweedegraads bestuurders zich hebben bemoeid met het beleid en dat zij daardoor een zorgplicht hebben geschonden. Er gold en er geldt geen beperking om het handelen van de individuele tweedegraads bestuurders aan deze normen te toetsen. In de context van art. 6:162 BW is het derhalve niet nodig om art. 2:11 BW toe te passen om te voorkomen dat een natuurlijke persoon zijn aansprakelijkheid als bestuurder kan ontlopen door zijn bestuurstaken formeel te laten verrichten door een rechtspersoon.⁸⁸¹

In dit kader wijs ik op een arrest uit 2001⁸⁸² waarin de Hoge Raad de bestuurder van de moedermaatschappij die uit onrechtmatige daad aansprakelijk werd gehouden jegens schuldeisers van haar dochtervennootschap, ook zelf onrechtmatig handelen jegens die schuldeisers verwijt.⁸⁸³ Tevens wijs ik op een arrest uit 2014 waarin de Hoge Raad een tweedegraads bestuurder-natuurlijk persoon rechtstreeks aansprakelijk acht op grond van onrechtmatige daad.⁸⁸⁴ De Hoge Raad gaat in het betreffende arrest in op de aansprakelijkheid van een tweedegraads bestuurder en op de vraag of voor die aansprakelijkheid relevantie toekomt aan het feit dat die bestuurder niet direct, maar indirect bestuurder is.⁸⁸⁵ De Hoge Raad oordeelt dat dat niet zo is. Hij stelt dat de maatstaf uit het arrest *Ontvanger/Roelofsen*⁸⁸⁶ ook van toepassing is op een tweedegraads bestuurder. De route via art. 2:11 BW naar de tweedegraads bestuurder kan derhalve gevolgd worden, maar dat is niet noodzakelijk.⁸⁸⁷ De (eerstegraads of tweedegraads) bestuurder die weet of behoort te weten dat schade zal worden aangericht én vanuit zijn positie redelijkerwijs bij machte is om die schade te voorkomen, kan daartoe gehouden zijn. Terzijde merk ik op dat ook personen die niet formeel bestuurder zijn, doch wel (mede) het beleid van een rechtspersoon bepalen onder omstandigheden rechtstreeks op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk kunnen zijn ten opzichte van derden, zoals niet-betalde crediteuren.⁸⁸⁸ Een (mede-)beleidsbepaler is niet slechts aansprakelijk indien de vereiste wetenschap (omtrent benadeling van crediteuren) aanwezig is, maar onder omstandigheden eveneens indien hij zich intensief met de bedrijfsvoering bezighoudt en in feite de volledige zeggenschap heeft over de rechtspersoon.⁸⁸⁹ Naast intensieve bemoeienis met de bedrijfsvoering is voor de aansprakelijkheid eveneens persoonlijke verwijtbaarheid vereist.⁸⁹⁰

De Hoge Raad laat het door art. 6:162 BW verlangde causale verband los

Art. 6:162 BW vereist een causaal verband tussen handelen/nalaten enerzijds en schade anderzijds. Ik ben van mening dat dat causale verband bij de door de Hoge Raad voorgestane “automatische” doorwerking van art. 2:11 BW naar tweedegraads bestuurders wordt losgelaten althans ten onrechte verondersteld wordt aanwezig te zijn. De schade is namelijk niet noodzakelijkerwijs het gevolg van handelen/nalaten van een tweedegraads bestuurder, terwijl die in beginsel wel aansprakelijk wordt gehouden.

De Hoge Raad behandelt ten onrechte collectieve en individuele aansprakelijkheid op dezelfde wijze

Boek 2 BW gaat in het algemeen uit van een *collectieve* aansprakelijkheid van het hele bestuur.⁸⁹¹ Voor de aansprakelijkheid van een eerstegraads bestuurder op grond van art. 2:9 BW geldt bijvoorbeeld in beginsel het uitgangspunt van *collegialiteit*.⁸⁹² Men kan stellen dat de aansprakelijkheid van de tweedegraads bestuurder op grond van artt. 2:9 jo. 2:11 BW een kwalitatief karakter heeft.⁸⁹³ Art. 2:138/248 BW bepaalt dat onder omstandigheden iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk

⁸⁸⁰ Lennarts 1999, p. 264.

⁸⁸¹ Van Bekkum 2015, par. 5.

⁸⁸² HR 21 december 2001, RvdW 2002, 6; JOR 2002, 38 (Hurks II).

⁸⁸³ Vgl. Van Schilfgaarde en Winter 2009, par. 49.

⁸⁸⁴ HR 23 mei 2014, JOR 2014, 229 (Kok/mr. Maas q.q.). Zie ook: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:203, r.o. 5.15, die daarbij verwijst naar dit arrest. Vrijwel dezelfde overweging treft men aan in: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 25 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9126/JOR 2015, 3 (De Vries/mr. Wimmenhove-Kossen q.q.), r.o. 6.6.

⁸⁸⁵ Van Bekkum 2014.

⁸⁸⁶ HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (Ontvanger/Roelofsen).

⁸⁸⁷ Van Bekkum 2014, par. 11.

⁸⁸⁸ Huizink, GS Rechtspersonen, art. 2:9 BW, aant. 14.7.

⁸⁸⁹ HR 14 november 1997, NJ 1998, 270 (Henkel/JMG).

⁸⁹⁰ Asser/Maeijer 2-III 2000, nr. 622 en Olaerts 2007, p. 178.

⁸⁹¹ Van Bekkum 2015, par. 4.

⁸⁹² Elke bestuurder draagt op grond van art. 2:9 BW namelijk verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken en dit artikel schept een hoofdelijke aansprakelijkheid voor onbehoorlijk bestuur. Vgl. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015, nrs. 194 en 198.

⁸⁹³ Van een dergelijke kwalitatieve aansprakelijkheid is in mijn opvatting eveneens sprake bij de combinatie van (onder meer) artt. 6:162 jo. 2:11 BW. Anders dan de Hoge Raad oordeelt in het arrest HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (Kampschöer/Le Roux) dient men naar mijn mening voor iedere tweedegraads bestuurder echter nog steeds te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij door zijn bemoeienis met bijvoorbeeld de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder persoonlijk onrechtmatig heeft gehandeld.

aansprakelijk is. In beginsel (behoudens disculpatie) is een bestuurder derhalve ook aansprakelijk voor de gedragingen en het nalaten van zijn medebestuurder(s).

Art. 6:162 BW daarentegen biedt geen grondslag voor collectieve aansprakelijkheid. Dat artikel benadert de aansprakelijkheid van een persoon op *individuele* basis. Zelfs de tekst van art. 6:162 BW benadrukt die individualiteit: “*Hij die ...*”.⁸⁹⁴ In dat artikel wordt niet gesproken over andere personen dan deze persoon. Steeds is vereist dat de aangesproken bestuurder zich *persoonlijk* schuldig heeft gemaakt aan een onrechtmatige gedraging.⁸⁹⁵ Een benadeelde zal niet alleen moeten aantonen dat hem persoonlijk een ernstig verwijt valt te maken, maar tevens moeten (kunnen) onderbouwen waarom dat het geval is.⁸⁹⁶ Wordt ten aanzien van één bestuurder vastgesteld dat hem een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, dan is de aansprakelijkheid van de andere bestuurders daarmee nog niet gegeven.⁸⁹⁷ Gegeven deze individuele benadering kan mijns inziens niet het standpunt van de Hoge Raad worden aanvaard dat - indien een eerstegraads rechtspersoon-bestuurder individueel aansprakelijk is op grond van art. 6:162 BW - diens bestuurders vervolgens “*ineens*” (via art. 2:11 BW) in beginsel collectief aansprakelijk zijn.⁸⁹⁸

Bij het doorgrijpen naar een tweedegraads bestuurder via art. 2:11 BW dient men mijns inziens niet aan de collectieve, dan wel individuele aard van de aansprakelijkheden te tornen. Indien men de *abstractietheorie* toepast, doet men alsof een tweedegraads bestuurder eerstegraads bestuurder is. In dat geval geldt dat - teneinde de bestuurder in kwestie aansprakelijk te kunnen houden op grond van art. 6:162 BW - men onder meer dient aan te tonen dat hem persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Ten aanzien van elke bestuurder zal men derhalve stellen en moeten (kunnen) bewijzen dat voldaan is aan de bestanddelen van art. 6:162 BW. Per tweedegraads bestuurder dient de betreffende toets te worden uitgevoerd, waarbij aan die tweedegraads bestuurder de daarbij behorende disculpatiemogelijkheden toekomen. Door de automatische doorwerking van art. 2:11 BW zoals de Hoge Raad die voorstaat, wordt een bestuurder die wellicht geen blaam treft aansprakelijk geacht voor de onrechtmatige gedragingen van een andere bestuurder.⁸⁹⁹ Indien een bestuurder de bestuurstaak rechtstreeks uitvoert, zou voor zijn aansprakelijkheid het aantonen van een persoonlijk ernstig verwijt zijn vereist, terwijl als hij deze taken indirect (door tussenschakeling van een rechtspersoon-bestuurder) uitvoert, voor zijn aansprakelijkheid ook een persoonlijk ernstig verwijt dat uitsluitend de (eerstegraads) rechtspersoon-bestuurder en zijn tweedegraads medebestuurders treft voldoende kan zijn. Bij die tweedegraads bestuurder kan de persoonlijke verwijtbaarheid ontbreken, terwijl die bestuurder niet slaagt in het bewijs van het ontbreken daarvan. Dat gaat mijns inziens (veel) te ver. Uitgaande van het arrest Kampschöer/Le Roux kan een merkwaardige situatie ontstaan indien sprake is van meerdere tweedegraads bestuurders. Gedragingen van een (tweedegraads) natuurlijk persoon-bestuurder worden toegerekend aan de (eerstegraads) rechtspersoon-bestuurder. Vervolgens kan het echter ook zo zijn dat een andere (tweedegraads) natuurlijk persoon-bestuurder via art. 2:11 BW aansprakelijk wordt gehouden, terwijl laatstgenoemde persoon aan de onrechtmatige gedraging(en) van zijn medebestuurder geen bijdrage hoeft te hebben geleverd. Sterker nog: het kan zo zijn dat hij daarvan geen enkele wetenschap heeft gehad.⁹⁰⁰

Het zijn van tweedegraads bestuurder verwordt tot een soort risicoaansprakelijkheid

Gedachte achter art. 2:11 BW is dat een natuurlijk persoon vanuit het perspectief van bestuurdersaansprakelijkheid geen voordeel hoeft te hebben van het feit dat hij een (door hem gecontroleerde) rechtspersoon als bestuurder “tussenschakelt”. Was die natuurlijke persoon namelijk *direct* bestuurder geweest, dan zou hij onder omstandigheden zelf bestuurdersaansprakelijk (kunnen) zijn. Laat diezelfde natuurlijke persoon de functie van bestuurder uitoefenen door een rechtspersoon, dan zou de betreffende natuurlijke persoon - zonder een bepaling als die van art. 2:11 BW - aan bestuurdersaansprakelijkheid ontkomen. Om die reden is in art. 2:11 BW een hoofdelijke aansprakelijkheid van de tweedegraads bestuurders vastgelegd.⁹⁰¹

⁸⁹⁴ In zoverre wijkt art. 6:162 BW derhalve af van onder meer art. 6:166 BW dat onder voorwaarden een hoofdelijke aansprakelijkheid bevat voor het geval een tot een groep behorende persoon onrechtmatig schade toebrengt.

⁸⁹⁵ Vgl. Roest 2016, nr. 7.

⁸⁹⁶ HR 5 september 2014, RvdW 2014, 1014 (Tulip Air), r.o. 3.5.2.

⁸⁹⁷ Vgl. Assink 2013, par. 9.

⁸⁹⁸ Ook Roest 2016 is van mening dat in aanzet individuele aansprakelijkheid zich niet van rechtswege mag vertalen in hoofdelijkheid, zelfs niet als de medebestuurders zich kunnen disculperen. Bartman 2016 (a) merkt op dat het argument van Roest in elk geval niet opgaat wanneer de rechtspersoon-bestuurder slechts één bestuurder heeft. Er ontstaat dan immers volgens Bartman geen hoofdelijkheid op tweedegraads niveau.

⁸⁹⁹ Vgl. Hellinga 2013, p. 86.

⁹⁰⁰ Vgl. Hellinga 2013, p. 85.

⁹⁰¹ Vgl. Kamerstukken 16 631, nr. 6, p. 18 en nr. 9, p. 15-16.

Dat een natuurlijk persoon *geen voordeel* hoeft te hebben van het feit dat hij ten minste één rechtspersoon-bestuurder heeft “tussengeschied”, betekent mijns inziens nog niet dat hij door aldus te handelen *een nadeel* dient te hebben. Zoals de titel van dit onderzoek aangeeft, betreft art. 2:11 BW mijns inziens in feite niet meer dan een “*doorgeefluik*” van aansprakelijkheid. Door de automatische doorwerking “via art. 2:11 BW” van de aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW van de eerstegraads bestuurder naar de tweedegraads bestuurder(s) maakt de Hoge Raad van art. 2:11 BW een soort “*aansprakelijkheidsvergroter*”.⁹⁰² Die “vergroting” - of wellicht beter gezegd: “verzwaring” - treedt op ten opzichte van de situatie waarin de tweedegraads bestuurders eerstegraads bestuurders zouden zijn geweest. Daarnaast treedt een verzwaring op ten opzichte van de situatie waarin men rechtstreeks de tweedegraads bestuurders ex art. 6:162 BW aansprakelijk zou stellen. Die verzwaring is gelegen in het feit dat personen aansprakelijk worden gehouden die - waren zij eerstegraads bestuurders geweest - wellicht helemaal niet aansprakelijk zouden zijn. Dat laatste kan het geval zijn indien niet aangetoond kan worden dat die personen persoonlijk een ernstig verwijt treft. De betreffende tweedegraads bestuurders hebben door deze gang van zaken een processueel nadeel. Zij worden namelijk geacht in beginsel aansprakelijk te zijn, tenzij zij zich kunnen disculperen. Daarmee verwordt het zijn van bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder tot een soort “*risicoaansprakelijkheid*”. Er is als het ware sprake van een soort sanctie op het zijn van tweedegraads bestuurder.

Aanhangers van de opvatting van de Hoge Raad zullen mij tegenwerpen dat van een “aansprakelijkheidsvergroter” toch ook sprake is ingeval art. 2:11 BW wordt toegepast op bijvoorbeeld art. 2:9 BW en op artt. 2:138/248 BW. Waarom dan niet ingeval art. 2:11 BW wordt toegepast op (onder meer) art. 6:162 BW? Mijn antwoord daarop is dat ook in geval van toepasselijkheid van art. 2:11 BW op de op artt. 2:9 en 2:138/248 BW gebaseerde bestuurdersaansprakelijkheid geen sprake is van een daadwerkelijke vergroting van de aansprakelijkheid. De personen die bij toepassing van laatstgemelde artikelen namelijk via art. 2:11 BW hoofdelijk aansprakelijk worden, zouden dat ook zijn indien artt. 2:9 en 2:138/248 BW rechtstreeks op die personen van toepassing zouden zijn. Deze artikelen bevatten een vorm van *collectieve aansprakelijkheid*. Die collectiviteit blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat die artikelen de volgende termen gebruiken: “*Elke bestuurder*”, “*iedere bestuurder*”, “*hoofdelijk aansprakelijk*”, “*voor het geheel aansprakelijkheid*” en “*de aan anderen toebedeelde taken*”. Daarnaast geldt dat die collectiviteit blijkt uit het feit dat niet op voorhand van ieder van de in de betreffende artikelen genoemde bestuurders een ernstig verwijt aangetoond behoeft te worden.

De door de Hoge Raad geïntroduceerde bewijslastverdeling is niet nodig om strijd met het doel en de strekking van art. 2:11 BW te voorkomen

De zware bewijslast die de Hoge Raad aan tweedegraads bestuurders oplegt, is niet nodig om strijd met het doel en de strekking van art. 2:11 BW te voorkomen. Doel van art. 2:11 BW is dat uiteindelijk ten minste één natuurlijk persoon bestuursverantwoordelijkheid draagt. Strekking is het voorkomen van misbruik van rechtspersoonlijkheid door het op tweedegraads bestuurders van overeenkomstige toepassing verklaren van aansprakelijkheidsbepalingen die gelden voor eerstegraads bestuurders. Tegen een tweedegraads bestuurder dienen namelijk dezelfde aansprakelijkheidsbepalingen te kunnen worden ingeroepen als tegen een eerstegraads bestuurder.⁹⁰³ Van misbruik van rechtspersoonlijkheid kan bij een aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW echter geen sprake zijn. De schuldeiser kan bij een dergelijke aansprakelijkstelling zijn pijlen namelijk al *rechtstreeks* richten op de natuurlijke persoon die uiteindelijk bestuursverantwoordelijkheid draagt (de tweedegraads bestuurder). Alleen de bestuurder die de verweten gedraging persoonlijk heeft verricht, kan daar op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk voor worden gehouden. Bij de aansprakelijkheden die vermeld zijn in Boek 2 BW ligt dat anders. Die bepalingen richten zich namelijk tot de eerstegraads bestuurder. Is dit een rechtspersoon-bestuurder die bijvoorbeeld geen verhaal biedt, dan kan zonder een bepaling met de inhoud van art. 2:11 BW aan de aansprakelijkheid gebaseerd op bepalingen uit Boek 2 BW op gemakkelijke wijze ontkomen worden.⁹⁰⁴

⁹⁰² De aansprakelijkheid zelf wordt uiteraard niet vergroot, maar de kans op aansprakelijkheid wordt groter.

⁹⁰³ Zie: Wezeman 1998, p. 372-373. Wezeman geeft aan dat het zinloos is om art. 2:11 BW toe te passen in geval van aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW, aangezien dit niet meer inhoudt dan dat ook tegen de tweedegraads bestuurder ex art. 6:162 BW kan worden geprocedeerd. Het lijkt erop dat Wezeman deze visie later heeft verlaten. Kroeze en Wezeman 2016, pp. 221-222 merken namelijk op dat de aansprakelijkheid waarop art. 2:11 BW betrekking heeft niet tot een bepaalde categorie beperkt is. Vervolgens merken zij op: “*Dit kan zijn aansprakelijkheid tegenover de rechtspersoon uit art. 2:9 BW, tegenover derden uit art. 6:162 BW of tegenover de boedel uit art. 2:138/248 BW.*” Kroeze en Wezeman 2016, p. 222 voetnoot 5 voegen daar - zonder nadere onderbouwing/toelichting - aan toe: “*Zie (nog) in andere zin voor art. 6:162 BW J.B. Wezeman, Aansprakelijkheid van bestuurders, Deventer: Kluwer 1998, p. 372 e.v.*”.

⁹⁰⁴ Hellings 2013, p. 85.

Wetsgeschiedenis is te onduidelijk om een automatische doorwerking te rechtvaardigen

De Hoge Raad verwijst in het onderhavige arrest naar een passage uit de wetsgeschiedenis waarin een aanknopingspunt kan worden gevonden voor het onder de reikwijdte van art. 2:11 BW scharen van de aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW.⁹⁰⁵ De betreffende passage heeft naar mijn mening inderdaad als strekking dat art. 2:11 BW van toepassing is op de bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW. Mijs inziens kan uit de opmerking van de Minister echter niet meer worden afgeleid dan dat hij niet inziet waarom art. 2:11 BW in het geschetste geval niet van toepassing zou zijn.⁹⁰⁶ De Minister heeft tijdens de parlementaire behandeling van (de voorloper van) art. 2:11 BW niet klip en klaar gezegd dát art. 2:11 BW betrekking heeft op (onder meer) de aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW. Het is naar mijn mening derhalve niet zo dat de wetgever heel goed heeft nagedacht over toepasselijkheid van art. 2:11 BW op de aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW en al zeker niet over de wijze waarop die toepasselijkheid gestalte dient te krijgen. Anders dan de Hoge Raad blijkbaar meent, hoeft het mede daarom helemaal niet zo te zijn dat art. 2:11 BW in dit geval praktische betekenis dient toe te komen.

Mijs inziens dient aan art. 2:11 BW in het kader van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW geen praktisch/bewijsrechtelijk nut toe te komen. Aan het woord “hoofdelijk” in art. 2:11 BW komt naar mijn mening in dat kader geen betekenis toe (ik verwijs naar de *abstractietheorie*). De opvatting van de Hoge Raad is naar mijn mening slechts redelijk in de situatie waarin ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder sprake is van slechts één tweedegraads bestuurder en overigens geen sprake is van functionarissen wier gedrag toegerekend kan worden aan de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder. Veelal zal het zo zijn dat juist het gedrag van de tweedegraads bestuurder wordt toegerekend aan de eerstegraads bestuurder en dat op deze wijze tot aansprakelijkheid van die eerstegraads rechtspersoon-bestuurder wordt gekomen. Indien er - zoals zo vaak - meerdere tweedegraads bestuurders zijn, werkt de opvatting van de Hoge Raad naar mijn mening niet redelijk uit.⁹⁰⁷

Conclusie commentaar op het arrest Kampschöer/Le Roux

Art. 2:11 BW is ooit bedoeld om de figuur van de rechtspersoon-bestuurder in het Nederlandse rechtspersonenrecht te kunnen handhaven. Alle mooie bedoelingen die de Hoge Raad wellicht heeft ten spijt (schuldeisers en curatoren zien hun kansen toenemen om hun vorderingen te verhalen), kan de door hem geïntroduceerde bewijslastverdeling meebrengen dat die figuur aan populariteit zal inboeten. Gelet op de zienswijze van de Hoge Raad is het voor een persoon namelijk in het algemeen gunstiger om direct bestuurder te zijn van een rechtspersoon dan om (indirect) “via” een rechtspersoon-bestuurder daarvan bestuurder te zijn. In laatstgemeld geval kan een tweedegraads bestuurder immers opgezadeld worden met een “automatische aansprakelijkheid” en daardoor met de zware last om een negatief feit (*“mij valt persoonlijk geen ernstig verwijt te maken”*) aan te tonen.

5.11 Art. 2:11 en bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:216 BW

5.11.1 De eisen gesteld aan aansprakelijkheid op grond van art. 2:216 BW

Op 1 oktober 2012 is de huidige versie van art. 2:216 BW in werking getreden.⁹⁰⁸ Art. 2:216 lid 1 BW bepaalt dat de algemene vergadering van een besloten vennootschap bevoegd is tot bestemming van de winst die door de vaststelling van de jaarrekening is bepaald en tot vaststelling van uitkeringen, voor zover het eigen vermogen groter is dan de wettelijke of statutaire reserves (de zogenoemde “balanstest”). Blijkens art. 2:216 lid 2 1^e volzin BW geldt daarnaast dat een besluit dat strekt tot uitkering geen gevolgen heeft zolang het bestuur geen goedkeuring heeft verleend. Art. 2:216 lid 2 2^e volzin BW bepaalt dat het bestuur de goedkeuring weigert indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden (de zogenoemde “uitkeringstest”).

Indien de vennootschap na een uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, zijn de bestuurders die dat ten tijde van de uitkering wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien jegens de vennootschap hoofdelijk verbonden voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan,

⁹⁰⁵ Zie daarover: par. 5.9.3.

⁹⁰⁶ Hellinga 2013, p. 86 en Lennarts 1999, p. 263.

⁹⁰⁷ Vgl. Wezeman 1998, p. 373 die omkering van de bewijslast ten nadele van de tweedegraads bestuurder indien de aansprakelijkheid van de eerstegraads rechtspersoon-bestuurder is vastgesteld eveneens te ver vindt gaan.

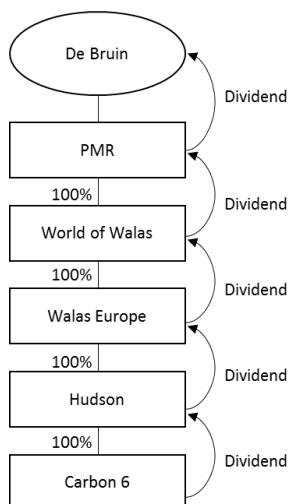
⁹⁰⁸ Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht en Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, Stb. 2012, 299, 300 en 301.

met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering (art. 2:216 lid 3 1^e volzin BW). Niet verbonden is de bestuurder die bewijst dat het niet aan hem te wijten is dat de vennootschap de uitkering heeft gedaan en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden (art. 2:216 lid 3 3^e volzin BW).⁹⁰⁹ Art. 2:216 lid 4 BW stelt voor de toepassing van lid 3 van dat artikel de (mede-)beleidsbepaler gelijk met een bestuurder.

In het kader van dit onderzoek ga ik niet verder in op (problemen die zich voordoen in het kader van) art. 2:216 BW. Voor een uitgebreide behandeling van dat artikel verwijs ik naar de interessante literatuur die daarover inmiddels is verschenen.⁹¹⁰

5.11.2 Jurisprudentie inzake de verhouding tussen de artt. 2:216 en 2:11 BW

Over het huidige art. 2:216 BW - zeker in combinatie met art. 2:11 BW - bestaat nog niet veel jurisprudentie. In een zaak voorgelegd aan de Rechtbank Gelderland⁹¹¹ was sprake van een bestuurd rechtspersoon ("Carbon6") die bestuurd werd door een rechtspersoon-bestuurder ("Hudson"), die bestuurd werd door "Walas Europe" (eveneens een rechtspersoon), waarvan "World of Walas" rechtspersoon-bestuurder was, welke laatstgenoemde rechtspersoon eveneens bestuurd werd door een rechtspersoon ("PMR"). PMR werd bestuurd door een natuurlijk persoon (De Bruin). Elke bestuurder is enig aandeelhouder van de door hem bestuurd rechtspersoon. Anders gezegd: De Bruin was enig bestuurder en aandeelhouder van PMR en indirect aandeelhouder van World of Walas, Walas Europe, Hudson en Carbon6.



De "laagstgelegen" bestuurd rechtspersoon (Carbon6) had ingevolge een daartoe strekkend besluit een bedrag ad EUR 250.000 uitgekeerd aan zijn direct bestuurder Hudson, waarna iedere (indirecte) aandeelhouder/bestuurder op zijn beurt een soortgelijk dividendbesluit nam, het betreffende besluit goedkeurde en een soortgelijke uitkering deed. Uiteindelijk kwam de dividenduitkering derhalve terecht bij De Bruin. Eisers in de betreffende zaak (de bestuurd rechtspersoon Carbon6, alsmede Hudson, Walas Europe en World of Walas) stellen dat die uitkering "uit Carbon6" in strijd was met het bepaalde in art. 2:216 BW. Zij vorderen veroordeling van PMR en De Bruin tot terugbetaling van een bedrag ad EUR 250.000. De rechtbank geeft aan dat het in deze zaak vooral gaat om de vraag of De Bruin en PMR "op de voet van art. 2:11 BW" als middellijk bestuurders van Carbon6 zijn aan te spreken uit hoofde van art. 2:216 leden 2 en 3 BW.⁹¹² De rechtbank oordeelt dat PMR en De Bruin het onderhavige dividendbesluit hebben goedgekeurd als middellijk bestuurders zonder dat een goed inzicht bestond in

⁹⁰⁹ Zie over de mogelijkheden van disculpatie: Canisius en Canisius 2015, p. 171-172.

⁹¹⁰ Zie onder meer: Bartman 2013a, Borrius 2013, Bier 2014, Canisius en Canisius 2015 (die overigens in het geheel niet ingaan op de verhouding tussen artt. 2:216 en 2:11 BW) en Van Veen en Van der Zanden 2014.

⁹¹¹ Rechtbank Gelderland 16 maart 2016, JOR 2016, 187 (Walas c.s./PMR c.s.). Eerder hadden PMR c.s. reeds een kort geding geëntameerd tegen Walas c.s. Zie: Rechtbank Gelderland (Voorzieningenrechter) 17 februari 2014, JOR 2015, 63 (PMR c.s./Walas c.s.).

⁹¹² Rechtbank Gelderland 16 maart 2016, JOR 2016, 187 (Walas c.s./PMR c.s.), r.o. 4.4.

de cijfers van de onderneming.⁹¹³ De rechtbank veroordeelt beide personen “als (middellijk) bestuurders” hoofdelijk tot betaling aan eisers van een bedrag ad EUR 250.000.⁹¹⁴

Blijkens de uitspraak gaat de rechtbank er mijns inziens terecht van uit dat art. 2:11 BW betrekking heeft op de aansprakelijkheid op grond van art. 2:216 BW. Het betreft namelijk een wettelijke grond voor bestuurdersaansprakelijkheid (zie hierna). Bier wijdt in haar annotatie bij de betreffende uitspraak een korte passage aan de wijze waarop de rechtbank art. 2:11 BW toepast in het onderhavige geval.⁹¹⁵ Bier schrijft dat men bij de toepassing van art. 2:11 BW niet als het ware in een keer kan doorpakken naar de uiteindelijke tweedegraads bestuurder. Men dient dat steeds - zoals zij het uitdrukt - “stap voor stap” per rechtspersoon-bestuurder te doen. Om die reden vreest Bier dat art. 2:11 BW in de onderhavige uitspraak niet juist is toegepast. Ik deel de mening van Bier dat het erop lijkt dat de rechtbank art. 2:11 BW niet (geheel) juist heeft toegepast. De rechtbank gaat bijvoorbeeld niet (expliciet) in op de aansprakelijkheid van eerstegraads rechtspersoon-bestuurder Hudson (nota bene: één van de eisende partijen). De rechtbank lijkt geen verschil te maken tussen een bestuurder en een (zoals zij het uitdrukt) “middellijk bestuurder”. In elk geval is de rechtbank erg onduidelijk over de wijze waarop zij art. 2:11 BW toepast.

Anders dan Bier, ben ik van mening dat art. 2:11 BW *niet* vereist dat men “stap voor stap” doorpakt (naar tweedegraads bestuurders). Voor de onderbouwing van mijn standpunt verwijs ik naar hetgeen ik daarover in onder meer par. 3.6.3 opmerkte. Overigens had de rechtbank mijns inziens wel bovenaan in de verticale keten van bestuurders kunnen beginnen met toepassing van art. 2:11 BW, indien zij zou hebben geconstateerd dat bijvoorbeeld PMR als (mede-)beleidsbepaler van Carbon6 was opgetreden. Art. 2:216 lid 4 BW bevat namelijk voor toepassing van lid 3 van dat artikel een gelijkstelling van de bestuurder met de (mede-)beleidsbepaler.

Een “stap voor stap”-benadering past mijns inziens niet bij art. 2:11 BW. Iets anders is dat wel sprake kan zijn van een “stap voor stap”-benadering indien - zoals in het geval voorgelegd aan de rechtbank - sprake is van (besluiten strekkende tot) (dividend)uitkeringen door verschillende rechtspersonen. Carbon6 keert namelijk een bedrag uit aan haar enig aandeelhouder. Die aandeelhouder keert weer een bedrag uit aan zijn aandeelhouder enzovoorts. Voor toepassing van art. 2:216 BW kan men zich bij elke “uitkerende vennootschap” afvragen of de betreffende vennootschap na uitkering kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. In dat kader is derhalve mijns inziens wél sprake van een “stap voor stap”-benadering.

5.11.3 Mijn visie inzake de verhouding tussen art. 2:11 BW en de aansprakelijkheid op grond van art. 2:216 BW

Bij beantwoording van de vraag of art. 2:11 BW betrekking heeft op de aansprakelijkheid op grond van art. 2:216 (lid 3) BW, dient men zich de vraag te stellen of in dat artikel(lid) sprake is van een vorm van wettelijke bestuurdersaansprakelijkheid. Daarvan is mijns inziens inderdaad sprake.⁹¹⁶ Art. 2:216 lid 3 BW bepaalt namelijk dat bepaalde bestuurders hoofdelijk verbonden zijn voor het tekort dat door een uitkering ontstaat. Het gaat daarbij om bestuurders die ten tijde van een uitkering wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien dat de vennootschap na die uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Het feit dat deze vorm van bestuurdersaansprakelijkheid zich in Boek 2 BW bevindt, brengt mee dat vermoedelijk geen discussie zal ontstaan over de vraag of art. 2:11 BW betrekking heeft op de aansprakelijkheid voortvloeiend uit art. 2:216 BW.⁹¹⁷ Opvallend is wel dat de wet hier niet spreekt over “voor het geheel aansprakelijk” (zoals in art. 2:9 BW) of “hoofdelijk aansprakelijk” (zoals in artt. 2:138/248 BW), maar over “hoofdelijk verbonden”. Met die laatste omschrijving sluit art. 2:216 BW aan bij onder meer art. 6:6 lid 2 BW. In inhoudelijk opzicht bestaat geen verschil met de vermelde andere omschrijvingen.

Ervan uitgaande dat art. 2:11 BW van toepassing is op de aansprakelijkheid voortvloeiend uit art. 2:216 BW, rijst (ook hier) de vraag hoe die toepasselijkheid uitwerkt. Allereerst valt op dat de tekst van art. 2:216 BW zeer sterk lijkt op die van art. 2:9 BW. Meer in het bijzonder geldt dat voor de disculpatiemogelijkheid die in beide artikelen is opgenomen. Die disculpatiemogelijkheid bestaat uit

⁹¹³ Rechtbank Gelderland 16 maart 2016, JOR 2016, 187 (Walas c.s./PMR c.s.), r.o. 4.13.

⁹¹⁴ Rechtbank Gelderland 16 maart 2016, JOR 2016, 187 (Walas c.s./PMR c.s.), r.o. 4.19.

⁹¹⁵ Bier 2016, par. 3.

⁹¹⁶ Enzo: Bier 2014, p. 97 en Bier 2016, par. 3.

⁹¹⁷ Daarbij komt dat de Hoge Raad in het arrest HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (Kampschöer/Le Roux), r.o. 3.4.2. oordeelt dat geen beperking is beoogd tot toepassing van art. 2:11 BW op een of meer bepaalde wettelijke grondslagen van bestuurdersaansprakelijkheid.

twee bestanddelen. De bestuurder dient geen verwijt gemaakt te kunnen worden én hij dient niet nalatig te zijn geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de uitkering (art. 2:216 BW) c.q. het onbehoorlijk bestuur (art. 2:9 BW) af te wenden.⁹¹⁸ Zouden deze artikelen exact dezelfde opzet hebben gehad, dan zou mijns inziens voor de hand liggen dat art. 2:11 BW ook ingeval sprake is van een op art. 2:216 BW gebaseerde aansprakelijkheid “automatisch” doorwerkt naar de tweedegraads bestuurders. In dat geval zouden derhalve naast de eerstegraads bestuurders de tweedegraads bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn. De tweedegraads bestuurders kunnen zich vervolgens trachten te disculperen. Er bestaat echter een (groot) verschil tussen artt. 2:9 en 2:216 BW. Art. 2:9 BW bevat een vorm van collectieve aansprakelijkheid met individuele disculpatiemogelijkheid. Art. 2:216 lid 3 1^e volzin BW beperkt zijn reikwijdte daarentegen tot bestuurders die “ten tijde van de uitkering wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien” dat de vennootschap - daarmee wordt in dit kader bedoeld: de bestuurde rechtspersoon - na die uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Alleen de bestuurders die individueel aansprakelijk zijn, zijn derhalve hoofdelijk verbonden. Art. 2:216 (lid 3) BW bevat - anders gezegd - een vorm van individuele aansprakelijkheid.⁹¹⁹ Dat is derhalve een verschil ten opzichte van de situatie waarin de cursief weergegeven zinsnede in art. 2:216 lid 3 BW zou ontbreken. In die situatie zou namelijk sprake zijn van een vorm van collectieve aansprakelijkheid.

Ik zie voor de toepassing van art. 2:11 BW een parallel tussen art. 2:216 BW en art. 6:162 BW. Ofschoon art. 2:216 BW het anders formuleert, dient men mijns inziens om tot aansprakelijkheid te komen op grond van die artikelen per bestuurder aan te tonen dat die bestuurder een “ernstig verwijt” gemaakt kan worden. Alvorens kort iets te zeggen over dat “ernstig verwijt”, wijs ik op de MvT van art. 2:216 BW.⁹²⁰ In die MvT wordt opgemerkt dat de regeling in art. 2:216 BW gebaseerd is op de (interne) aansprakelijkheid van de bestuurders tegenover de bestuurde rechtspersoon. Aangezien de regeling in art. 2:216 BW volgens de MvT in de eerste plaats dient ter bescherming van crediteuren van de bestuurde rechtspersoon is een zekere mate van samenloop met tegen de bestuurders ingestelde vorderingen van derden op grond van *onrechtmatige daad* niet te vermijden. De jurisprudentie op het gebied van externe aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders sluit - aldus nog steeds de MvT - in grote lijnen aan bij de normen in art. 2:216 BW.⁹²¹ Daarbij wordt in de MvT in het kader van dividenduitkeringen gewezen op de arresten Nimox⁹²² en Reinders Didam.⁹²³ Die jurisprudentie is gebaseerd op art. 6:162 BW. Er bestaan wel verschillen tussen die jurisprudentie en de regeling van art. 2:216 BW, maar die zijn in dit kader minder relevant.⁹²⁴

De in art. 2:216 lid 3 1^e volzin BW bedoelde bestuurders dient een ernstig verwijt gemaakt te kunnen worden. Het onderhavige artikel vermeldt niet met zoveel woorden het vereiste van een “ernstig verwijt”. Art. 2:216 BW vereist echter wel dat de bestuurder wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de vennootschap door de uitkering niet langer haar opeisbare schulden zal kunnen betalen. In het arrest Ontvanger-Roelofsen⁹²⁵ overwoog de Hoge Raad in het kader van art. 6:162 BW onder meer dat alleen dan mag worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de rechtspersoon onrechtmatig heeft gehandeld wanneer hem een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. De wettelijke norm voor interne aansprakelijkheid (art. 2:9 BW gebruikt de term “ernstig verwijt”) heeft een zekere reflexwerking naar de norm die geldt voor externe aansprakelijkheid. Van een ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn volgens de Hoge Raad indien komt vast te staan dat de bestuurder *wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen* dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de rechtspersoon tot gevolg zou hebben dat deze zijn verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. De oorspronkelijk voor de interne bestuurdersaansprakelijkheid geschreven norm van het ernstig verwijt wordt in het arrest Ontvanger/Roelofsen (dat over *externe* bestuurdersaansprakelijkheid handelt) ingekleurd door onder meer de zinsnede “*wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen...*”. Die zinsnede keert in iets andere bewoordingen weer terug in de regeling van *interne* bestuurdersaansprakelijkheid van art. 2:216 lid 3 BW.

⁹¹⁸ Op de kwestie wanneer een bestuurder niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van een uitkering af te wenden, ga ik niet in. Verwezen wordt naar onder meer Bier 2014, p. 95.

⁹¹⁹ Evenzo: Bier 2014, p. 97-98 die spreekt over een individuele hoofdelijke verbondenheid bij een te bewijzen wetenschap of geobjectiveerde wetenschap.

⁹²⁰ Zie: Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3.

⁹²¹ Hoewel het inhoudelijk geen verschil uitmaakt, wordt mijns inziens waarschijnlijk het omgekeerde bedoeld.

⁹²² HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 (Nimox/van den End).

⁹²³ HR 6 februari 2004, JOR 2004, 67 (Reinders Didam).

⁹²⁴ Art. 2:216 BW betreft bijvoorbeeld geen vorm van externe aansprakelijkheid. Daarnaast is de aansprakelijkheid ex art. 2:216 BW beperkt tot vergoeding van het tekort ontstaan door de uitkering.

⁹²⁵ HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (Otvanger/Roelofsen).

Hoe dit ook zij: duidelijk is dat in beginsel⁹²⁶ op de bestuurde rechtspersoon, dan wel de curator van die rechtspersoon⁹²⁷, de stelplicht en de bewijslast rusten dat (bepaalde) bestuurders en/of (mede-)beleidsbepalers wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien dat de bestuurde rechtspersoon (zoals bijvoorbeeld Carbon6 in de uitspraak d.d. 16 maart 2016 van de Rechtbank Gelderland) na een uitkering niet kan voortgaan met het betalen van zijn opeisbare schulden. De bestuurders en (mede-)beleidsbepalers die aldus hoofdelijk aansprakelijk zijn, kunnen vervolgens trachten zich te disculperen.

Indien men de *abstractietheorie* toepast, kijkt men naar de situatie zoals die zou zijn geweest indien de tweedegraads bestuurders eerstegraads bestuurders zouden zijn. Indien sprake is van een eerstegraads rechtspersoon-bestuurder dient ten aanzien van die bestuurder het in art. 2:216 lid 3 BW vermelde "*weten of redelijkerwijs behoren te voorzien*" gesteld en - zo nodig - bewezen te worden. Ten aanzien van de tweedegraads bestuurders dient mijns inziens hetzelfde te gelden.⁹²⁸ Zou - uitgaande van de letterlijke tekst van art. 2:11 BW - de aansprakelijkheid van eerstegraads bestuurders automatisch worden doorgeschakeld naar de tweedegraads bestuurders, dan worden die tweedegraads bestuurders in bewijsrechtelijk opzicht op achterstand geplaatst. Zij worden alsdan geacht ten tijde van de uitkering te hebben geweten of redelijkerwijs te hebben kunnen voorzien dat de uitkering voor de bestuurde rechtspersoon negatieve effecten zou hebben.⁹²⁹ De tussenschakeling van een rechtspersoon-bestuurder heeft in dat geval een negatief effect. Art. 2:11 BW dient echter "slechts" op neutrale wijze te fungeren als doorgeefluik van aansprakelijkheid.

In zijn arrest Kampschöer/Le Roux gaat de Hoge Raad in op de verhouding tussen art. 6:162 BW en art. 2:11 BW.⁹³⁰ Mijn commentaar op dit arrest heb ik hiervoor reeds vermeld.⁹³¹ De Hoge Raad beperkt zich tot overwegingen omtrent (de vereisten voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van) art. 6:162 BW. De kans is echter groot dat de Hoge Raad in een geval waarin de bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:216 BW speelt, op soortgelijke wijze zal oordelen als in zijn arrest Kampschöer/Le Roux. Dat gezegd zijnde, geldt natuurlijk dat men in één arrest van de Hoge Raad niet meer en geen andere dingen kan lezen dan hetgeen de Hoge Raad daadwerkelijk oordeelt.

Conclusie: net zoals het geval is bij de bestuurdersaansprakelijkheid gebaseerd op art. 6:162 BW, ben ik van mening dat art. 2:11 BW bij de aansprakelijkheid gebaseerd op art. 2:216 BW in praktische zin (in bewijsrechtelijk opzicht) geen toegevoegde waarde heeft. Gelet op zijn arrest Kampschöer/Le Roux zal de Hoge Raad hierover echter waarschijnlijk anders oordelen.

⁹²⁶ De bewijslast kan - afhankelijk van de omstandigheden van het geval - worden omgekeerd. Daarbij valt te denken aan het geval waarin een bestuurder bij uitstek beschikt over de informatie die verband houdt met de totstandkoming van het besluit tot uitkering. Zie nader: MvT, Kamerstukken 2006/07, 31058, nr. 3, par. 1 en Nadere MvA, Kamerstukken I 2011/12 31058, nr. E, p. 17-18.

⁹²⁷ Bartman 2013a, p. 155 wijst op het feit dat curatoren - indien zij worden geconfronteerd met een winstuitkering van enige omvang die verricht is binnen niet al te lange tijd voorafgaand aan het faillissement - bestuurders persoonlijk aansprakelijk zullen stellen uit hoofde van art. 2:216 BW, als opmaat voor hun aansprakelijkstelling voor het gehele boedeltekort ex art. 2:248 BW. In dat kader spreekt Bartman over een "sneeuwbaaleffect". Dat sneeuwbaaleffect kan nog versterkt worden indien de rechtspraak zich gaat bedienen van vermoedens ter vaststelling van de voorzienbaarheid van betalingsonmacht als gevolg van de onbezonnen winstuitkering. Zie daarover nader: Bartman 2015a, p. 155 e.v.

⁹²⁸ Ook Bier 2014, p. 98 is van mening dat de onderhavige aansprakelijkheid beter vergelijkbaar is met die van art. 6:162 BW dan met die van art. 2:9 BW.

⁹²⁹ Bartman 2013a, p. 149 spreekt in dit kader over een "onbezonnen winstuitkering".

⁹³⁰ HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275 (Kampschöer/Le Roux), m.n. r.o. 3.4.3.

⁹³¹ Zie: par. 5.10.2.